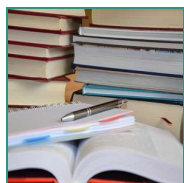


# Persona y Derechos



## A Fondo

---

### ¿Hacia la Responsabilidad Civil Punitiva?

**Gonzalo Iturmendi Morales**

*Abogado*

**Resumen:** *Pese a que en España rige el principio compensatorio de la reparación del daño, emerge una tendencia hacia la responsabilidad civil punitiva que se manifiesta en los escenarios que se analizan en este estudio. La indemnización en la responsabilidad civil por daños punitivos, que no tiene sólo una función indemnizatoria, sino también sancionadora de la conducta del responsable para ejemplarizar, debe respetar el principio de legalidad sin caer en la arbitrariedad.*

**Palabras clave:** Responsabilidad civil, daño punitivo, reparación del daño, recargo

indemnización.

**Abstract:** *Despite the fact that in Spain the compensatory principle of compensation for damages is governed, there is a tendency towards punitive civil liability that is manifested in the scenarios analyzed in this study. Compensation in civil liability for punitive damages, which not only has an indemnity function, but also sanctioning the conduct of the responsible to exemplify, must respect the principle of legality without falling into arbitrariness.*

**Keywords:** Civil liability. Punitive damage. Damage repair. Indemnity surcharge.

## I. Introducción

Los «punitive damages» (1) , o sanción indemnizatoria que en la jurisdicción y legislación americana, constituyen un plus de compensación por los daños y perjuicios sufridos que fija de forma libérrima el juzgador y que guarda relación con la posición económica de la parte que la sufre (2) .

La jurisdicción americana contempla esta figura que va más allá del mero resarcimiento del daño por una cuantía que sólo esa jurisdicción permite, sanción económica que impone el juez al causante de un daño, de cuantía extraordinaria y carácter ejemplarizante, por haber incurrido en un comportamiento de mala fe o conducta maliciosa. Tiene por objeto aliviar al perjudicado y castigar al demandado por su conducta y al propio tiempo servir de ejemplo.

Existe un consenso generalizado en la doctrina y la jurisprudencia que afirma que en España no hay punitive damages o daños punitivos, entendidos en nuestro país como penalización económica propia del derecho anglosajón que se le impone adicionalmente al causante de un daño, por parte del juzgador, por una cuantía suficientemente elevada como para que tenga carácter ejemplificador y contribuya a evitar conductas futuras.

No se cubren en el seguro de responsabilidad civil, ni, como ya hemos dicho, están reconocidos en el sistema legal español de responsabilidad civil. Aunque se denominan daños punitivos por su traducción literal, en realidad es una indemnización punitiva y no un daño en sentido técnico.

Y si realmente existe coincidencia en la convicción sobre la naturaleza jurídica de la indemnización (3) , según la cual la indemnización de los perjuicios no es una pena que se imponga a su causante y en cuya determinación influyan circunstancias personales ni objetivas, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y por ello, si el causante del perjuicio debe repararlo, tiene que hacerlo en su totalidad para que al restablecerse el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación, ¿por qué nos hacemos la pregunta acerca del progreso del daño punitivo en sistema de daños?

La penalización es una cantidad que a título punitivo se impone a una persona física u organización en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Al igual que en los daños punitivos tampoco se cubren en el seguro de responsabilidad civil.

Como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de diciembre 2005: «Estamos, pues, en el régimen general, dentro del cual hay que aplicar, ciertamente, el artículo 1106 del Código Civil, pues la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (Sentencias de 26 de noviembre de 1994, de 13 de abril de 1987, de 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6 de octubre de 1982, de 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados "daños punitivos" ni tiene ahora función la idea de una "pena privada". Desde esta perspectiva, ciertamente la fijación de los daños por parte de la sentencia recurrida tiene un tono de arbitrariedad, que prohíbe el artículo 9.3 de la Constitución, ya que no se determina el

quantum en base a prueba practicada, ni se remite a ejecución de sentencia a fin de que entonces se verifiquen los daños (Sentencias de 31 de octubre de 1988, de 30 de diciembre de 1995, 24 de mayo de 1999, 20 de febrero de 2001, 27 de septiembre de 2001, etc), sino que se realiza una suerte de tasación à forfait sobre la base de las comisiones devengadas de media, que se multiplican por los meses de duración que, como consecuencia de la denuncia, han quedado suprimidos de lo que hubiera sido la normal duración, sin previo aviso (4) .»

Por tanto, la indemnización en la responsabilidad civil por daños punitivos no tiene sólo una función reparadora o indemnizatoria, sino también claramente sancionadora o represiva de la conducta del responsable con una finalidad fundamentalmente ejemplarizante, dado que se trata de prevenir la causación de los daños.

Existe una tendencia al daño punitivo en nuestro sistema de responsabilidad civil que se manifiesta en algunos escenarios que analizaremos a continuación. La deriva hacia el daño punitivo en España tendente hacia la indemnización más allá de la mera reparación del daño tiene, sus raíces en el propio legislador en unos casos y de forma excepcional en los órganos jurisdiccionales, como fue el **caso paradigmático de la Sentencia del juicio conocido popularmente con el nombre del «11 M»**.

Si bien ha existido un consenso generalizado que afirma que en España no hay punitive damages, se observa cierta tendencia al daño punitivo en nuestro sistema de responsabilidad civil

Las indemnizaciones fijadas en la **Sentencia** dictada en el juicio sobre el 11-M (Sentencia de la **Audiencia Nacional, Sala de lo Penal**, Sección 2ª, número 65/2007 de **31 Oct. 2007**, Rec. 5/2005, Ponente: Gómez Bermúdez, Salvador Francisco Javier y posterior del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 503/2008 de 17 Jul. 2008, Rec. 10012/2008, Ponente: Colmenero Menéndez de Luarda, Miguel), costaron 325 millones de euros al Estado. Los familiares de las 192 víctimas mortales y los 1.891 heridos de los atentados de Madrid percibieron las millonarias indemnizaciones fijadas en la sentencia una vez que ésta fue firme.

El Estado pagó a los familiares de los 192 fallecidos y a los 1.891 heridos en los atentados del 11-M en Madrid unos 325 millones de euros en concepto de responsabilidad civil, casi cinco veces más que la cantidad que el Gobierno ya había

anticipado a las víctimas de la matanza en aplicación de las leyes de ayudas a estos colectivos de 1996 y de 1999.

La Sentencia introdujo novedades en la valoración del daño corporal tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo, al **considerar en el crimen terrorista un plus estigmatizante para las víctimas y por sí solo genera una afectación social y psíquica que no se da en otros delitos**.

La normativa sobre indemnizaciones a las víctimas del terrorismo no persigue sustituir el dolor padecido por las víctimas por el **efecto de una mera compensación material porque ello resultaría, de suyo, inaceptable. El dolor de las víctimas es —y será para siempre— un testimonio que ha de servir para que la sociedad española no pierda nunca el sentido más auténtico de lo que significa convivir en paz**. Para las víctimas sólo el destierro definitivo de la violencia puede llegar a ser su única posible compensación. Quienes en sí mismos han soportado el drama del terror nos piden a todos que seamos capaces de lograr que la intolerancia, la exclusión y el miedo no puedan sustituir nunca a la palabra y la razón. Según refleja la Audiencia Nacional **«crimen terrorista tiene un plus estigmatizante para la víctima y, por sí solo, genera una afectación social y psíquica en estas que no se da en otros delitos»**, este fundamento **agrava las indemnizaciones otorgadas a las víctimas en clara semejanza de la esencia sancionadora de los daños punitivos** sin olvidar sus funciones preventivas y simbólicas (5) .

Sobre la determinación de los daños y perjuicios y la valoración de la prueba pericial, de cara a su reparación mediante la indemnización del daño sufrido y los correspondientes perjuicios

económicos, resulta difícil encontrar una norma tan omnicomprendensiva, a la par más pobre que la del artículo 348 LEC, cuando declara que: «el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica». Reglas de la sana crítica que, salvo el excepcional caso de la Ley 35/2015, constituyen un paradigma de concepto jurídico indeterminado, de perfiles borrosos que generan inseguridad jurídica. La finalidad es clara, reparar el daño y perjuicio en cada caso. Pues bien, aún es mayor la dificultad y la inseguridad cuando se trata de imponer una indemnización por daño punitivo.

La pregunta que nos hacemos es: ¿existe algún recargo en la indemnización cuando en el hecho causante existe la concurrencia de un comportamiento de mala fe o conducta maliciosa por parte de quien origina el daño? Y en caso positivo: ¿dónde se encuentra su fundamento y base legal para aplicar una mayor indemnización en tales supuestos? Estas preguntas nos llevan a otra reflexión necesaria sobre los límites de estas indemnizaciones, en tanto en cuanto no encuentren justificación en el principio de legalidad, igualdad y lucha contra la arbitrariedad, equivaliendo arbitrariedad en el caso que nos ocupa a injusticia.

Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico no tiene cabida una especie de «multa civil» (punitive damages), de forma que el derecho a obtener una indemnización nace cuando, infringiéndose un deber, se causa un daño que resulta indemnizable mediante su reparación, analizamos seguidamente algunos supuestos donde se producen situaciones de daño punitivo.

## II. Recargo de las prestaciones económicas de la seguridad social

### 1. Concepto

El recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional se encuentra regulado en el **artículo 164 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre**, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

**1.** Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

**2.** La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla.

Para que se declare (6) el derecho del trabajador a percibir con cargo a la empresa el recargo de prestaciones de incapacidad temporal e incapacidad permanente total, previa su determinación y recaudación por parte del INSS y de la TGSS (7), se **requiere** que se produzca un accidente de trabajo o una enfermedad profesional mediando un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales por parte del empresario, culpa del empresario (no es de aplicación objetiva, la concurrencia de adecuada relación causal entre el comportamiento del empresario y el resultado lesivo sufrido por el trabajador).

La imputación para abonar el recargo es única y exclusivamente frente al empresario incumplidor de las medidas de seguridad e higiene, si bien conviene analizar la problemática de la posible implicación de las empresas de trabajo personal y los contratistas en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los que se encuentre implicado el empresario usuario o principal, en suma, aquellos casos en los que concurren empresarios, para esclarecer el sujeto responsable del pago del recargo.

### 2. Implicación de la empresa de trabajo temporal

En caso de producirse el accidente de trabajo o enfermedad profesional de un trabajador de una **empresa de trabajo temporal**, normalmente la responsabilidad suele recaer en la empresa

usuaria si el siniestro es consecuencia de la falta de medidas de seguridad de la empresa usuaria y solamente se atribuirá a la empresa de trabajo temporal cuando los hechos de los que se derive la responsabilidad sean imputables a la falta de preparación (formación y acreditación profesional) del trabajador, y ello —fundamentalmente— porque la empresa usuaria es la que interviene en las condiciones directas de ejecución de los trabajos ya que la dirección y control de la actividad laboral, cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria, son ejercidas por aquélla durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito (8) . De ahí que, en tales supuestos, y sin perjuicio del ejercicio por la empresa de trabajo temporal de la facultad disciplinaria atribuida por el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores, cuando una empresa usuaria considere que por parte del trabajador se hubiera producido un incumplimiento contractual lo pondrá en conocimiento de la empresa de trabajo temporal a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes. La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal determina en su artículo 16.2 que la empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene, sin embargo no hay que descartar la posibilidad de extender la responsabilidad del abono del recargo con carácter solidario a la empresa usuaria y a la Empresa de Trabajo Temporal, cuando el incumplimiento conjunto de ambas empresas haya contribuido a la causación del siniestro, en los mismos términos en que hemos visto en materia de contrata y subcontrata (9) .

