

N. 42267
RN 40487
R. 40487

CEGERS 90

MADRID, 28-29 de MARZO de 1990

Casos Prácticos de Gerencia de Riesgos
La Responsabilidad de la Alta Dirección en
la Gran Empresa o Corporación
Enrique Ruiz Vadillo (TRIBUNAL SUPREMO,
Presidente Sala II)

SUMARIO

- I. Consideraciones generales.
- II. El tema de la responsabilidad civil, la Constitución y el hecho de vivir en sociedad.
- III. La fenomenología económica y tecnológica de la producción en masa.
- IV. La contratación adhesiva.
- V. La responsabilidad contractual y extracontractual.
- VI. Algunas especialidades.
- VII. Teoría general de la responsabilidad.
- VIII. La responsabilidad penal de las personas Jurídicas.
- IX. El contrato de trabajo y la responsabilidad civil y penal de los directivos.
- X. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Como entre los Ponentes y personas que asistan a este Congreso están amigos de otras Jornadas y Convenciones, muy plurales y diversas, dentro del amplio campo del seguro y de la responsabilidad de productos, en las que también he tenido la satisfacción de intervenir por la amable invitación de sus responsables, conocen de sobra que no soy un especialista de la materia que están Uds. tratando sobre "La responsabilidad de la Alta Dirección en la Gran Empresa o Corporación" y así se lo hice ver a la Organización pese a lo cual insistió con extraordinaria amabilidad en su requerimiento para que interviniera en este Congreso y aquí estoy para cumplir este difícil compromiso ante Uds., agradecido a la invitación y a su asistencia como personas muy cualificadas y conocedoras del tema. Pero realmente ni siquiera las palabras que voy a tener el honor de dirigirles responden al título de la Conferencia que aparece en los programas; por consiguiente, mis referencias van a tener un carácter de exposición amplia, con una evidente vocación generalizadora.

Mi modesta biografía y unida a ella mi vocación, hacen de quien ahora tiene el honor de dirigirse a Uds.,

un generalista es decir un profesional del Derecho que se ha acercado a los cuatro ordenes jurisdiccionales en algún momento de su vida y que guarda hacia todos ellos un profundo respeto y alta consideración. Esta es la razón de que mi intervención en este solemne acto tenga un contenido "sui generis". Me voy a referir con una gran superficialidad al tema de la responsabilidad, en general, de los directivos de las empresas, desde la perspectiva jurídico-civil, laboral y penal para hacerlo desde el Derecho pero, también, desde la perspectiva de las realidades sociales que, de alguna manera, deben condicionar, conforme al artículo 3.1 del Código Civil, la interpretación de las normas y del sistema jurídico en general.

A ello se une hoy un factor decisivamente importante que no podemos ni debemos desconocer: la introducción en nuestro Derecho del Ordenamiento Comunitario. Existe ya una doctrina muy consolidada en este sentido. En primer lugar y por encima de cualquier otra consideración hay que señalar como dijo el Prof. Muñoz Machado recientemente, que la vigencia plena del Derecho Comunitario en el territorio de los Estados miembros se apoya en dos reglas: las normas comunitarias se aplican inmediatamente y son

capaces de hacer surgir sin mediaciones de ningún género, tampoco de las autoridades internas, derechos y obligaciones y, en caso, de conflicto, las reglas de Derecho europeo deben aplicarse con preferencia a las de los Estados miembros. En materia de seguros, de responsabilidad civil empresarial, en general, y de la Administración, por incumplimiento del Derecho Comunitario Europeo, etc., es decisivamente importante contar con esta realidad que si se desarrolla como todos esperamos, dentro de los parámetros de justicia, seguridad y bien común, habrá de ser especialmente venturoso. Recordemos que la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre 1.982 dictada en un recurso prejudicial sobre interpretación del artículo 171 de la Comunidad Económica Europea, el Tribunal pareció decantarse por la tesis de que los derechos de reparación no surgen de la sentencia de incumplimiento, sino del efecto directo de las normas comunitarias violadas.

Y por supuesto a ello se une otro dato esencial: La complementariedad del seguro, circunstancia que sin duda habrá de abordarlo con ejemplar maestría, como siempre, el Prof. Caballero Sánchez en su Ponencia a la que me remito así como a las aportaciones valiosísimas de los Profesores Garrigues, Sánchez Calero y Sotomayor, entre otros.

II. EL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LA CONSTITUCION Y EL HECHO DE VIVIR EN SOCIEDAD.

En definitiva, se trata de la contemplación del tema universal y cada día más importante, de la responsabilidad civil, hasta el punto de que muchísimos asuntos que llegan a los tribunales, probablemente no alcanzarían este destino si un sistema correcto, eficaz y preciso fuera capaz de resolverlos, desde el punto de vista económico en función de criterios fundamentalmente objetivos. De esta forma la propia sociedad, a través de una serie de cauces de diversa naturaleza, daría cumplida satisfacción a los interesados sin llegar constantemente a instancias judiciales, como ahora acontece y que, desde mi punto de vista, no es bueno, incluídas muchas resoluciones de contrato, reclamaciones de cantidad, despidos y hasta imprudencias en las que las fronteras entre la ilicitud civil (responsabilidad civil extracontractual o aquiliana) y la penal, no son diáfanas ni muchísimo menos.

El artículo 38 de nuestra Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen el

ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. El artículo 51.1 de la Ley Fundamental señala que los poderes públicos garantizaran la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. A estas garantías han de asociarse unas determinadas responsabilidades, entre ellas las empresariales apareciendo así en correlato: garantía-responsabilidad y dentro de estas las penales, laborales y civiles y dentro de estas, a su vez, las contractuales y extracontractuales.