### 3. Implicación de contratistas y subcontratistas

El otro supuesto que merece ser destacado es el de los **contratistas y subcontratistas**, ¿Cuándo deben responder solidariamente del recargo? Partimos de dos presupuestos fundamentales, en primer lugar que el deber de vigilancia de la empresa principal implica un «control efectivo» del cumplimiento por los contratistas de las normas de prevención de riesgos laborales. Y en segundo lugar que no cabe acuerdo bilateral entre el contratista principal con los contratistas y subcontratistas que participen en la actividad del empresario al que se imputa la obligación del recargo, de forma que los acuerdos introducidos en el contrato entre el empresario principal y los contratistas y subcontratistas para hacer recaer la responsabilidad por recargo exclusivamente en cualquiera de las partes, deben entenderse como pactos contrarios a la ley, y por ende sin efectos jurídicos.

La previsión del artículo 24.3 de la Ley 31/1995 determina el deber de vigilancia del cumplimiento por los contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. No se trata de la exigencia de un control máximo y continuado —como afirma la Sentencia Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 11 mayo de 2005— (10) , pero sí de un control efectivo, que no puede afirmarse se haya producido en el presente caso, visto que no consta que la empresa recurrente hubiera realizado inspección alguna de la actividad que la contratista realizaba en el municipio en donde ocurrieron los hechos, ni tampoco consta que los controles efectuados en otros municipios, en relación con la misma empresa contratista, hubieran recaído sobre actividades semejantes a la que se estaba efectuando cuando se produjo el accidente. De ello deriva la responsabilidad de la empresa principal ya que, como dijimos en la sentencia de 5 de mayo de 1999 (rec. núm. 3656/1997) «es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad» (11) .

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social establece en su artículo 42 que —en materia de responsabilidades empresariales y de prevención de riesgos laborales—, las infracciones a lo dispuesto en los artículos 42 a 44 del Estatuto de los Trabajadores determinarán la responsabilidad de los empresarios afectados en los términos allí establecidos. Sin perjuicio de ello, las responsabilidades entre empresas de trabajo temporal y empresas usuarias en materia salarial se regirán por lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se

regulan las empresas de trabajo temporal. La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal. Naturalmente los pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en este apartado son nulos y no producirán efecto alguno.

**El art. 42 del ET es reflejo del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo**

Existe reiterada jurisprudencia, que basándose en quien controla la ejecución de la obra —empresario principal— y asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, debe también responder de las posibles deudas y de Seguridad Social generadas por los subcontratistas situados al final de la cadena de contratación. El criterio de responsabilidad está referido en la Ley 31/1995, de 8 Nov., de Prevención de Riesgos Laborales, al imponer a «las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo» el deber de «vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales» —art. 24.3— haciéndoles responsables solidarias de los daños derivados del incumplimiento empresarial de tales obligaciones —art. 42.2—.

«Y, aunque no es excesivamente expresiva sobre el particular,

sí que puede considerarse sintomática, como hecho coetáneo a tener en cuenta para la interpretación adecuada de dicho precepto, la redacción dada al art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores por el RDL 5/2001, de 2 marzo, ratificada por la Ley 12/2001, de 9 Jul., al introducir como responsables solidarios no solo a los subcontratistas sino también a los "contratistas", lo que supone una precisión ampliatoria de la responsabilidad a tener en cuenta a estos efectos y que podría reforzar la tesis que aquí se defiende (12) .» El repetido art. 42 del Estatuto de los Trabajadores es un reflejo del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo, y que fue ésta en definitiva la intención del legislador aunque éste, a la hora de redactar el precepto, no tuviera realmente en cuenta más que la figura del empresario principal y la de los «subcontratistas», dentro de cuyo último plural es donde deben entenderse incluidos todos los situados en la cadena de contratación.

En lo que se refiere al recargo de prestaciones de la Seguridad Social, la eventual responsabilidad solidaria de la empresa principal, contratista y/o subcontratista, se basa en el artículo 123.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores. La cuestión es clara cuando se trata de evitar la impunidad en los siniestros, de ahí el principio contenido en el artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que establece que las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

#### 4. Naturaleza jurídica, requisitos y finalidad

En la **naturaleza jurídica** del recargo de prestaciones de la seguridad social concurren tres elementos: por un lado su carácter **sancionador**, por otro lado su **finalidad indemnizatoria** para

reparar el daño al perjudicado o sus derechohabientes y finalmente todo lo que implica como **prestación social**.

El Pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo en Sentencia de 23 marzo 2015 señaló: el criterio mayoritario de la Sala ha entendido más adecuado mantener la naturaleza plural del recargo —resarcitoria y preventivo/punitiva— (...), en tanto que la Sala se decanta (...) por rectificar su anterior doctrina y entender que a los efectos de que tratamos —la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo— ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva. Posteriormente la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 marzo 2015 modificó el criterio dando preeminencia al carácter sancionatorio, superando la prohibición legal de artículo 123 LGSS (hoy 164), relativa a la imposibilidad de transmitir el recargo, si bien es muy interesante el voto particular: Magistrado López García de la Serrana: «es una indemnización y por eso tiene que deducirse del valor total del daño a la hora de fijar la indemnización civil adicional. Realmente, podría entenderse que repara, principalmente los daños morales, pues la pérdida de la capacidad de ganancia se indemniza con la prestación fijada en función del salario cobrada».

En el recargo existe un **factor básicamente sancionador o punitivo** cuyas consecuencias económicas han llegado a ser tan severas en la práctica de las pequeñas y medianas empresas que ha supuesto el cierre de muchas de ellas por descapitalización ante la imposibilidad de hacer frente a las consecuencias económicas del recargo. Así en 2015 hubo 4.000 accidentes graves y mortales, de los que en 2.864 se impuso un recargo de las prestaciones. El aspecto penalizador en materia de Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales se encuentra representado por medidas como las relativas al recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, la pérdida de las bonificaciones sobre las cotizaciones a la Seguridad Social y la posible actuación en tales casos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (13) .

**En este recargo existe un factor básicamente sancionador o punitivo cuyas consecuencias económicas han llegado a ser tan severas que han supuesto el cierre de muchas pequeñas y medianas empresas**

Conviene tener en cuenta que el recargo debería suponer una medida extraordinaria —como ocurre en los daños punitivos en USA— y por tanto, su aplicación debe ser restrictiva. Su **finalidad** es claramente, disuasoria para conseguir el mayor grado de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, de otra, incrementar el importe de unas prestaciones debidas en virtud de la relación trabajador empresa cuando esta no ha dispensado las medidas de protección que el contrato de trabajo impone (art. 19 del Estatuto de los Trabajadores). «El recargo no deriva de la potestad sancionadora de la Administración —esa potestad se manifiesta en la imposición de la correspondiente multa— sino de un incumplimiento de las obligaciones que el empresario asume como consecuencia del contrato de trabajo (14) .» Como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, n.º 158/1985 de 26 Nov. 1985, Rec. 676/1984: «El recargo que prevé el art. 93 de la Ley General de Seguridad

Social constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora que, por ello, ha de ser interpretada de manera restrictiva, según una dilatada jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo. Para su imposición son precisas la concurrencia de dos circunstancias, reiteradamente exigidas por aquella jurisprudencia: De una parte que exista una infracción concreta de un precepto que establezca una medida de seguridad determinada para evitar un riesgo, o, en su caso, las consecuencias del mismo; de otra, que haya un nexo causal ante la infracción y el accidente».

Existe un cierto paralelismo entre el recargo de las prestaciones económicas de la seguridad social y los punitive damages americanos que, junto con su efecto ejemplarizante, tienen varias funciones: preventiva, sancionadora y simbólica. Como afirma a negativa, frecuente en la doctrina continental, a aceptar que el Civil Law pueda admitir esta institución olvida, demasiadas veces, que rechazar su aspecto sancionador no debería hacer olvidar sus funciones preventivas y simbólicas.

Respecto del **carácter prestacional** del recargo hemos de hacer referencia a la doctrina

contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, 774/2016 de 27 Sep. 2016, Rec. 1671/2015.

*«La reciente y ya consolidada doctrina de esta Sala —STS de 23 marzo 2015 (rcud. 2057/2014; Pleno), seguida por las SSTs de 14 abril, 5 mayo, 13 octubre, 2 noviembre, 10 y 15 diciembre de 2015 (rcuds. 962/2014, 1075/2014, 2166/2014, 3426/2014, 1012/2014 y 1258/2014, respectivamente), y 25 febrero 2016 (rcud. 846/2014)— sobre la naturaleza jurídica del Recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, referenciado en el artículo 123.1 de la LGSS (actual 164 con la misma redacción), viene dando prevalencia carácter prestacional —sobre cualquier otro— a dicho recargo de prestaciones, argumentando, en apoyo de esta solución: "...que tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de 'prestación' en los más variados aspectos: a).— Su regulación por la LGSS se hace en Sección —2ª— titulada "Régimen General de las Prestaciones", ubicada en Capítulo —III— denominado "Acción Protectora" y dentro del Título —II— "Régimen General de la Seguridad Social"; b).— La competencia para imponer el incremento de la prestación reconocida le corresponde al INSS, al que precisamente el art. 57.1ª) LGSS atribuye "la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social"; c).— El procedimiento para imponerlo es el —como para cualquier prestación— el previsto en el RD 1300/1995 y en la OM 18/01/1996 (STS Pleno 17/07/13 —rcud 1023/12—); d).— Conforme al art. 121.3 LGSS (como su precedente art. 90.3 LGSS /74) los caracteres de las prestaciones atribuidos por el art. 40 (art. 22 en el TR/1974) son de aplicación al recargo de prestaciones. e).— Ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS y es susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como si de garantizar una prestación cualquiera se tratase (en tal sentido, SSTs 27/03/07) —639/06—; 14/04/07 —rcud 756/06—; y 26/09/07 —rcud 2573/06—); f).— El plazo de prescripción que les resulta aplicables es el mismo que el legalmente establecido para las prestaciones, el de cinco años previsto en el art. 43.1 LGSS (así, SSTs 09/02/06 —rcud 4100/04; ... SG 17/07/13 —rcud 1023/12— ; 19/07/13 —rcud 2730/12—; y 12/11/13 —rcud 3117/12—).*

*Es más, a la misma conclusión lleva la terminología empleada por el propio art. 123 LGSS , al referirse a que en los supuestos de infracción de medidas de seguridad "las prestaciones económicas ... se aumentarán" en un determinado porcentaje; y aunque con tal expresión no se atribuye al recargo cualidad de genuina prestación [siempre a cargo de la Entidad gestora o Mutua colaboradora], no es menos cierto que cuando menos parece asimilarlo a ella en términos que apoyan que a afectos de transmisión se le diese el mismo tratamiento —de prestación— que expresamente se le atribuye para los restantes aspectos de su gestión (15) .»*

## 5. Compatibilidad del recargo con otras responsabilidades

El artículo 42 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales establece que el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento. Con independencia de ello: «Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema.»

El artículo 164.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015, que regula el recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional determina que la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción (16) .

La responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada de la relación de trabajo, tratándose de dualidad de pretensiones, no incompatibles entre sí (TS Sala 4ª, 17 de julio de 2007). Si el



incumplimiento de la norma de seguridad se produce en la esfera de influencia del contrato de trabajo, en cuyo campo el empleador es deudor de tal seguridad, no parece aventurado concluir que el conocimiento de las consecuencias, que derivan de aquel incumplimiento, debe corresponder al orden social, reservándose al orden jurisdiccional civil aquellos otros supuestos que se produzcan fuera del campo delimitado por el contrato de trabajo. (TS Sala 4ª 1 de diciembre de 2003). Conforme establece asimismo esa segunda sentencia, «...tanto esta Sala Primera, como la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo, tienen proclamada la doctrina de que cuando la acción ejercitada es la de responsabilidad contractual, por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de la empresa, el conocimiento de la referida acción es de la exclusiva competencia de la Jurisdicción Laboral o de lo Social (Sentencias de esta Sala Primera de 19 de julio de 1989, 2 de octubre de 1994, 26 de diciembre de 1997, 24 de octubre de 1998, y Autos de dicha Sala Especial de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1994)».

Sin embargo la doctrina se ha manifestado por la compatibilidad limitada a tenor del principio «*non bis in idem ex*» del artículo 25.1 de la Constitución Española (responsabilidades administrativas y penales), teniendo en cuenta, además, que el recargo tiene como función compensar al trabajador accidentado de los daños y perjuicios sufridos, y no una reacción en defensa de los valores generales y finalmente que el beneficiario del recargo no es el Tesoro público o la TGSS, sino la víctima del accidente o, en su caso, los beneficiarios de las prestaciones económicas de la Seguridad Social (17).

## 6. Inasegurabilidad del recargo

A nadie se escapa la utilidad que tendría el aseguramiento del recargo de prestaciones para evitar el cierre de las empresas y garantizar la indemnización al empleado. Frente a este argumento se plantea otro tan concluyente como el anterior y es que ante la inasegurabilidad del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social se suscita una amenaza real para el empresario que ejerce un efecto disuasorio en su comportamiento, haciendo que extreme las medidas de protección de los trabajadores ante la eventualidad de ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional.

La responsabilidad del pago del recargo establecido recae directamente sobre el empresario infractor, no pudiendo ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. El artículo 164.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015 es concluyente respecto de la inasegurabilidad del recargo.

Santiago Martín Gil presentó datos ilustrativos de la importancia de la figura del recargo de las prestaciones para el tejido empresarial. De las cifras aportadas cabe destacar que en 2015 hubo 4.000 accidentes graves y mortales, de los que en 2.864 casos se impuso un recargo de las prestaciones. Así, concluyó que «el recargo se impone en más del 50% de los casos. Además, el importe medio del recargo suele ser de unos 150.000 € y el máximo de unos 400.000 €, con lo que se trata de cuantías elevadas que puede tener una repercusión muy negativa en la actividad empresarial, o incluso abocar a la empresa al cierre (18)».

## 7. ¿Qué debe hacer el empresario si quiere gestionar adecuadamente su riesgo ante la eventualidad de una descapitalización de la empresa obligada al pago del recargo de las prestaciones?

La prohibición legal de aseguramiento obliga al empresario a llevar a cabo la retención del riesgo que es el conjunto de actividades llevadas a cabo en la organización para compensar directamente las posibles pérdidas accidentales que puedan sobrevenir en la misma mediante la creación de un fondo patrimonial que se haga cargo de los posibles siniestros que pudieran ocurrir. Si la organización es consciente de la aceptación del riesgo puede establecer una estrategia para soportar las pérdidas a las que diera lugar su materialización, incluyendo la aceptación de aquellos riesgos que no hayan sido identificados. El nivel de riesgo retenido depende del criterio de aceptación de los riesgos que adopte cada organización.

La retención de riesgos puede presentar diversas formas:

**a)** Retención pasiva o asunción de riesgos. A su vez puede ésta ser de dos clases:

— Consciente o intencionada. Es la que obedece a un plan meditado de absorción de pérdidas aleatorias. Ejemplos: choque o robo de vehículos, desgaste de equipos, créditos incobrables que son considerados «gastos normales» dentro de la gestión de la empresa. Realmente no son riesgos pues apenas existe incertidumbre. Su aseguramiento sería excesivo por incorporar los gastos de gestión que suelen ser elevados.

— Inconsciente o no planificada. Es la más frecuente y puede poner en peligro la estabilidad de la empresa. Ignorar un riesgo rara vez es un buen método de gestión. Realmente la asunción inconsciente no puede ser considerada como una estrategia en Gerencia de Riesgos.

**b)** Retención activa o retención propiamente dicha, también llamada autoseguro. Implica un programa definido de la empresa para compensar pérdidas que son inciertas en magnitud y frecuencia en un año cualquiera, y que, si ocurrieran sin una previa planificación financiera, podrían causar serios problemas económicos e incluso de insolvencia.

Como ya se ha señalado, para llevar a cabo una política de retención de riesgos adecuada es necesario controlar las posibles pérdidas mediante la disminución, tanto de la frecuencia como de la intensidad, de los riesgos potenciales de la organización, incluyendo todo el conjunto de actividades y funciones encaminadas a reducir, evitar o controlar, bajo cualquier otra forma, los acontecimientos que puedan producir una pérdida económica o social en la organización, pudiendo utilizar el mecanismo del autoseguro u otras formas alternativas de financiación del riesgo distintas del seguro, ya que éste le está prohibido a la empresa.

**La prohibición legal de asegurar la responsabilidad del pago del recargo obliga al empresario a llevar a cabo una política de retención de riesgos**

Existe autoseguro cuando una empresa sin acudir a una aseguradora, soporta con sus bienes el acontecer siniestral de los propios riesgos. Las empresas que tienen autoseguros constituyen en sus balances fondos de reserva en un porcentaje determinado para hacer frente a los siniestros. El autoseguro implica la asunción del riesgo por parte de quien lo soporta sin la garantía que supone el aseguramiento del mismo. Quien acepta un riesgo en el desarrollo de una actividad en la que participa, puede sufrir daños y pérdidas pecuniarias, que asume, sin poder contar con la transferencia financiera del mismo por medio del aseguramiento.

Debido a las especiales características del autoseguro, las empresas que optan por esta vía deberán tener los suficientes recursos propios que le permitan cubrir sus riesgos. Es por tanto habitual que las entidades creen un fondo específico con total liquidez, para poder disponer del mismo de forma inmediata en caso de siniestro (19).

La prohibición legal de aseguramiento del recargo alcanza a todo tipo de seguros y no solamente al seguro de responsabilidad civil, entendido el contrato de seguro aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas. En la definición legal del artículo 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro es aplicable a todos los contratos de seguro contemplados en el Anexo la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Sin embargo parece claro que el sector asegurador puede asegurar la defensa jurídica del asegurado en los procedimientos administrativos y judiciales donde se debate el recargo y la sanción, así como también se incluiría la peritación de las circunstancias de los accidentes, incluso los gastos de una posible mediación del conflicto conforme al artículo 86 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, el artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la propia Ley 5/2012 de mediación de conflictos civiles y mercantiles.

La doctrina (20) resalta la contradicción de la prohibición legal de aseguramiento con el artículo 15.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que establece

expresamente entre los principios de acción preventiva: «Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal.»

Por tanto existen razones para considerar que la prohibición de aseguramiento debe ser revisada entre las que se encuentra no solamente la demanda social, sino también la garantía de cobro del trabajador y sus derechohabientes, la posibilidad de presupuestar la prima del seguro sin tener que establecer un fondo de autoseguro con los inconvenientes fiscales que ello supone y la defensa de los intereses legítimos del empresario de cara a la sostenibilidad del proyecto empresarial evitando la descapitalización de la empresa y su cierre.

### III. Daño punitivo en el régimen jurídico de la responsabilidad civil de las sociedades profesionales de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales

La exposición de motivos de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales apunta la necesidad de garantizar los derechos de los terceros que requieran los servicios profesionales estableciendo, junto a la responsabilidad societaria, la personal de los profesionales, socios o no, que hayan intervenido en la prestación del servicio, respecto de las deudas que en ésta encuentren su origen.

Este régimen de responsabilidad se extiende en la disposición adicional segunda a todos aquellos supuestos en que se produce el ejercicio por un colectivo de la actividad profesional, se amparen o no en formas societarias, siempre que sea utilizada una denominación común o colectiva, por cuanto generan en el demandante de los servicios una confianza específica en el soporte colectivo de aquella actividad que no debe verse defraudada en el momento en que las responsabilidades, si existieran, deban ser exigidas; regla que sólo quiebra en un supuesto, en el que se establece la responsabilidad solidaria y personal de todos los partícipes o socios: en aquéllos casos en los que el ejercicio colectivo de la actividad profesional no se ampara en una persona jurídica, por carecer de un centro subjetivo de imputación de carácter colectivo.

Notemos que a los efectos de esta Ley, es **actividad profesional** aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. Por otro lado, **se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional** cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente.

#### 1. Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los socios

**La sociedad responderá** de las deudas sociales **con todo su patrimonio**. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.

No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos **responderán solidariamente la sociedad y los profesionales**, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan en cada caso concreto, remisión legal expresa al régimen general de responsabilidad civil que no resultaba estrictamente necesaria, pero que el legislador ha enfatizando deliberadamente, consiguiendo con ello consolidar la opinión general de la doctrina y la jurisprudencia tendente a aplicar el régimen general de la responsabilidad civil a situaciones de hecho anteriores a la publicación de la Ley.

Por lo que respecta a la solidaridad **la sociedad y los profesionales**, socios o no, que hayan actuado mediante actos profesionales concretos, tampoco existe en este caso diferencia alguna con el régimen general de responsabilidad por hecho ajeno referido con anterioridad, a la hora de estudiar la responsabilidad del empleador por los actos de sus empleados y dependientes. En

consecuencia, en el ámbito de la jurisdicción penal, a pesar de no indicarlo la Ley, será de aplicación el artículo 120 del Código penal, en suma, el principio de responsabilidad subsidiaria de la sociedad profesional respecto de la responsabilidad civil *ex delicto* derivada de la comisión de delitos y faltas de los quienes prestan sus servicios profesionales en el seno de la sociedad profesional.