Vivir en sociedad es una actividad muy compleja, difícil y comprometida para la que, acaso, de niños y jóvenes no se nos prepara con eficacia. Convivir es una aventura inigualable e intransferible que necesita soportes humanos, sociológicos y jurídicos. Entre estos la igualdad sustancial del artículo 14 de nuestra Ley Fundamental, la libertad, que solo se hace efectiva cuando los demás nos dejan ser libres y nosotros dejamos a los demás que lo sean, y la justicia, como horizonte infinito de equilibrio, tan difícil de precisar por la inevitable carga de subjetivismo y de parcialidad, muchas veces inquerida,

que la misma idea conlleva. Se trata en cierta manera de conceptos jurídico-políticos indeterminados, que requieren de normas de derecho positivo para su efectiva realización.

III. LA FENOMENOLOGIA ECONOMICA Y TECNOLOGICA DE LA PRODUCCION EN MASA.

El mundo moderno ha puesto en un primer plano los fenómenos económicos y de ellos y en ellos hay que destacar entre otros la fabricación en masa, de forma impersonalizada de bienes y útiles de consumo de la más variada índole, como dice Jaime Santos Briz (alimentos, medicinas, máquinas, vehículos); en general instrumentos cada vez complejos y sofisticados, como todo cuanto hace referencia a la informática, etc. La ruptura de una presa hidráulica, la avería de una central nuclear, etc., producen o pueden producir unos daños inmensos y una de las consecuencias de esta masificación-impersonalización está precisamente en la imposibilidad o dificultad de precisar quien o quienes fueron los responsables directos.

Por estas razones, apenas si queda ya nada, acaso un bonito recuerdo y una añoranza, de la vieja elaboración

manual y artesana. Hoy se recurre a procesos de automatización y racionalización de la producción en la que, de alguna manera, solo de alguna manera, de la impresión que la persona individual, la mujer u hombre en concreto, desaparece y se sustituye, si me permiten la expresión, por la máquina fría y anónima, inevitablemente deshumanizada. La persona se limita a accionar palancas y a apretar botones. Todo o casi todo está informatizado y, en general, fabricado en masa, como acabamos de señalar.

No puede ser de otra manera y es bueno que así sea porque gracias a ello podemos contemplar con cierta esperanza el porvenir de la humanidad y el arranque hacia metas de prosperidad de tantos y tantos pueblos como viven en la más absoluta miseria. Si se ponen al servicio de la justicia, que en este orden de cosas está muy clara, todos los recursos posibles para conseguir el ansiado despegue de quienes llevan una vida inhumana o infrahumana, el mundo será mejor y, acaso, podamos alejar el drama de los conflictos bélicos, consecuencia, a veces, de injusticias estructurales y de deficiencias insostenibles.

IV. LA CONTRATACION ADHESIVA.

Así las cosas la contratación adquiere unas nuevas connotaciones. Existen riesgos y riesgos muy importantes de naturaleza industrial cuyo perfil resulta indispensable conocer. Por otra parte no se puede convenir cliente a cliente las condiciones del contrato y las consecuencias del riesgo, menos aún cuando el daño se produce a terceros. El contrato es uno, obra del oferente y quienes con él quieren contratar solo tienen una opción: firmar o no firmar, pero no discutir las cláusulas del convenio. Aparece como resultado de esta mecánica la llamada contratación adhesiva que Uds. conocen bien y que dió lugar a una jurisprudencia muy extensa y constante alrededor del artículo 1.288 del Código Civil. Y si la mercancía vendida o el servicio prestado, no responden a lo pactado la acción ha de dirigirse, no se sabe a ciencia cierta contra quién: contra el fabricante, el comerciante o contra algún intermediario. ¿Quién fabricó la máquina sofisticada, el ordenador, el televisor? ¿Cuántas personas físicas y jurídicas intervinieron en el proceso de elaboración del producto? ¿De qué manera son responsables del daño? En un Hospital o Centro sanitario ocurre otro tanto: Son muchos los que intervienen en la intervención quirúrgica, en la

curación o mejoramiento del enfermo; es la organización la que actúa: toma de datos, descubrimiento de determinadas circunstancias analíticas más o menos complejas, diagnósticos, etc. En este orden de cosas esta misma semana he pronunciado una Conferencia en la Universidad de Cadiz sobre la responsabilidad de la clase médica según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y he hablado entre otras cosas de una responsabilidad por riesgo sanitario de naturaleza objetiva o casi objetiva.

En estas circunstancias hay que buscar, por una parte, el resarcimiento económico suficientemente compensador del consumidor o usuario, víctima de la relación contractual o incluso del extracontractual (tercero en términos jurídicos) y ello es importantísimo y de ahí que surjan determinados institutos jurídicos tendentes a su fácil consecución y se habla de la inversión de la carga de la prueba, de la obligación legal de indemnizar, de la responsabilidad objetiva, de la acción directa del perjudicado frente al asegurador que incluso puede hacerla valer en el proceso penal, etc.

Por otra parte, cuando esta responsabilidad alcanza una cierta gravedad y pasa a ser de naturaleza penal hay

que localizar al causante. La bomba extractora que al conectarse a la red eléctrica, produce una descarga y el trabajador muere electrocutado, el electrobisturí que produce una llamarada y provoca el fallecimiento del paciente, la venta de artículos alimenticios o de fármacos en mal estado (asunto de la colza) o caducados, las grandes estafas inmobiliarias de grandes empresas, el rompimiento de las compuertas de una presa, etc. Y esta búsqueda no resulta nada fácil precisamente por la complejidad de los fenómenos económicos a los que acabo de hacer referencia habiendo aparecido en este sentido una generalizada preocupación en orden a la llamada delincuencia de los negocios o "criminalité des affaires" e incluso a la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas de la que nos hemos ocupado en el Consejo de Europa durante varios años en distintos Comités restringidos de expertos en los que tuve la gran satisfacción de participar e intervenir en nombre de España y a la que más adelante me referiré.