## 2. El daño punitivo de los profesionales que no adecuaron su situación jurídica a la Ley de Sociedades Profesionales

Hasta aquí podemos afirmar que la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales no supone alteración sobre el régimen de responsabilidad general de los profesionales. El problema surge con motivo de la **Disposición adicional segunda** que establece una penalización para aquellos despachos que no hagan las tareas de actualización a la Ley 2/2007, extendiendo el régimen de responsabilidad en los siguientes casos:

*«1. El régimen de responsabilidad establecido en el artículo 11 será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley.*

**Se presumirá que concurre esta circunstancia** cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación.

*2. Si el ejercicio colectivo a que se refiere esta disposición no adoptara forma societaria, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de las deudas y responsabilidades que encuentren su origen en el ejercicio de la actividad profesional.»*

La protección de los derechos de los prestatarios de servicios de profesionales está presente en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, una norma que busca transparencia y que castiga a los profesionales que ejerciendo la profesión de forma conjunta, no adopten la forma societaria requerida en el texto legal, de forma que todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de las deudas y responsabilidades que encuentren su origen en el ejercicio de la actividad profesional.

La Ley de sociedades profesionales generó una nueva clase de profesional colegiado, que es la propia sociedad profesional, mediante su constitución con arreglo a esta Ley e inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional correspondiente. La intención de la referida Ley es clara, regular, al fin, las situaciones de hecho y de derecho que surgen a raíz del ejercicio colectivo de las actividades profesionales, tratando de alcanzar garantías de seguridad jurídica a quienes demandan la prestación de servicios profesionales a este tipo de sociedades y a aquellos que ejercen su profesión en el seno de estas sociedades. La norma construye un régimen peculiar, hasta ahora inexistente, en garantía para los clientes o usuarios de los servicios profesionales prestados de forma colectiva, que ven ampliada la esfera de sujetos responsables.

Pero la Ley 2/2007 no solamente intenta ser una norma de garantías, sino también de responsabilidades, que se deducen tanto del régimen disciplinario y sancionador, como de los posibles daños que puedan causarse a quienes demanden los servicios profesionales. La evolución de la sociedad y de las actividades profesionales ha dado lugar a que la actuación aislada del profesional se vea sustituida por el trabajo en equipo, tanto de profesionales de una misma actividad, como de distintas profesiones. Ello es consecuencia de la creciente complejidad de estas actividades y las ventajas que derivan de la especialización y división del trabajo.

En la penalización de la Disposición Adicional segunda, 2 de la Ley prescinde el legislador del necesario nexo de causalidad para apreciar la existencia de la responsabilidad en los profesionales que no intervinieron en la prestación de servicios al cliente, pero que comparten una configuración de aparente sociedad profesional, optando por una solución innecesaria, propia del más puro estilo irracional e injustificado o daño punitivo generado por responsabilidad estrictamente legal, posiblemente en aras a evitar situaciones de insolvencia ante terceros perjudicados. El carácter excepcional de esta extensión de responsabilidad pugna con el régimen legal de responsabilidad civil, imputando automáticamente una responsabilidad solidaria a quienes no actuaron en los

hechos profesionales generadores de responsabilidad, lo cual hará necesario analizar en cada caso concreto el título que vincula a quienes se presentan frente a la sociedad como aparente sociedad profesional, sin haber constituido la forma legal societaria requerida en la Ley.

**El carácter excepcional de la responsabilidad contemplada en la disp. adic. 2.ª Ley 2/2007 responsabilidad pugna con el régimen legal de responsabilidad civil**

Realmente el apartado segundo de la disposición adicional segunda de la Ley supone una sanción de hecho para aquellas situaciones de falta de adecuación de la prestación colectiva de los servicios profesionales a los requerimientos de la nueva situación legal. Parece evidente que esta fuente de responsabilidad generará múltiples problemas en la práctica, especialmente en las sociedades cuyo ámbito de aplicación quedan excluidas de la Ley de sociedades, tales como las de medios, de ganancias y de mediación. Si los Registros de los distintos Colegios profesionales se limitan únicamente a inscribir las sociedades profesionales propiamente dichas que se ajusten a los requisitos exigidos por la Ley, serán estas y no las de medios, de ganancias y de mediación las sujetas al control especial que implica su inscripción, pudiendo quedar las sociedades excluidas del ámbito de aplicación de la norma en una situación de ambigüedad que genere expectativas de

reclamaciones de responsabilidad solidaria contra profesionales que nunca intervinieron en los hechos generadores de la responsabilidad, por el mero hecho de la mera apariencia de formar parte de una sociedad profesional de hecho no regularizada. El perjudicado que invoque esta causa legal de responsabilidad civil profesional deberá acreditar que el profesional demandado forma parte integrante de la sociedad profesional de hecho no actualizada a las exigencias legales, no bastando la mera apariencia o sospecha para que tenga que responder solidariamente de actuaciones profesionales que nada tienen que ver con su actuación profesional particular. Todo ello obligará al juzgador a valorar la calificación jurídica que se atribuya a los colectivos de profesionales que operen de forma conjunta, con la finalidad de evitar fraudes a acreedores.

#### **IV. Responsabilidad solidaria de los administradores de la sociedad de capital por descapitalización e infracción del artículo 367 de la LSC**

Como es sabido existen dos escenarios de responsabilidad de los administradores societarios en función con el criterio de imputación empleado. Por un lado los supuestos de descapitalización de la empresa o insolvencia (incapacidad de una empresa para pagar las deudas adquiridas) en los que se la base de la acción de reclamación de responsabilidad de los administradores se sustenta en la infracción del artículo 367 de la LSC, como consecuencia de la concurrencia de causa de disolución por pérdidas patrimoniales graves; y por otro, los casos en los que se la reclamación se basa en la infracción de la ley, los estatutos, el incumplimiento de los deberes de los administradores (artículos 237 y concordantes de la LSC), en suma, de la infracción de los estándares que se esperan de los gestores de la sociedad.

Nos referimos a continuación a la responsabilidad civil de los administradores por las deudas sociales en caso de no disolución, prevista en el artículo 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso.

*Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores.*

*1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el*

*plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.*

*2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.*

Se trata este precepto de una responsabilidad ex lege, por incumplimiento de los administradores de su obligación de promover la disolución de la sociedad cuando concurra alguna de las causas señaladas. Esta causa de responsabilidad es invocada sobre todo por parte de los acreedores sociales, destacando significativamente la Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social cuando se deriva la responsabilidad de los administradores en vía administrativa.

Al respecto, una línea jurisprudencial pacífica, de la que son ejemplos las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 4 de abril de 2011, 10 de noviembre de 2010, 10 de marzo de 2010, 11 de julio de 2008, 31 de enero de 2007, o 28 de abril de 2006. Se configura, de esta forma, la denominada responsabilidad aplastante y objetiva, que únicamente exige para su concurrencia la actitud negligente consistente en el incumplimiento por parte del administrador social, en el plazo de dos meses, de su obligación de promover de liquidación (o, en la posibilidad alternativa de concurso de acreedores), cuando se conozca, o deba conocer, la situación de disolución marcada legalmente. Se exige, únicamente, una cierta pasividad por parte del administrador social, y una relación causal entre la misma y la generación de la deuda en el período de tiempo en el cual la sociedad deudora debía haber estado en liquidación o en concurso de acreedores. Asimismo, la STS 7 de octubre de 2013 resume en su FJ 3ª la doctrina jurisprudencial relativa a este precepto (21).

La causa de responsabilidad objetiva basada en la situación de desbalance contable y ausencia de respuesta efectiva por parte de los administradores no ha sufrido variación con la reforma de la Ley 31/2014. En este escenario los administradores responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución (22) cuando incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior. Participa de la misma naturaleza esta causa de responsabilidad de la responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3 de la Ley Concursal, en tanto que no constituyen una responsabilidad resarcitoria, por daño, sino una responsabilidad por deuda ajena.

La causa de responsabilidad de los administradores por descapitalización tiene a su vez dos supuestos diferenciados que son la disolución por pérdidas y la insolvencia, supuestos que conviven en muchas ocasiones, pero son figuras diferentes con presupuestos de hecho dispares. «La naturaleza de las causas apuntadas es distinta. En este sentido, existen distintos pronunciamientos judiciales y doctrinales ocupándose de esclarecer las diferencias entre una y otra figura, dejando claro que la reducción de los fondos propios por debajo del mínimo legal no es una causa de insolvencia. A pesar de todo, sigue existiendo cierta confusión cuando se atiende al régimen de responsabilidad exigible a los administradores en una u otra situación».

**El art. 367 LSC prevé dos supuestos de responsabilidad claramente diferenciados pero que tienen en común el castigo o sanción punitiva para los administradores sociales**

## prescindiendo de los requisitos clásicos de la responsabilidad civil

Por tanto dos escenarios de responsabilidad claramente diferenciados pero que tienen en común, el castigo o sanción punitiva para los administradores sociales que se encuentren en la situación del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, prescindiendo de los requisitos clásicos de la responsabilidad civil, tales como nexo de causalidad y culpa de los administradores; obligación legal, en suma, de hacerse

cargo solidariamente ni más ni menos que de las deudas sociales, por el mero hecho de ser los administradores en el momento previsto en el artículo 367 de la LSC. Notemos, finalmente, que las principales novedades introducidas en el régimen de responsabilidad de los administradores introducidas a raíz de la Ley 31/2014, no se han producido en la causa de responsabilidad por descapitalización, sino que se han generado en el segundo de los escenarios, es decir, cuando la reclamación contra los administradores se basa en la infracción de la ley, los estatutos, el incumplimiento de los deberes de los administradores, como veremos a continuación.

## V. Daño punitivo en la propiedad intelectual e industrial.

La **Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 29 de abril de 2004** relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (23) , surge ante la necesidad de proteger la propiedad intelectual y permitir que el creador obtenga un beneficio legítimo de su invención o creación. Protección que debe permitir asimismo la difusión más amplia posible de las obras, ideas y los conocimientos nuevos. Al mismo tiempo, no debe ser un obstáculo para la libertad de expresión, para la libre circulación de la información, ni para la protección de los datos personales, inclusive en Internet.

Pese a las buenas intenciones de la Directiva es un hecho fácilmente constatable que sin medios eficaces de tutela de los derechos de propiedad intelectual, la innovación y la creación se desincentivan y las inversiones se reducen, ya que los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual tienen una importancia capital para el éxito del mercado interior.

La Directiva se refiere a las medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, incluidos los derechos de propiedad industrial, siendo su ámbito de aplicación todas las infracciones de los derechos de propiedad intelectual tal y como estén previstos en el Derecho comunitario o en el Derecho nacional del Estado miembro de que se trate (24) .

La función reparadora del daño y por tanto, no punitiva, se hace patente en el Considerando 26 que manifiesta que **el objetivo no es instaurar una obligación de establecer indemnizaciones punitivas, sino permitir una indemnización basada en un criterio objetivo**: «Con el fin de reparar el perjuicio sufrido debido a una infracción cometida por un infractor que haya realizado una actividad que constituya una infracción de este tipo a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, el importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, como los beneficios dejados de obtener por el titular del derecho o los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor, así como, cuando proceda, el daño moral ocasionado al titular. O como alternativa cuando, por ejemplo, sea difícil determinar el importe del perjuicio realmente sufrido, el importe de la indemnización podría inferirse de elementos como los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido la autorización de utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate. El objetivo no es instaurar una obligación de establecer indemnizaciones punitivas, sino permitir una indemnización basada en un criterio objetivo, teniendo en cuenta al mismo tiempo los gastos realizados por el titular, como los gastos de identificación e investigación». En este sentido la Directiva prevé en su artículo 9 que las autoridades judiciales puedan dictar **medidas provisionales** contra el presunto infractor un mandamiento judicial destinado a prevenir cualquier infracción inminente de un derecho de propiedad intelectual, a prohibir, con carácter provisional y, cuando proceda, si así lo dispone el Derecho nacional, bajo pago de multa coercitiva, la continuación de las infracciones alegadas de ese derecho, o a supeditar tal continuación a la presentación de garantías destinadas a asegurar la indemnización del titular; también podrá

dictarse un mandamiento judicial, en las mismas condiciones, contra el intermediario cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual; los mandamientos judiciales contra intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín se contemplan en la Directiva 2001/29/CE; finalmente la autoridades judiciales pueden ordenar la incautación o la entrega de mercancías sospechosas de infringir un derecho de propiedad intelectual para impedir su introducción o circulación en los circuitos comerciales.

Las autoridades judiciales competentes pueden supeditar las medidas provisionales referenciadas a la presentación por parte del solicitante de una fianza adecuada o seguro equivalente destinado a asegurar la eventual indemnización del perjuicio sufrido por el demandado. En cualquier caso, las autoridades judiciales competentes, teniendo en cuenta la necesidad de que las medidas ordenadas sean proporcionales a la gravedad de la infracción, como los intereses de terceros, puedan ordenar a petición del solicitante, que se tomen las medidas adecuadas respecto de las mercancías que dichas autoridades hayan descubierto que infringen un derecho de propiedad intelectual y, cuando proceda, respecto de los materiales e instrumentos que hayan servido principalmente a la creación o fabricación de las mercancías en cuestión, tales como la retirada de los circuitos comerciales, el apartamiento definitivo de los circuitos comerciales, incluso la destrucción.

La **reparación de los daños y perjuicios** en este sistema de responsabilidad que nos ocupa conlleva que el infractor que, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya intervenido en una actividad infractora, el pago al titular del derecho de una indemnización adecuada a los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción. Se tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y, cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho, o como alternativa, podrán, cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión (25) .

En el derecho español el artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en su versión modificada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios (BOE n.º 134, p. 21230) dispone:

*«1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.*

*2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:*

**a)** *Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.*

**b)** *La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.»*



Se excluye que el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios que ha de abonarse al titular del derecho controvertido se base exclusivamente en el importe de las licencias hipotéticas cuando dicho titular ha sufrido efectivamente un daño moral. La aplicación por parte del juzgador del método de cálculo a tanto alzado previsto en el artículo 13, apartado 1, párrafo segundo, letra b), de la Directiva 2004/48, se admite como alternativa exclusivamente «cuando proceda», según el Tribunal Europeo, «una determinación a tanto alzado del importe de la indemnización por daños y perjuicios adeudada que se base únicamente en las licencias hipotéticas sólo cubre el daño material sufrido por el titular del derecho de propiedad intelectual de que se trate, de modo que, para permitir la reparación íntegra, dicho titular debe poder solicitar, además de la indemnización calculada de este modo, la indemnización del daño moral que en su caso haya sufrido (26) ».

De la Sentencia del TJUE 17 de marzo de 2016 (Liffers, C 99/15, EU:C:2016:173) se deduce que la indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.

b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

**Sin embargo recientemente la Sentencia del TJUE 25 enero 2017 (27) , abre la puerta a la aplicación de los daños punitivos en esta materia.** El TJUE explica que la Directiva 2004/48/CE no prohíbe la imposición de indemnizaciones punitivas. Se trata del asunto C 367/15, Stowarzyszenie «Oławska Telewizja Kablowa», relativo a un conflicto de la entidad gestión polaca, sobre derechos remuneratorios relativos a emisión de programas televisión por cable, en reclamación del duplo de la remuneración tarifada. La segunda cuestión sobre la que se pronuncia el TJUE es si una que establece de antemano el importe de la indemnización en un «canon hipotético», se opone al artículo 13 de la Directiva 2004/48/CE, teniendo en cuenta que esta no persigue el establecimiento de indemnizaciones punitivas pensadas para castigar y disuadir, no para reparar el daño. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 13 de la Directiva 2004/48 debe interpretarse que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud del cual el titular de un derecho de propiedad intelectual que tiene lesionado podrá optar por exigir a la persona que ha infringido ese derecho de compensación por los daños que ha sufrido, teniendo en cuenta todos los aspectos pertinentes del caso particular, o, sin él tener que probar la pérdida real y la relación de causalidad entre el hecho causante de la infracción y la pérdida sufrida, el pago de una suma correspondiente al doble o, en el caso de infracción culposa, tres veces la tarifa correspondiente, que se hubiera adeudado si el permiso había sido dada por el trabajo en cuestión a ser usado.

Aclara la Sentencia que «no parece que la norma nacional objeto de la consulta implique la obligación de pagar tales indemnizaciones (punitivas), ya que la indemnización a tanto alzado no garantiza el resarcimiento del daño efectivo —no asegura el reembolso de los gastos, la cobertura del daño moral o el pago de intereses—. Y, además, en el litigio principal la indemnización a tanto alzado resultó ser inferior a la que el titular podría haber recibido si la hubiera calculado conforme a los principios generales.»

La Sentencia del TJUE 25 enero 2017 abre paso a la aplicación de la institución del daño punitivo en materia de propiedad intelectual e industria, contrariamente a lo que parece considerar el órgano jurisdiccional remitente. El hecho de que la Directiva 2004/48 no conlleve la obligación para los Estados miembros, de prever indemnizaciones llamadas «punitivas», no puede interpretarse como una prohibición de

**La Sentencia del TJUE de 25 enero 2017 señaló que la Directiva 2004/48/CE no prohíbe la imposición de indemnizaciones punitivas, abriendo la puerta a su aplicación en materia de propiedad intelectual e industria**

adoptar una medida de esta naturaleza (28) . Declara en su fundamento 26: «Con el fin de compensar el perjuicio sufrido como consecuencia de una infracción cometida por un infractor que haya realizado una actividad en el conocimiento, o teniendo motivos razonables para saber, que daría lugar a una infracción de este tipo, la cantidad de la indemnización concedida al titular del derecho debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, tales como la pérdida de ingresos realizados por el titular o los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor y, en su caso, el daño moral causado al titular. Como alternativa, por ejemplo en los que sería difícil determinar la cantidad del perjuicio real sufrido, la cantidad de los daños podría ser derivada a partir de elementos tales como los cánones o derechos que habrían sido debido si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. El objetivo no es introducir la obligación de proporcionar a los daños punitivos, sino permitir una compensación basada en un criterio objetivo, teniendo en cuenta los gastos incurridos por el titular del derecho, tales como los costos de la identificación y la investigación.» Sentencia que sienta un precedente importante bajo la justificación de permitir una compensación basada en un criterio objetivo de muy dudosa aplicación en el derecho de daños del entorno europeo.

**El reconocimiento del Tribunal Europeo del daño punitivo para el resarcimiento de las infracciones a la propiedad intelectual es preocupante.** El artículo 13 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, con arreglo a la cual el titular de un derecho de propiedad intelectual vulnerado puede solicitar a la persona que ha vulnerado dicho derecho, bien la reparación del perjuicio sufrido, tomando en consideración todos los aspectos pertinentes del caso de que se trate, bien, sin que ese titular tenga que demostrar el perjuicio efectivo, el pago de una cantidad correspondiente al doble de la remuneración adecuada que se habría debido abonar por la autorización para utilizar la obra afectada.

## VI. Responsabilidad sin daño y principio de precaución

La responsabilidad sin daño es muy excepcional en nuestro sistema de responsabilidad civil, a pesar de ello se puede manifestar en casos puntuales de daños punitivos de responsabilidad civil y en la aplicación del principio político de precaución cuando se presenta en nuestro sistema como un principio jurídico.

A tenor del artículo 174 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea debe permitirse que cuando subsistan dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos. El principio de precaución se menciona en el artículo 191 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Pretende garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente mediante tomas de decisión preventivas en caso de riesgo, pero en la práctica se ha extendido su ámbito de aplicación a salud pública, investigación biomédica, nanotecnología, genética, política de los consumidores, alimentos, salud humana, animal y vegetal.

En España el principio de precaución o cautela ha sido recogido expresamente en las siguientes normas:

1.— **La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica** que regula con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona, la investigación biomédica y, en particular las investigaciones relacionadas con la salud humana que impliquen procedimientos invasivos, la donación y utilización de ovocitos, espermatozoides, preembriones, embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos con fines de investigación biomédica y sus posibles aplicaciones clínicas, el tratamiento de muestras biológicas, el almacenamiento y movimiento de muestras biológicas, los biobancos, el Comité de Bioética de España y los demás órganos con competencias en materia de investigación biomédica y los mecanismos de fomento y promoción, planificación, evaluación y coordinación de la investigación

biomédica.

La Ley se construye sobre los principios de la integridad de las personas y la protección de la dignidad e identidad del ser humano en cualquier investigación biomédica que implique intervenciones sobre seres humanos, así como en la realización de análisis genéticos, el tratamiento de datos genéticos de carácter personal y de las muestras biológicas de origen humano que se utilicen en investigación. En este sentido, la Ley establece que la libre autonomía de la persona es el fundamento del que se derivan los derechos específicos a otorgar el consentimiento y a obtener la información previa. Asimismo, se establece el derecho a no ser discriminado, el deber de confidencialidad por parte de cualquier persona que en el ejercicio de sus funciones acceda a información de carácter personal, el principio de gratuidad de las donaciones de material biológico, y fija los estándares de calidad y seguridad, que incluyen la trazabilidad de las células y tejidos humanos y la estricta observancia del principio de precaución en las distintas actividades que regula.

**El principio de precaución contenido en el art. 191 del TFUE en materia de protección del medio ambiente ha extendido en la práctica su ámbito de aplicación a otros muchos ámbitos**

Entre los principios y garantías de la investigación biomédica establece que la investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud (artículo 2, f), con el fin de prevenir riesgos graves para la vida y la salud humanas (artículo 8). El Banco Nacional de Líneas Celulares promoverá la calidad y seguridad de los procedimientos sobre los que ejerza su competencia, mantendrá la confidencialidad de los datos y demás exigencias respecto de las actuaciones que lleve a cabo, de acuerdo con lo establecido en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y contemplará en sus actuaciones los principios de precaución, proporcionalidad y ausencia de lucro (artículo 42).

2.— La **Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública**, que, partiendo de la base de entender la salud pública como el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales, establece las bases para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios, y en general actuaciones de toda índole desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud, y así prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto en la esfera individual como en la colectiva.