Me imagino que uno de los muchos problemas que a Uds. se les presentan es el de contemplar los riesgos y su aseguramiento, que se derivan de una determinada actividad empresarial. Mi ilustre amigo y compañero el

Profesor D. Ernesto Caballero Sánchez nos ha dado una espléndida Conferencia sobre el Derecho de Seguros y la Gerencia de Riesgos y el marco jurídico asegurativo de la prevención. Hablar después de él, especialista metódico y conocedor de este mundo jurídico económico como pocos, comporta para mí un riesgo extraordinario que corro gustoso por estar al lado de tan ilustre personalidad.

Voy por consiguiente a hacer como al comienzo anticipé, una breve, brevísima referencia a la responsabilidad civil, laboral y penal de la Alta Dirección y, más en general, de los Empresarios y altos directivos.

V. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

En materia civil hay que distinguir entre la responsabilidad contractual de la extracontractual y en ellas poco o nada hay de especialidad a mi juicio en orden al tema monográfico que venimos examinando. Los contratos de compraventa, de arrendamiento, de "leasing", de suministro, etc, habrán de cumplirse en la forma pactada y, en todo caso, de acuerdo con los principios generales del Derecho contractual. Esta responsabilidad nacerá para

la Empresa contratante que es, en definitiva, quien se situa en uno de los polos subjetivos del contrato y responderá de acuerdo con las prescripciones del contrato, ley primaria de la relación de las normas que aparezcan en el Código civil como configuradoras de la relación más próxima, como subsidiarias y de los principios generales a los que ya nos hemos referido en otras ocasiones de manera menos superficial: igualdad, proporcionalidad y equilibrio.

En materia extracontractual responderá por cuantas personas se integren en su organización; a mi juicio, no tanto por aplicación de las viejas ideas de culpa "in eligendo" o "in vigilando" me parece que difícilmente aplicables en ambos casos, sino como consecuencia del funcionamiento anormal o defectuoso de la propia actividad empresarial o incluso, sin él, cuando se trata de una responsabilidad objetiva. El artículo 1.911 del Código Civil y la filosofía en que se inspira, según el cual el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros es de aplicación a las personas físicas y a las jurídicas.

El artículo 1.902 ha adquirido un perfil objetivista en aras del principio de socialización del Derecho,

expresión ya vieja, acuñada por ilustres juristas (Castan, Castro, Hernández Gil) para caracterizar una inquietud por los riesgos que las personas sufren por el hecho de vivir en sociedad cuando surgen agresiones procedentes de actividades de otros, especialmente cuando estas producen un cierto beneficio para quien las lleva a cabo, con o sin culpa. (V.art. 1.903 Cc y 22 Cp).

Y esta obligación de resarcimiento ha de sujetarse a unas normas preestablecidas que consigan la reparación hasta donde es posible humanamente, pero no más allá, provocando un enriquecimiento injusto o sin causa. La determinación y límites del lucro cesante o ganancia frustrada ofrece, como dice la jurisprudencia, (sentencia de 22 de junio de 1.967) muchas dificultades por participar de todas las vaguedades propias de los conceptos imaginarios y para tratar de resolverlos el Derecho sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar un beneficio o una ganancia sino que ha de existir una cierta posibilidad objetiva de realizarse dicha ganancia que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias económicas del caso concreto. Pensemos en un supuesto de muertes y lesiones corporales graves, como consecuencia de un envenenamiento de aguas o utilización de productos alimenticios en mal

estado o de intoxicaciones por emanaciones de gases, como sucedió y está sucediendo en España y fuera de España. Entonces, es necesario individualizar riesgo, daños y responsabilidades.

Una interpretación favorable al consumidor o usuario se impone en virtud de lo que vamos a indicar.

Si se trata por ejemplo de una póliza que es la materialización del contrato de seguro y se habla en ella del estado de embriaguez del conductor, ha de entenderse por tal el "conductor asegurado". Sentencia Tribunal Supremo Sala 1ª 10 abril 1.989.

De estos principios de favorecimiento al consumidor o usuario nace también otro principio:

Una cierta tendencia hacia la solidaridad: De los socios gestores frente a terceros: STS 4 enero 1.989. También en todas las obligaciones nacidas de acto ilícito, situación que como todos sabemos es muy próxima a la de la imprudencia penal, temeraria o simple (arts. 565, 586.3 y 600 Cp) (v. STS 1ª 10 marzo 1.989). También la STS 1ª de 24 enero 1.989. La STS 10 marzo 89 declara que las

dudas sobre el día inicial de una prescripción en un supuesto de derribo y construcción de un edificio que daña al colindante no debe resolverse en contra de quien reclama.

La STS de 15 de marzo 1.989 dice: El fabricante del conjunto de un aparato responde del buen funcionamiento de todos sus elementos aún de aquellos fabricados por tercero pero incorporados a aquel.

La STS 16 enero 1.989 se refiere a inmisiones producidas por la sociedad demandada causante de daños en personas, animales y cosas.

La STS de 8 de marzo 1.989 destaca que se ha probado la culpa pero que aún sin ella se llegaría a idéntica conclusión favorable a la indemnización.

La STS 10 enero 1.989 se refiere al aumento del 20% de la indemnización por rechazo en el pago, en términos favorables al perjudicado.

La STS de 22 de febrero 1.989 contempla un supuesto de interpretación del contrato de seguro que por ser de adhesión ha de hacerse a favor del asegurado.

La SMT 2 de Vizcaya declara que el Alto Cargo no es responsable, en caso de insolvencia de la empresa, por los créditos impagados cuando se trata de personal de alta dirección (vease 88.1 pag. 1397).

STS 14 oct. 87 El Director Gerente y Director General no son trabajadores y la jurisdicción laboral es incompetente. Veremos luego aunque sea con rapidez, algunas consecuencias.

En el sentido que venimos señalando hay que citar la nueva Ley de Sociedades Anónimas (Vease SA artículo 123 y ss).