Dado el carácter general de esta norma es la más relevante a tener en cuenta, particularmente en tanto en cuenta supuso elevar a la categoría jurídica lo que, en principio era un principio político. Su artículo 3 consagra los principios generales de acción en salud pública (equidad, salud en todos las políticas, pertinencia, evaluación, transparencia integridad, seguridad y cautela o precaución). Respecto del principio de precaución determina que: **«La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren.»**

Entendida la protección de la salud como el conjunto de actuaciones, prestaciones y servicios dirigidos a prevenir efectos adversos que los productos, elementos y procesos del entorno, agentes físicos, químicos y biológicos, puedan tener sobre la salud y el bienestar de la población, la Ley 33/2011 establece en su artículo 27 que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, protegerán la salud de la población mediante actividades y servicios que actúen sobre los riesgos presentes en el medio y en los alimentos, a cuyo efecto se desarrollarán los servicios y actividades que permitan la gestión de los riesgos para la salud que puedan afectar a la población. «Las acciones de protección de la salud se regirán por los principios de proporcionalidad

y de **precaución**, y se desarrollarán de acuerdo a los principios de colaboración y coordinación interadministrativa y gestión conjunta que garanticen la máxima eficacia y eficiencia.»

3.— **La Ley 10/2012 de 20 de noviembre de regulación de determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses**, hace una referencia en su preámbulo a la normativa europea en que se aplica el principio de precaución: «No obstante lo anterior, en aras a garantizar un nivel elevado de protección de la salud humana y del medio ambiente, la normativa comunitaria y, en concreto, el Reglamento (CE) núm. 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, establece unos criterios armonizados de clasificación y etiquetado de las sustancias y mezclas químicas. El citado Reglamento (CE) núm. 1272/2008, que se basa en el principio de precaución, establece cometidos y obligaciones específicos para los fabricantes, importadores y usuarios intermedios a quienes corresponde garantizar una protección apropiada y ofrecer la información esencial a sus destinatarios, por medio de las etiquetas y las fichas de datos de seguridad establecidas en el Reglamento (CE) núm. 1907/2006, que permitirán al usuario final su utilización en condiciones de seguridad.»

4.— El **Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación**, que tiene por objeto evitar o, cuando ello no sea posible, reducir y controlar la contaminación de la atmósfera, del agua y del suelo, mediante el establecimiento de un sistema de prevención y control integrados de la contaminación, con el fin de alcanzar una elevada protección del medio ambiente en su conjunto. La norma regula en su Anejo III los aspectos que deben tenerse en cuenta con carácter general o en un supuesto particular cuando se determinen las mejores técnicas disponibles definidas en dicha norma teniendo en cuenta los costes y ventajas que pueden derivarse de una acción y los principios de precaución y prevención.

La Recomendación 2008/345/CE de la Comisión, de 7 de febrero de 2008, que contiene el código de conducta para una investigación responsable en el campo de las nanociencias y las nanotecnologías, establece una serie de indicaciones a propósito del principio de precaución, dado lo mucho que se desconoce sobre el impacto en la salud y el medio ambiente de los nanomateriales, por ello «los Estados miembros deben aplicar el principio de precaución para proteger no sólo a los investigadores, que serán los primeros en entrar en contacto con ellos, sino también a los profesionales, los consumidores, los ciudadanos y el medio ambiente, en el curso de las actividades de investigación sobre N + N (29) ».

Afirmamos en el Primer Congreso de Nuevas Tecnologías que la nanotecnofobia supone un riesgo estratégico indudable que puede amenazar y poner en tela de juicio el futuro del uso industrial de los nanomateriales. Por ello, saber qué productos contienen nanotecnología y cuáles son los riesgos que implican en cada caso, ayudará a determinar la exposición a los consumidores, los trabajadores y los grupos de interés en esta materia (30) .

Como vimos, la Ley General de Salud Pública ha supuesto la puesta de largo en España del principio de precaución. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley. Y, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente puede adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas (31) :

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las

deficiencias detectadas.

**f)** Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley.

Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable. Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad.

La norma española expande globalmente la posibilidad de aplicación por parte de las Administraciones públicas del principio de precaución a la protección de la salud humana, lo que permite su aplicabilidad a sectores, tales como la biotecnología, la nanotecnología, la alimentación, los productos químicos, los productos cosméticos, etc. En suma, as Administraciones públicas, en sus actuaciones de salud pública y acciones sobre la salud colectiva, podrán decretar la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren, cuando de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo.

La llamada crisis del pepino sirvió para comprender el efecto devastador de la alarma injustificada en un sector económico. Esta crisis generó el cierre del mercado europeo después de que Alemania culpara injustamente a la huerta española de exportar pepinos contaminados con una mutación de la bacteria *Escherichia Coli* que causó a decenas de personas, enfermando a centenares de personas en Alemania y otros países de Europa en mayo y junio de 2011. Al principio se culpó al pepino español, aún no existiendo certidumbre científica sobre el carácter del riesgo, ello afectó a las importaciones de las verduras españolas. El consumidor se pregunta «¿Son fiables las verduras y hortalizas? ¿Están realmente bien lavadas?». Rafael Gavara, investigador del CSIC en el Instituto de Agroquímica y Tecnología de Alimentos contesta taxativo: «Estos productos son muy seguros. Están sometidos a un proceso de higienización, y están muy controlados desde su recolección hasta que llegan a los lineales de los supermercados. Casi más que el producto fresco (32) ».

La paradoja resultó atroz, a pesar de estar los pepinos en buenas condiciones, esta crisis tuvo un efecto expansivo con graves consecuencias en la comercialización de otras frutas y hortalizas básicas, como son el tomate, el calabacín, el pimiento, la berenjena, la sandía o el melón, que fueron puestos en tela de juicio con el consiguiente daño a la credibilidad y la confianza en el mercado. La alarma generada produjo pérdidas en el sector por importe de seis millones de euros diarios a partir del inicio de la crisis, según estimaciones de las empresas comercializadoras y exportadoras. Este caudal de pérdidas no se controló hasta finales de junio de 2011, momento en el que se dio por cerrada la temporada. El consumo nacional cayó en torno al 25% y durante varias semanas dejó de existir la comercialización con una decena de países europeos (33) . Fuentes del sector de frutas y hortalizas afirmó que la crisis del E. Coli provocó un descenso del 9 por 100 del valor de la comercialización y una caída media del 15 por 100 en los precios de los productos de invernadero (34) .

Jürgen Thier-Kundke, del Instituto Federal de Evaluación de Riesgos, consideró «muy comprensible que los agricultores españoles estén molestos». Para dicho Instituto hubo precipitación cuando se culpó a los pepinos españoles del brote infeccioso de la bacteria EHEC en Alemania. Lo consideró un problema de recepción de la noticia, puesto que las autoridades «nunca limitaron sus advertencias a un tipo de verdura ni a un país de procedencia». Tampoco la ministra federal de Consumo, Ilse Aigner, ni el Instituto Robert Koch de Berlín dejaron en ningún momento de prevenir contra el consumo de lechugas, tomates y pepinos crudos de cualquier procedencia y, «en particular, en el norte de Alemania (35) ».

Como en toda disparidad de posiciones existen dos formas extremas de ver el problema, por un lado quienes presionan socialmente ante los riesgos que producen alarma social, por sus posibles efectos nocivos sobre la salud, aunque sean desconocidos o simplemente no existan. Y por otro

lado quienes no quieren que la maquinaria de la productividad pare por la alarma social no contrastada científicamente. Una gestión de riesgos prudente debe aportar soluciones que permitan que nuestra sociedad conjugue los siguientes objetivos:

- a) Asegurar la tutela de la salud de los trabajadores y de la población de los efectos de la exposición a determinados niveles de campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos.
- b) Promover la investigación científica para la evaluación de los efectos a largo plazo y activar medidas de cautela que se adoptarán para la aplicación del principio de precaución.
- c) Posibilitar el desarrollo industrial en armonía con la tutela del medio ambiente, promoviendo la innovación tecnológica y las acciones de corrección dirigidas a minimizar las intensidades y los efectos de los campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos con las mejores tecnologías disponibles.

Advertimos que el principio de precaución comenzó siendo político, hasta que se asentó en nuestro derecho como un principio jurídico. En cualquier caso se trata de un criterio de actuación dirigido a los responsables políticos que se enfrentan constantemente al dilema de encontrar un equilibrio entre la libertad y los derechos de los individuos, de la industria y de las empresas, y la necesidad de reducir el riesgo de efectos adversos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal. Sin embargo el principio de precaución no es científico porque se basa en la técnica de las presunciones y no en métodos de investigación científica. De ahí que no debe confundirse el principio de precaución, utilizado esencialmente por los responsables políticos para la gestión del riesgo, con el elemento de precaución que los científicos aplican en su evaluación de los datos científicos a tenor de la relatividad de los avances científicos que por su propia dinámica están sujetos a revisión.

La Comunicación de la Comisión Europea de 2 de febrero de 2000, consciente de que algunos acontecimientos han hecho disminuir la confianza de la opinión pública y de los consumidores al constatar éstos que las decisiones o la ausencia de decisiones no se amparaban en pruebas científicas completas, por lo que podía ponerse en duda su legitimidad, declaró que cuando hay motivos razonables para creer que existen peligros potenciales para el medio ambiente, y la salud del ser humano, los animales o las plantas, y cuando al mismo tiempo, por falta de información científica, no puede procederse a una evaluación científica detallada, se ha considerado que, en determinados ámbitos, el principio de cautela era la estrategia de gestión del riesgo más aceptable políticamente. Aunque el principio de cautela no esté explícitamente mencionado en el Tratado CE, salvo en lo que respecta al medio ambiente, la Comisión estima que este principio tiene un alcance que va mucho más allá del exclusivo ámbito del medio ambiente y que también es válido para la protección de la salud de las personas, los animales y las plantas (36) .

El principio de precaución debe ser excepcional (37) y debe aplicarse de forma proporcional, pues solamente se justifica cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razonables para temer efectos potencialmente peligrosos que sean incompatibles con el umbral de seguridad elegido por la Comunidad europea. El recurso al principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza **suficiente**, si se aplicara de forma sistemática nuevamente estaríamos ante un daño punitivo.

## VII. Conclusiones

---

En Europa rige el principio compensatorio de la reparación integral de daños a pesar de que en España —hasta el Baremo del automóvil de la Ley 35/2015— se concedieron indemnizaciones con claro déficit sobre los costes sociales de los daños causados.

La emergencia de escenarios puntuales de riesgos donde se conceden indemnizaciones punitivas no implica la generalización de las mismas y buena prueba de ello lo tenemos en el enorme ejercicio realizado en España con motivo del Baremo para la reparación del daño corporal contenido en el baremo del automóvil de la Ley 35/2015, en el que no se va más allá del mero resarcimiento del daño, sin que se llegue a imponer algún recargo en la indemnización motivado

por el modo de actuar del causante del daño, en tanto en cuanto implique una sanción ejemplarizante, por haber incurrido en un comportamiento de mala fe o conducta maliciosa.

La indemnización en la responsabilidad civil por daños punitivos, que no tiene sólo una función reparadora o indemnizatoria, sino también sancionadora de la conducta del responsable con finalidad ejemplarizante, debe respetar el principio de legalidad sin caer en la arbitrariedad (38).

Habrà que revisar algunos aspectos de los casos de daños punitivos analizados para evitar los problemas detectados y garantizar la seguridad jurídica. Aspectos como, por ejemplo, la revisión de la prohibición del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social, la responsabilidad por descapitalización de los administradores sociales de las sociedades de capital u otras responsabilidades legales que han surgido más por la necesidad de evitar la insolvencia de los deudores principales, que por la razón jurídica de la implicación en los motivos que generan la responsabilidad, no olvidando en cualquier caso que indemnizaciones civiles son estrictamente compensatorias y no punitivas, de forma que si puntualmente el juzgador se ve en la obligación de imponerlas como sanción, ésta ha de ser necesariamente excepcional.

Mucho nos tememos que en la evolución hacia la Responsabilidad Civil Punitiva en España influirá la tendencia de los órganos jurisdiccionales penales a indemnizar más allá del mero resarcimiento del daño, cuando concurren determinadas circunstancias en el modo de actuar del causante del delito, o bien un comportamiento de mala fe o conducta maliciosa que requiera una sanción ejemplarizante.

## NOTAS

- (1) Sobre las diferencias entre las tes dualidades básicas: indemnizaciones y sanciones; Common Law y Civil Law; punitive damages y multiple damages, véase SALVADOR CODERCH, PABLO, «Punitive Damages», Indret 013, Barcelona, 2000. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/013\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/013_es.pdf)
- Ver Texto
- (2) V. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 6/2009 de 12 Ene. 2009, Rec. 3327/2001. Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio. En USA se emplea en ocasiones la expresión «Triple Damages» para referirse a un tipo de indemnización judicial penal que se aplica en EEUU y que tiene por finalidad compensar de forma agravada el daño causado. Su cuantía asciende al triple del daño causado. Al igual que en los «punitive damages» una finalidad ejemplarizante para la sociedad a efectos de evitar daños similares que por sus características tienen una relevancia especial.
- Ver Texto
- (3) Como cita la STS de 28 de abril de 1955.
- Ver Texto
- (4) Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 977/2005 de 19 Dic. 2005, Rec. 1674/1999, Ponente: Montés Penadés, Vicente Luis.
- Ver Texto
- (5) «VI. 1. En el caso presente, el extraordinario número de lesionados, la diferente etiología de las lesiones y, sobre todo, la imposibilidad real de contemplar individualmente las circunstancias socio-laborales y personales de cada uno, pues no están acreditadas, lleva al Tribunal a clasificarlos en doce grupos numerados del 1 al 12 de menor a mayor gravedad, fijando una cuantía indemnizatoria uniforme para cada grupo. Como excepción, aunque incluida como la última de toda la relación por la extrema gravedad de sus lesiones y secuelas, doña Laura Vega García es objeto de una resolución singular. Bajo el nombre de terrorismo se esconden terribles crímenes una de cuyas características esenciales consiste en que sus víctimas no son el objetivo del delincuente ni su fin único destruir o amenazar los bienes jurídicos personales atacados por la acción terrorista, sino que la víctima es un mero instrumento o intermediario

sobre el que se proyecta la acción criminal cuyo objetivo es atacar la esencia misma del Estado para obtener su destrucción y su sustitución por la estructura social, política o religiosa que quieren los terroristas. El crimen terrorista tiene un plus estigmatizante para la víctima y, por sí solo, genera una afectación social y psíquica en estas que no se da en otros delitos. Por esta razón, extendiendo el artículo 110 del Código Penal la responsabilidad civil a los perjuicios materiales y morales, pero siendo estos indivisibles en el caso de las víctimas del terrorismo, el Tribunal opta por partir de un mínimo indemnizatorio de 30.000 € para cualquier víctima y un máximo de 1.500.000 € que se concede a los grandes lesionados, siete personas más el caso de doña Laura Vega García.»

[Ver Texto](#)

- (6) De cara a la declaración del derecho a percibir el recargo por falta de medidas de seguridad y que se determine por porcentaje aplicable por tal concepto, téngase en cuenta, además del artículo 164 del RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la siguiente normativa: - Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y el artículo 16 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal. - Artículo 83 del RD. 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social. - Artículo 1.1.e) del RD. 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. - Artículo 75 del RD. 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el reglamento general de recaudación de la seguridad social. - Artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social.

[Ver Texto](#)

- (7) Sobre la aplicabilidad del procedimiento administrativo en el ámbito de la Seguridad Social y el problema de la falta de resolución expresa en el procedimiento de recargo de prestaciones, véase ALVAREZ PATALLO, JOSÉ ANDRÉS, «Plazo para resolver sobre recargo de prestaciones en caso de infracción de medidas de seguridad», Actualidad Laboral, N.º 11, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Jun. 2007, pág. 1291, tomo 1, Editorial LA LEY.

[Ver Texto](#)

- (8) El artículo 28 de la Ley 31/1995 establece que el empresario adoptará las medidas necesarias para garantizar que, con carácter previo al inicio de su actividad, los trabajadores a que se refiere el apartado anterior reciban información acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos, en particular en lo relativo a la necesidad de cualificaciones o aptitudes profesionales determinadas, la exigencia de controles médicos especiales o la existencia de riesgos específicos del puesto de trabajo a cubrir, así como sobre las medidas de protección y prevención frente a los mismos. Dichos trabajadores recibirán, en todo caso, una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vayan a estar expuestos. Por otro lado, el mismo precepto en su apartado 5 establece que. En las relaciones de trabajo a través de empresas de trabajo temporal, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Corresponderá, además, a la empresa usuaria el cumplimiento de las obligaciones en materia de información previstas en los apartados 2 y 4 del presente artículo.

[Ver Texto](#)

- (9) «En las relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal, y sin perjuicio de las responsabilidades propias de éstas, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, así como del recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que puedan fijarse, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene.» (artículo 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

[Ver Texto](#)

- (10) Sentencia Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 11 May. 2005, Rec. 2291/2004, Ponente: Cachón Villar, Pablo Manuel.

[Ver Texto](#)



(11)V. también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 23 Sep. 2008, Rec. 1048/2007, Ponente: Martín Valverde, Antonio.

Ver Texto

(12)V. al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, 707/2016 de 21 Jul. 2016, Rec. 2147/2014. Y especialmente la importante Sentencia del *Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 9 Jul. 2002, Rec. 2175/2001, Ponente: Moliner Tamborero, Gonzalo.*

Ver Texto

(13)Véase el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-5296](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-5296)

Ver Texto

(14)Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 5 Dic. 2006, Rec. 2531/2005, Ponente: Martínez Garrido, Luis Ramón.

Ver Texto

(15)Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, 774/2016 de 27 Sep. 2016, Rec. 1671/2015, Ponente: Agustí Juliá, Jorge.

Ver Texto

(16)Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, 2476/2016 de 22 Nov. 2016, Rec. 2231/2016, Ponente: Fernández Fernández, María Paz.

Ver Texto

(17) MARTINEZ LUCAS, JOSE ANTONIO, «La compatibilidad entre el recargo de prestaciones y las indemnizaciones por accidente de trabajo», Diario La Ley, N.º 5753, Sección Tribuna, 3 de Abril de 2003, Año XXIV, Ref. D-79, Editorial LA LEY 448/2003. Afirma: «los partidarios de la tesis de la compatibilidad limitada parten de la configuración jurídica del recargo como una mera indemnización civil, por lo que se debe incardinar en un sistema de complementariedad con las indemnizaciones por accidente de trabajo hasta lograr la reparación íntegra del daño.»

Ver Texto

(18)Nota de Prensa del Foro Fundación INADE Vigo (Pontevedra), 7 de marzo de 2017.

Ver Texto

(19)«Conclusiones del Grupo de trabajo Gerentes de Riesgos de AGERS. GESTION DEL AUTOSEGURO.» Madrid, mayo 2017.

Ver Texto

(20)Víctor Lucas Olmedo, a propósito del posible aseguramiento del recargo de prestaciones apuntando que «existen estudios doctrinales que, desde 2005, se pronuncian en esta línea» y añade: «Tres razones jurídicas fundamentales por las que el recargo de las prestaciones debería ser objeto de aseguramiento. La primera es que existe una derogación tácita del artículo 164 de la Ley General de la Seguridad Social operada por el artículo 15.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que permite que cualquier contingencia sea objeto de seguro, y el recargo es una contingencia. La segunda, la aplicación de la teoría administrativista de la prohibición 'ultra vires' del recargo de prestaciones, que afirma que un decreto no puede impedir derechos reconocidos en las leyes y, al refundirse la norma en el año 1966, los preceptos que procedían del Decreto seguían teniendo rango de decreto. Y, la tercera, es la demanda social que existe ya que "a nadie perjudica el aseguramiento del recargo; al contrario, asegura al trabajador su cobro, y al empresario le evita tener que lidiar con una pérdida patrimonial de gran entidad». Nota de Prensa del Foro Fundación INADE Vigo (Pontevedra), 7 de marzo de 2017.

[Ver Texto](#)