El artículo 133 regula el tema de la responsabilidad de los Administradores en las citadas Sociedades Anónimas, estableciéndola frente a la Sociedad misma, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, responsabilidad que tiene naturaleza solidaria para todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo a salvo los que prueben que no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o

conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. En ningún caso exonera de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general. A efectos de medir el grado de profesionalidad, dice el artículo 127, que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal con lo que se construye un tipo de exigencia mixta: la del empresario ordenado (expresión muy importante porque no hace referencia al tipo medio de empresarios, sino al ordenado, coincida o no con la media, y la del representante leal que encierra una idea subjetiva de lealtad, de confianza y de entrega.

Sin olvidar, en este sentido societario, la doctrina jurisprudencial aplicada por las Salas 1ª y 2ª del TS, en orden a la necesidad de levantar el velo de las sociedades cuando con ello se pueden descubrir disfunciones perjudiciales para los otros socios, para los acreedores o para los terceros, nacidas de voluntades amparadas en formalismos y no en realidades.

Los daños y perjuicios, como ya dijimos, han de acreditarse por quien los alega (Sentencia de 20 oct. 72) aunque este principio no es de aplicación tan absoluta

que, en los casos en que los hechos demostrados o reconocidos por las partes en pleito se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, sea preciso acreditar su realidad, además de los hechos de los que se parte (sentencias de 2 de abril del 60 y 28 abril del 68). Por ejemplo la muerte, la pérdida de un miembro principal o no principal, etc. En estos casos habrá que demostrar tan solo la existencia del hecho, del resultado y de sus consecuencias y la relación de causalidad, problema interesantísimo en el que no podemos entrar aunque dentro de las muchas teorías nos inclinamos por la tesis de la causación adecuada (Jaime Santos Briz), superadora de las teorías causalistas de ilimitada proyección: Stuar Mill, de la equivalencia de las condiciones, etc. con el correctivo, incluso en el Derecho Penal, de la compensación de culpa. (V. Cc. y Proyecto de Código penal).

El progreso de las ciencias físico-químicas ha dado lugar a la industria nuclear que, a su vez, ha originado un derecho especial de energía atómica o nuclear. La posibilidad de producción y aprovechamiento económico de las desintegraciones o escisiones nucleares controladas, ha abierto una fuente de energía de dimensiones desconocidas pero al mismo tiempo, al menos en la actualidad, de graves peligros. El riesgo de explosión o de irradiación

radioactiva, en cualquiera de sus manifestaciones: transporte, manipulación, averías etc. han hecho nacer hasta una normativa nueva que ha de unirse a otros fenómenos viejos y nuevos.

VI. ALGUNAS ESPECIALIDADES.

La Convención de París de 29 de julio 1.960 y el Protocolo Adicional de 28 de enero 1.964 estableció para los supuestos de accidentes nucleares una responsabilidad objetiva sin necesitar prueba de la culpabilidad del explotador, limitada en el tiempo (10 años) y en la cuantía (15 millones) y con una obligación de asegurar de naturaleza obligatoria.

En España se ha establecido el límite de 300 millones de pesetas por accidente y el derecho a reclamar durante 10 años si son daños inmediatos y 20 si son diferidos (Ley de 29 abril del 64 y Reglamento de 22 de julio del 67: otra de las expresiones de la socialización del riesgo a través de la intervención del Estado. (V. los demás supuestos de responsabilidad objetiva, entre ellos accidentes de automóvil y caza y los correspondientes seguros de cobertura obligatoria)(V. art. 563 y 565 Cp

según la reforma de 21 junio 1989).

Respecto a la responsabilidad por los daños producidos por inmisiones o instalaciones industriales y por ruidos rige el artículo 1.908 del Código civil y en orden a la contaminación atmosférica es de aplicación la Ley de 22 de diciembre 1.972 y el Reglamento 6 febrero 1.975.

De ahí la necesidad de controles por parte del Estado. Es el gran reto del Estado actual intervenir lo necesario, no más. En este sentido, hemos de citar industrias determinadas reguladas por Decreto 30 noviembre del 61 incluida la empresa nuclear; el Reglamento 2 de agosto de 1.978 de producción y distribución de empresa eléctrica, la Ley de 18 de mayo del 66 de Minas, infección de aguas, etc. Se trata de hacer realidad el calificativo de social del Estado de Derecho democrático.

En este sentido podemos citar entre otras las Sentencias de 17 de marzo del 81 que exigió la actuación antijurídica que es una forma de insocialidad para dar lugar a la correspondiente indemnización y la de 23 de septiembre del 88 sobre filtración de aguas residuales procedentes de un embalse artificial existente en las

inmediaciones de una industria azucarera lo que supuso la contaminación de las aguas que el actor utilizaba con fines hortícolas y de consumo humano.

VII. TEORIA GENERAL DE LA REPOSABILIDAD.

Modernamente se diseña una teoría unitaria sobre la responsabilidad civil extracontractual y contractual en la que, a veces, hay que incluir respecto de la culpabilidad culposa, la procedente de infracciones penales, en la actualidad reducidas considerablemente al subsistir solo como delito la imprudencia temeraria y mantenerse como faltas la simple con o sin infracción de reglamentos, (ésta solo para daños coporales), distinguiendo según el resultado afecte a las personas o a las cosas con el carácter de infracción perseguibles solo por denuncia y en las que, según el criterio más generalizado, tendrá efecto el perdón (artículos 565, 586 bis, 600 y 112 del Código penal según la Ley de 21 de junio de 1.989 (Vives Antón, Muñoz Conde, Medina Crespo, López Borja, etc.)).

En este sentido, otra de las características de la época que vivimos afectante a los riesgos que asume cualquier empresa por el hecho de serlo es la de mostrar una tendencia que ya anticipamos, muy acusada hacia la

solidaridad que es, cuando se trata de una configuración de pluralidad de deudores, contractuales o no, una de las formas más útiles para conseguir la realización de lo debido es decir una de las garantías más eficaces. En el campo de la extracontractualidad está hoy reconocida constantemente por la jurisprudencia (sentencias de 3 de enero 79, 30 abril del 81 y 28 de marzo del 82) y como todos sabemos está consagrada en el campo penal (artículo 107 y jurisprudencia de la Sala 2ª Ts). A ello se une el principio de improrrogabilidad de la competencia (V. Ley de venta a plazos, Ley 21 junio 1989, etc).

En definitiva, y entre otros ejemplos, el ejercicio de la acción directa del perjudicado frente al asegurador (vease artículos 1, 3, 76 y 78 Ley de Contrato del Seguro de 8 de oct. 1.980) es una entre otras muchas expresiones de cuanto estamos diciendo. La Ley quiere el resarcimiento del tercero a toda costa y para ello pone a su servicio varios instrumentos jurídicos.

Unas breves palabras sobre la responsabilidad derivada de los productos. El fabricante está obligado a adoptar precauciones para evitar los peligros que origina su actividad (artículo 1.902 del Código civil, 340 del Código penal, destrucción de bienes propios, etc) y en

este sentido son de aplicación los siguientes principios:

- 1) Buena fé (1.258 del Código civil, 57 del Código de comercio, 5 del Estatuto de los Trabajadores).
- 2) Diligencia, acorde con el producto o servicio: automóvil, fármacos dentro de ellos clase de fármaco, manifestaciones de la manipulación de la energía atómica, etc).
- 3) Responsabilidad generalizada a todos los sectores: automóviles, productos incluidos de belleza (v. sentencia sobre depilación, etc) y
- 4) Principio de confianza que extiende la responsabilidad a cualquiera de los intervinientes: delegación, concesionario, fabricante, etc, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento posteriores.

El Convenio del Consejo de Europa de 27 de junio de 1.977 facilita una interpretación auténtica de determinadas expresiones en este orden de cosas.

La Ley de 19 de julio de 1.984, (26/84), General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (vease página 29) tiene un interesante contenido: Responsabilidad del intermediario, vicios posteriores, etc. aunque probablemente no haya alcanzado, por razones muy diversas, la efectividad deseada.

VIII. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS.

En Europa se cuestiona en la actualidad el problema de si las personas jurídicas son aptas para realizar actos delictivos y por consiguiente para recibir las correspondientes sanciones de naturaleza punitiva. (V. Recomendación nº R (88) 18 del Comité de Ministros de los Estados Miembros, relativa a la responsabilidad de las empresas, personas morales por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades.

I. Responsabilidad.

1. Las empresas se dice, deben poder ser consideradas responsables de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades incluso cuando la infracción sea extraña al objeto de la Empresa. Una empresa, por ejemplo, fabrica mermeladas y en su seno se produce un importante tráfico de drogas. De éste responderá, por razón de que sus estructuras, fueron incapaces de evitar el delito.

2. Esta responsabilidad es independiente de la que corresponde a la persona o personas físicas, autor o autores

penales del hecho acción u omisión delictivo.

3. De alguna manera esta responsabilidad nace como consecuencia del hecho mismo de existir y de funcionar como tal Ente jurídico o moral, una especie de responsabilidad social, nacida del hecho de vivir empresarialmente.

4. Las personas que ejerzan funciones de normal dirección y de alta dirección deberán ser consideradas responsables cuando hayan faltado a sus obligaciones y esta falta haya conducido a la infracción dolosa (a veces excepcionalmente podrá ser una infracción culposa).

5. La empresa no será responsable cuando, por una parte, su dirección no esté implicada en la infracción y, por otra, la organización misma haya tomado las medidas necesarias, conforme a criterios de la lógica y racionalidad, para evitarlo. Se trata, en definitiva, como ya dijimos, de asociar la responsabilidad penal a las deficiencias organizativas o estructurales.

II. Sanciones.

Además de una atención particular a las víctimas

por los perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción, pueden señalarse como sanciones las siguientes:

1. Advertencia.
2. Caución.
3. Fallo suspendido.
4. Pena pecuniaria.
5. Confiscación de bienes utilizados en la comisión de la infracción y ganancias obtenidas con ellos.
6. Interdicción de actividades, especialmente de actuar en los mercados públicos y de obtener ventajas fiscales y subvenciones.
7. Prohibición de hacer publicidad.
8. Supresión de autorizaciones.
9. Destitución de miembros de la dirección en los términos que la sentencia fije.
10. Colocar a la empresa provisionalmente bajo la responsabilidad de una administración designado por la Justicia, es decir por el Tribunal sentenciador.
11. Cierre de la empresa.
12. Disolución.
13. Indemnización a la víctima. Problema complejo es el de fijar si esta obligada consecuencia, puede actuar como pena, lo que en España no es posible hoy al ser un efecto del delito, no una sanción (V. arts. 19 y 101 y

ss del Cp).

14. Publicación de la sentencia.

IX. EL CONTRATO DE TRABAJO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL.

Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán: 1º Por la voluntad de las partes con sujeción a las normas del Real Decreto ordenador de estas especiales relaciones y a las demás que sean de aplicación; 2º Por la legislación civil o mercantil y sus principios generales, y 3º Por las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo cuando a ellas se remita expresamente el Real Decreto 1382/85 de 1 de agosto o así se haga constar específicamente en el contrato (art. 3 RD). El artículo 2º y con el epígrafe de "Fundamento" establece que la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe.