(21)V. la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 560/2013 de 7 Oct. 2013, Rec. 1087/2011, Ponente: Ferrándiz Gabriel, José Ramón: «Como puso de manifiesto la sentencia 458/2010, de 30 de junio, resumiendo la jurisprudencia sobre la materia, el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de personalidad jurídica a las sociedades capitalistas, con la consiguiente limitación de responsabilidad por deudas a sus bienes y derechos, impone a los administradores de las mismas una serie de deberes en beneficio de los socios que les designan, del orden público societario —que exige eliminar del tráfico aquellas sociedades en las que concurra alguna causa de disolución, con el fin de garantizar la seguridad del mercado— y de los terceros que con ellas contratan, "de tal forma que, cuando la sociedad incurre en pérdidas cualificadas determinantes de la concurrencia de causa legal de disolución, les obliga a promover la liquidación [...] por el procedimiento societario, reorientando el objeto social al reparto entre los socios del haber existente después de pagar las deudas sociales; o alternatively, a promover la adopción de acuerdos dirigidos a remover la causa de disolución [...] y reconstruir el patrimonio social o, en su caso, reducir el capital social restableciendo el equilibrio entre la cifra de capital y el patrimonio, con la necesaria publicidad que ello conlleva" - aunque "cuando las pérdidas o la previsible falta de liquidez impiden a la sociedad cumplir regularmente sus obligaciones en los términos previstos en el artículo 2 de la Ley Concursal, huelga acudir a la liquidación societaria, dada la primacía en tales casos de la liquidación concursal, razón por la que el artículo 260 dispone que procede promover la liquidación societaria, siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal; y el artículo 262.2 les atribuye la facultad de solicitar la declaración de concurso. A fin de garantizar la efectividad de dicho mecanismo, la ley impone a los administradores la responsabilidad solidaria por las deudas sociales, dentro de ciertos límites, en caso de incumplimiento o de cumplimiento tardío del deber de promover la disolución. Y, de forma correlativa, atribuye a los acreedores la posibilidad de dirigirse, en satisfacción de sus derechos, además de contra la sociedad, contra los administradores que hubieran incumplido el antes referido deber. Pues bien, como destaca la citada sentencia, esa responsabilidad de los administradores "no exige la concurrencia de más negligencia que la consistente en omitir el deber de promover la liquidación de la sociedad mediante convocatoria de la Junta o solicitando que se convoque judicialmente cuando sea el caso —y ahora también mediante solicitud de la declaración de concurso, cuando concurra su presupuesto objetivo—. Dicho de otro modo, no exige " una negligencia distinta de la prevista en la Ley de sociedades anónimas) [...] " ni " la existencia de una relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del administrador, sino que la imputación objetiva a éste de la responsabilidad por las deudas de la sociedad se realiza "ope legis" (por ministerio de la ley)". Se trata, como señaló la sentencia 228/2008, de 25 marzo, de " una responsabilidad por deuda ajena "ex lege", en cuanto su fuente —hecho determinante— es el mero reconocimiento legal, sin que sea reconducible a perspectivas de índole contractual o extracontractual. Se fundamenta en una conducta omisiva del sujeto al que por su específica condición de administrador se le exige un determinado hacer y cuya inactividad se presume imputable —reprochable—, salvo que acredite una causa razonable que justifique o explique adecuadamente el no hacer. Responde a la "ratio" de proporcionar confianza al tráfico mercantil y robustecer la seguridad de las transacciones comerciales, cuando intervienen personas jurídicas mercantiles sin responsabilidad personal de los socios [...], evitando la perdurabilidad en el tiempo de situaciones de crisis o graves disfunciones sociales con perturbación para otros agentes ajenos, y la economía en general". En el mismo sentido son de destacar las sentencias 173/2011, de 17 de marzo, 407/2011, de 23 de junio, 225/2012, de 13 de abril, 360/2012, de 13 de junio, 395/2012, de 18 de junio, 818/2012, de 11 de enero, 409/2013, de 20 de junio, entre otras muchas. Es claro, como señala la mencionada sentencia 407/2011, que al comportar la responsabilidad por deuda ajena "una excepción al principio de que nadie responde nada más que de las deudas propias, no cabe extender el deber de responder previsto en el artículo 262.5 de la LSA a situaciones diversas", a las en él contempladas. Del propio modo, como precisa la también recordada sentencia 225/2012, la responsabilidad que establece la repetida norma exige que el incumplimiento del deber de que se trata sea imputable al administrador. Eso mismo es lo que establecen las sentencias en cuya doctrina la recurrente basa su recurso de casación.»

[Ver Texto](#)

(22)La Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 144/2017 de 1 Mar. 2017, Rec. 2198/2014, Ponente: Sarazá Jimena, Rafael, exige que la deuda sea posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad y que ésta no se hubiera producido. No responde, por tanto, de las deudas anteriores de la sociedad en cuestión independientemente del hecho del que traigan causa.

[Ver Texto](#)

(23)La Directiva no debe afectar al Derecho sustantivo de propiedad intelectual, a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, a la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, ni a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Lo dispuesto en la Directiva debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones particulares establecidas para el respeto de los derechos y sobre excepciones en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines establecidos en instrumentos comunitarios, especialmente en la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, o en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Texto disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:157:0045:0086:es:PDF>

Ver Texto

(24) Conforme a los artículos 1 y 2 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

Ver Texto

(25) V. el artículo 13 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 29 de abril de 2004.

Ver Texto

(26) V. S. del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, Sentencia de 17 Mar. 2016, C-99/2015, Ponente: Berger, Maria.

Ver Texto

(27) Petición de decisión prejudicial - Directiva 2004/48 / CE - Artículo 13 propiedad -Intellectual e industrial - Violación - Cálculo de daños - Normativa de un Estado miembro - Dos veces el importe de las regalías normalmente debido. Sentencia disponible en: <https://ipcuria.eu/details.php?t=1&reference=C-367/15>

Ver Texto

(28) V. DE ROMÁN, SARA, Reflexiones del TJUE sobre las indemnizaciones a tanto alzado en materia de propiedad intelectual, en: <file:///D:/Perfil/Descargas/170222%20ELDERECHO%20COM%20TJUE%20Indemnizaciones%20a%20tanto%20alzado%20en%20materia%20de%20propiedad%20intelectual.pdf> a propósito de la sentencia del asunto C-367/15, de 25 de enero de 2017, el TJUE que responde a dos preguntas del Tribunal Supremo de Polonia sobre la indemnización de daños y perjuicios derivados de infracciones de propiedad intelectual, relacionadas con el artículo 13 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

Ver Texto

(29) «4.2.1. Los estudiantes, investigadores y organizaciones de investigación que participan en la investigación sobre N + N deben adoptar medidas específicas relacionadas con la salud, la seguridad y el medio ambiente, adaptadas a las particularidades de los nanoobjetos manipulados. Deben elaborarse directrices específicas sobre la prevención de patologías inducidas por los nanoobjetos en consonancia con la Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo 2007-2014. 4.2.2. Las organizaciones de investigación sobre N + N deben aplicar las buenas prácticas existentes en materia de clasificación y etiquetado. Además, dado que los nanoobjetos pueden presentar propiedades específicas debido a su tamaño, deben investigar sistemas (incluida, por ejemplo, la creación de pictogramas específicos) que permitan informar a los investigadores, y más en general a las personas que es probable entren en contacto con nanoobjetos en los locales donde se investiga (por ejemplo, personal de seguridad y servicios de urgencia), de manera que puedan adoptar las medidas de protección necesarias y adecuadas mientras desempeñan su cometido. 4.2.3. Los organismos públicos y privados que financian la investigación sobre N + N deben exigir que cada propuesta de financiación de este tipo vaya acompañada de una evaluación del riesgo. 4.2.4. Los programas de los organismos que financian la investigación sobre N + N deben incluir un seguimiento de los posibles impactos de las N + N sobre la sociedad, el medio ambiente y la salud humana a lo largo de un período de tiempo adecuado. La aplicación del principio de precaución debe incluir la reducción de las lagunas que existen en el conocimiento científico y, por consiguiente, la realización de nuevas acciones de investigación y desarrollo tales como las siguientes: 4.2.5. Los organismos que financian la investigación deben dedicar una proporción adecuada de la investigación sobre N + N a la comprensión de los riesgos potenciales, en particular para el medio ambiente y la salud humana, inducidos por los nanoobjetos durante la totalidad de su ciclo de vida, desde su creación hasta la fase final, incluyendo el reciclado. 4.2.6. Los investigadores y las organizaciones de investigación sobre N + N deben

poner en marcha y coordinar actividades de investigación específicas encaminadas a comprender mejor los procesos biológicos fundamentales involucrados en la toxicología y ecotoxicología de los nanoobjetos artificiales o naturales. Deben publicar profusamente, una vez que hayan sido debidamente validados, los datos y los resultados referidos a sus efectos biológicos, tanto si son positivos como negativos o inexistentes. 4.2.7. Los organismos que financian la investigación sobre N + N deben poner en marcha y coordinar actividades específicas de investigación encaminadas a comprender mejor los impactos éticos, jurídicos y sociales de los nuevos campos abiertos por las N + N. Deben recibir especial atención las tecnologías de la información y la comunicación y la biotecnología, así como la convergencia entre estos campos y las ciencias cognitivas y las N + N.»

Ver Texto

(30) ITURMENDI MORALES, GONZALO, I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus Repercusiones en el Seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología (1.º. 2010. Madrid) Madrid: FUNDACION MAPFRE, Instituto de Ciencias del Seguro, D.L. 2011. V. págs. 245 y ss. La versión electrónica de la publicación disponible en

[http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=1064783](http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1064783)

Ver Texto

(31) Art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Ver Texto

(32) V.: Diario EL PAIS, SAHUQUILLO, MARÍA R. Consumidor agobiado, ensalada en bolsa, 05/10/2011 [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Consumidor/agobiado/ensalada/bolsa/elpepisoc/20111005elpepisoc\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Consumidor/agobiado/ensalada/bolsa/elpepisoc/20111005elpepisoc_1/Tes)

Ver Texto

(33) V.: Diario EL PAIS, SOLER, MARTA, Rescoldos tras la crisis del pepino. El consumo se recupera, pero algunos productos no cubren costes de producción. 19/09/2011. [http://www.elpais.com/articulo/andalucia/Rescoldos/crisis/pepino/elpepiespand/20110919elpand\\_6/Tes](http://www.elpais.com/articulo/andalucia/Rescoldos/crisis/pepino/elpepiespand/20110919elpand_6/Tes)

Ver Texto

(34) V. Diario EL MUNDO, RUIZ, OLATZ, La crisis de los invernaderos. El pepino no remonta, 30/10/2011 11:43 horas <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/30/andalucia/1319971409.html>

Ver Texto

(35) V. Diario EL PAIS, Las exportaciones de Almería cayeron un 40% en junio, EP - Almería - 23/08/2011. [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/fallecidos/cepa/coli/Alemania/elpepusoc/20110530elpepusoc\\_4/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/fallecidos/cepa/coli/Alemania/elpepusoc/20110530elpepusoc_4/Tes)

Ver Texto

(36) «La Comunicación subraya con claridad que el principio de cautela no constituye una politización de la ciencia o la aceptación del riesgo-0, sino que proporciona una base para la acción cuando la ciencia no está en condiciones de dar una respuesta clara. La Comunicación también subraya que la determinación de cuál es el nivel aceptable de riesgo para la Unión Europea constituye una responsabilidad política. Proporciona un marco razonado y estructurado para la acción en caso de incertidumbre científica y pone de manifiesto que el principio de cautela no puede ser una excusa para hacer caso omiso de las pruebas científicas y adoptar decisiones proteccionistas. Las directrices horizontales que se establecen en esta Comunicación proporcionarán en el futuro un instrumento de utilidad para adoptar decisiones políticas al respecto y contribuirán a legitimar decisiones adoptadas cuando la ciencia no está en condiciones de evaluar el riesgo, evitándose así la adopción de decisiones basadas en temores o percepciones irracionales. Así pues, uno de los objetivos de la Comunicación es describir claramente las situaciones en las que el principio de cautela podría aplicarse y determinar el alcance de las medidas adoptadas al respecto. De esta forma, contribuirá a garantizar el funcionamiento adecuado del mercado interior y la obtención de un nivel elevado de protección y de previsión en favor de los consumidores y de los agentes económicos radicados tanto en la Unión Europea como fuera de ella.» Documento disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-00-96\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-96_es.htm)

Ver Texto

(37) La Comisión subrayó que el principio de precaución solo se puede invocar en la hipótesis de un riesgo potencial, y que en ningún caso puede justificar una toma de decisión arbitraria. Por tanto, el recurso al principio de precaución solo está justificado si se cumplen las tres condiciones siguientes: identificación de los efectos potencialmente negativos; evaluación de los datos científicos disponibles; ampliación de la incertidumbre científica.

[Ver Texto](#)

(38) V. art. 9.3 de la Constitución Española.

[Ver Texto](#)