El sistema que, en mi opinión, no es del todo acertado, adolece de imprecisiones: 1) Que los derechos

deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, ya lo establecen con carácter general el Código civil (art. 7.1 y complementariamente el apartado 2, y el 1.258; el art. 57 del Código de comercio, y arts. 5 a; 20.2 d, y 89 del Estatuto de los Trabajadores) y, acaso, sea contraproducente repetir el principio general de derecho en cada una de las leyes porque cuando en una de ellas no se diga puede entender el intérprete (aunque creo que entendería mal) que el citado principio no rige. No había, pues, necesidad de decirlo; sí en cambio es importante la referencia a la recíproca confianza que puede ser algo más que la buena fe, desde el punto de vista jurídico (ver también art. 11.1 y 2 de la ley Orgánica del Poder Judicial: reafirmación general, y creo que oportuna, del principio de buena fe proyectado a la actividad judicial). La buena fe es exigible siempre, la confianza en cambio, supone una entrega de lealtades superior a la que normalmente actúa y es exigible en la contratación. 2) La voluntad de las partes es preferente y la sujeción a las normas del ordenamiento y por tanto del Real Decreto se producirá sólo cuando se trate de preceptos de derecho necesario o de "ius cogens" (art. 1.255 del Código civil). 3) Por el contrario, en mi opinión, el bloque normativo del Derecho Laboral común y general y por consiguiente el Estatuto de los Trabajadores, debió actuar como derecho supletorio

de primer grado frente a los vacíos de la contratación laboral especial en cuanto no fuera contradictorio con la legislación específica. En cambio, su aplicación es rechazada, salvo remisión expresa del Real Decreto o puntual llamada contractual.

A mi juicio, el precepto debió decir esto: El contrato se regirá: 1º Por la voluntad de las partes, siempre que no sea contraria a normas de obligado cumplimiento. 2º En su defecto, se aplicará este Real Decreto y supletoriamente la legislación laboral común en cuanto no resulte incompatible con los principios y mandatos de esta disposición. 3º Finalmente, se aplicará la legislación civil y mercantil. 4º En todo caso, al principio de recíproca confianza entre las partes, como expresión cualificada del de buena fé, se acomodará el ejercicio de los respectivos derechos y obligaciones.

La llamada socialización del Derecho a la que tan acertada como insistentemente se ha referido la doctrina, así el Prof. Hernandez Gil, y también los profesores Castán y Federico de Castro con tanta incidencia en esta parte del ordenamiento jurídico, debe ser prevalente. Por ello, el valor de los principios en que específicamente se inspira el Derecho del Trabajo es, a mi juicio, tan grande y tan

importante su significación y trascendencia, que es lo único que puede justificar y justifica la incorporación de este tipo de relaciones especiales a nuestro Derecho Laboral.

En todo caso hay que tener en cuenta que según el art. 1.091 del Código civil, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de las mismas. Como dice Lacruz Berdejo el contrato no es ley pero las obligaciones nacidas de él vinculan a su cumplimiento como la ley misma. La *lex contractus* en su núcleo original, no es una ley heterómana, sino autónoma; son preceptos que se da cada obligado para sí mismo, no para los otros, vinculándose a una conducta; a un hacer u omitir. Sin olvidar que es un contrato oneroso, sinalagmático, en el que, en principio, basta la equivalencia subjetiva entre prestación y contraprestación (TS 1ª S. 23 feb. 1.951) para que el equilibrio mínimo indispensable se cumpla, salvo los supuestos de excepción. Repetimos: en estos contratos de alta dirección, conviene la escritura, la precisión y claridad con mayor acento, si cabe, que en otros supuestos.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRECTIVOS

Es responsabilidad penal la que nace a consecuencia de la comisión de un hecho constitutivo de delito o falta, entendiéndose por tal las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. Rigen en esta materia y de forma incondicionada, los principios de legalidad (art. 25.1 CE y art. 1º Código penal) y de culpabilidad: No hay pena sin dolo culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiese causado, al menos, por culpa (art. 1 del Código penal, con arreglo a la reforma llevada a cabo por la Ley de 25 junio 1.983).

A su vez, toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente (art. 19 del Código penal y 1.092 del Código civil).

La responsabilidad penal da lugar a una pena y, en su caso, a una medida y la civil, procedente de delito o falta, comprende la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios (art. 101 del Código Penal). La indemnización de daños y perjuicios es análoga a la regulada en el Código civil, estableciendo el art. 104 del Código penal, que la indemnización de

perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubiesen irrogado por razón del delito, a su familia o a un tercero. Siendo dos o más los responsables civiles de un delito o falta, los tribunales señalarán la cuota de que debe responder cada uno (art. 106), aunque los autores, cómplices y encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán reponsables solidariamente entre sí por sus cuota y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables (art. 107 del Código penal).

La responsabilidad subsidiaria será extensiva a las entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio (artículo 22 del Código penal).

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria (1º autores, 2º cómplices y 3º encubridores), como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno (art. 107 párr. 2 y 3 del Código penal).

Principales aspectos:

En este sentido, y para no rebasar los naturales límites del trabajo, vamos a referirnos a tres aspectos principales de más clara incidencia en el mundo de las actividades del trabajador de alta dirección: la llamada delincuencia económica o de los negocios, la actuación de dicho trabajador, como directivo a los efectos penales y a la circunstancia de obediencia debida en el campo laboral.

A) DELINCUENCIA ECONOMICA

La Recomendación R-81-12, sobre la criminalidad de los negocios del Consejo de Europa, de cuyo Comité restringido formé parte, señaló como posibles infracciones: la formación de carteles, prácticas fraudulentas y abuso de situación económica por parte de las empresas multinacionales, obtención fraudulenta y malversación de fondos facilitados por el Estado u organizaciones internacionales, infracciones en el ámbito de la informática (robo de datos, violación de secretos, manipulación de datos informáticos), creación de sociedades ficticias, falsificación del balance de la empresa y violación de la obligación de llevar una contabilidad, fraudes en

relación con la situación comercial y los capitales de la sociedad, violación por la empresa de las normas de seguridad y salud de los trabajadores, fraudes en perjuicio de los acreedores (bancarrota o quiebra, violación de los derechos de propiedad intelectual o industrial), infracciones contra los consumidores (falsificación de mercancías y presentación engañosa, atentados a la salud e higiene públicas, abuso de la debilidad y de la inexperiencia del consumidor), concurrencia desleal (comprendiendo la corrupción de un funcionario de la empresa concurrente) y publicidad falsa o engañosa, infracciones fiscales y elusión de prestaciones sociales por las empresas, infracciones aduaneras (elusión, por ejemplo, de derechos de aduana, violación de contingentes), infracciones en materia de moneda y cambio, infracciones bursátiles y bancarias (por ejem. manipulación abusiva de los mercados bursátiles y abuso de la inexperiencia del público) e infracciones contra el medio ambiente.

Desde el punto de vista del derecho español que, sin duda, se aproxima y aproximará más al derecho comunitario, encontramos hoy como delitos que en razón a su actividad puedan cometerse por los trabajadores de alta dirección, entre otros, los delitos de falsedad

documental, libramiento de talones o cheques sin provisión, delitos contra la salud pública y el medio ambiente en cierto tipo de industrias, el ofrecimiento en el mercado de productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las leyes y reglamentos sobre caducidad o composición (arts. 302 y ss, 563 bis b, 341 y ss, 347 bis y 346, respectivamente, etc.). A ellos pueden agregarse los delitos de estafa (arts. 528 y ss) y, por supuesto, los delitos (y faltas) de imprudencia (arts. 565, 586, 3 y 600 del Código penal).

Cuando se habla de responsabilidad penal de los empresarios y en este caso de aquellos que actúan como trabajadores de alta dirección, hay que destacar, una vez más, que lo normal, lo usual, es la presencia de empresas y de personas que llevan a cabo su actividad dentro de las leyes, distanciados siempre del Derecho penal, pero que ello no es óbice para que, como en los demás sectores de la sociedad, aparezcan, a veces, delitos que a la sociedad, al propio empresariado y altos directivos es a quienes más interesa su descubrimiento y castigo para, de esta manera, reforzar su prestigio social y la consideración que como promotores de riqueza y de puestos de trabajo, merecen.

B) ACTUACION COMO DIRECTIVO, A EFECTOS PENALES

El art. 15 bis del Código penal, según la redacción dada por la Ley de 25 de junio 1.983, dice: "El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo".

Este precepto tan equivocadamente comentado, sobre todo hace unos años, a mi juicio, no supone otra cosa, aunque sea muy importante, que siempre que concurren los presupuestos del principio de hecho, tanto a nivel constitucional (art. 25.1) como del Código penal (art. 1.1) y de culpabilidad que ya hemos examinado, declarado en el art. 1.2, incurrirá en responsabilidad penal aquella persona física que actuando como directivo, órgano o representante de otra, realice un hecho tipificado como delito, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la figura de delito exija; por ej: ser comerciante. Ni este artículo consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas como se

ha dicho por algunos, ni supone un fantasma para la actividad empresarial. (Cfr. art. 519 respecto al alzamiento de bienes).

De otra parte, los arts. 238 y 499 bis del Código penal contienen unas disposiciones específicas en este sentido: cuando el delito de desobediencia fuere cometido por sociedades, empresas o entidades análogas, es decir por personas jurídicas, se impondrán, en sus respectivos casos, las penas señaladas a los directivos, gerentes de las mismas o encargados del servicio de que se trate, así como a los componentes de los Consejos de administración, siempre que estos tuvieran conocimiento de la orden incumplida (art. 238). El 499 bis, en relación a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, en su último párrafo dice: "Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por personas jurídicas se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieren cometido o que conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieren adoptado medidas para remediarlos. En su caso, procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa", declaración, esta última, innecesaria por obvia.

Pero hay que advertir que en todos los supuestos

citados y todos los demás de análoga significación para que haya responsabilidad penal es absolutamente imprescindible una conducta dolosa o culposa tipificada en el Código penal y que esta responsabilidad habrá de extenderse a cuantos de una u otra manera, dentro de los parámetros del Código penal, contribuyeron a su realización. No se trata, pues, de buscar personas de paja para transformarlos en chivos expiatorios, sino de penar a cuantos hayan llevado a cabo actuaciones delictivas. Dice Bacigalupo que el art. 15 bis establece de una manera general las condiciones de responsabilidad de los órganos o representantes de las personas jurídicas en los delitos especiales (propios), es decir, en aquellos supuestos en los que la autoría está fundamentada por un deber especial que incumbe al titular de la acción. Se trata de una disposición que tiene la facultad de eliminar las lagunas de impunidad que se generan de aplicar las reglas generales de la participación y la tipicidad a los casos en que el deber general incumbe a la persona jurídica, pero no a su representante quien, sin embargo, es el que realiza el comportamiento necesario para infringir tal deber, citando, entre otros casos de aplicación, los supuestos de comisionistas (art. 244 del Código civil), factores (art. 281 del Código de comercio), gerentes (arts. 283

y 286 del Código de comercio), administradores de sociedades anónimas (Real Decreto legislativo de 22 diciembre 1.989), ídem de sociedades de responsabilidad limitada (art. 11 Ley 17 de julio 1.953), síndicos de la quiebra (art. 1075 del Código de comercio, de 1.829), presidentes de sociedades cooperativas (Ley 3/1987 de 2 de abril, General de Cooperativas), corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público (art. 35 del Código civil). Y como preceptos penales de aplicación, entre otros los arts. 337, 342, 346 bis, 498, 520 y 521, 523 y 424, 535, 545 y 546 y los recientes artículos que el Código dedica al delito fiscal de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1.985, de 29 de abril (arts. 349, 350 y 350 bis Cp).

X. CONCLUSIONES.

1ª.- El trabajador de alta dirección puede incurrir, como es lógico, en todo tipo de incumplimientos, desde los graves y culpables determinantes del despido, en la forma y con los efectos establecidos en el RD regulador y en el Estatuto de los Trabajadores, hasta aquellos otros menos graves que pueden acarrear sanciones o responsabilidades civiles, si se incurre en las faltas tipificadas como tales en el contrato o subsidiariamente en el Estatuto de los Trabajadores.

2ª.- El despido disciplinario no es óbice de la exigencia de una responsabilidad civil por daños y perjuicios, derivados de su actuación en la empresa y, por supuesto, suficientemente acreditados. Por ej. venta de una partida de materiales a precio inferior al fijado en las instrucciones dadas por la persona u órgano superior de gobierno y administración de la Entidad, para congraciarse con el comprador del que esperaba compensaciones (dolo) o por no poner su actuación la adecuada atención o diligencia (imprudencia). Puede haber despido y reclamación de cantidad, aunque, si el trabajador acciona por despido improcedente o nulo, no cabrá la vía reconvencional (art. 16 LPL), pero desde luego será la jurisdicción social la que habrá de conocer de la controversia por aplicación directa del artículo 14 del Real Decreto y de los principios generales del proceso.

3ª.- Cualquier otro incumplimiento no determinante de despido puede dar lugar a sanción en su caso y a reclamación de cantidad si procede. Por ej. por descuido del alto directivo se pierde la oportunidad de que le sea adjudicada a la empresa una obra, al no participar en un concurso o subasta.

4ª.- Si el alto directivo comete un delito en el ejercicio de su actividad, por ej. falsificar un balance para perjudicar a los socios y/o a los acreedores, del hecho penal responderá por supuesto solo él o los que con él hubieran delinquido concursalmente y la empresa será responsable civil subsidiaria, pero si la actuación no se produjo obedeciendo directa o indirectamente órdenes o criterios de la dirección (y mucho más si entre el interés de la Empresa y la finalidad defraudatoria que perseguía el alto directivo se daba una disociación) la Empresa podrá repetir, si es condenada, contra el alto cargo. Otro tanto acaecerá con la actuación grave y culpable (dolosa o culposa) en atención a los intereses de la empresa y en relación o no con terceros perjudicados.

5ª.- La diligencia del alto cargo habrá de ser medida en función de las reglas de la actividad o profesión y de los usos generalmente admitidos en ese ramo.

6ª.- Por supuesto si es el trabajador quien resulta perjudicado por el ejercicio de su actividad tiene derecho a reclamar daños y perjuicios. Por ej. alto directivo que contrata en nombre propio en representación de la empresa por expreso mandato de ésta y a cuyos terceros ha de

resarcir económicamente a consecuencia de determinados incumplimientos a él imputables. (V. Contratos de comisión mercantil y mandato civil y Ley de Sociedades Anónimas).

7ª.- En los supuestos de indemnizaciones tasadas por vía legal o convencional, el mandato legal o contractual que fija su montante, impide al juez hacer una valoración distinta en función de las circunstancias (por ej. art. 10.1 y 2 RD), con lo cual, a veces discutiblemente, vence la fijeza y la seguridad jurídica sobre la justa proporcionalidad y el exacto equilibrio.

8ª.- En mi opinión, la responsabilidad civil que se fija en el RD responde a un cierto principio de equilibrio: A tal incumplimiento, tal indemnización, pero deja imprejuizado para una y otra parte, el problema de las respectivas responsabilidades que se salgan del expreso binomio contemplado por el legislador. Por ej., el art. 11.2 del RD.

9ª.- Las soluciones a las controversias, en este orden de cosas, habrán de encontrarse en función de una especial sensibilidad, teniendo en cuenta, como siempre, todas las circunstancias concurrentes y especialmente:

A) Que la recíproca confianza, como ya vimos, es el alma de este contrato y que cuando se pierde, por una u otra parte, facilitar su extinción sin ahondar en causas y culpabilidades, es positivamente bueno. La confianza es algo etéreo, inaprehensible jurídicamente, al ser una esperanza firme, pero sólo esperanza, que se tiene en una persona. Por consiguiente, la ordenación legal es acertada en este sentido y cuanto contribuya a que, una vez desaparecida la confianza, el contrato se extinga, es bueno.

B) Que el trabajador de alta dirección sometido al Derecho del Trabajo y a la jurisdicción laboral en buena hora, no es, sin más equiparable a los trabajadores ordinarios.

C) Que, por consiguiente, en ciertos casos, la normal situación de profundo desequilibrio existente entre el trabajador y empresario, tan acertadamente destacada por el Tribunal Constitucional (ver S. 25 enero 1.983 y las que siguieron en el tiempo con análoga doctrina) no se da y D) Que sólo del estudio muy detenido de facultades, dedicaciones, actividades, retribuciones, incompatibilidades, etc. podrá obtenerse en la resolución judicial el equilibrio u horizonte de armonía tan difícil de conseguir sobre el que la Justicia se construye.

10ª.- Aunque las demás causas de extinción distintas

del despido no ofrecerán problema (ver art. 49 Estatuto de los Trabajadores) hay que tener muy presente la posible existencia por parte de unos y otros de abuso de derecho que los jueces y tribunales, incluso de oficio, deben reprimir (art. 11.2 Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1.985).

11ª.- Inequívocamente resulta que, dentro de los límites que a la voluntad de las partes establece, el ordenamiento jurídico en general, y el Derecho del Trabajo en particular, como normas de rígida e inexorable observancia que, evidentemente, son de aplicación a este tipo de relaciones laborales especiales (abuso de derecho, lesividad de la dignidad de la persona, restricciones indebidas a su libertad e, incluso, a mi juicio, notorio rompimiento del equilibrio o sinalagma contractual) son incluibles al contrato de trabajo los pactos libremente convenidos con una relativamente amplia zona de discrecionalidad, dado que el trabajador de alta dirección no está, en general, en tan evidente desigualdad con la empresa, y que, por consiguiente, son aceptables todo tipo de cláusulas, como pueden serlo la de eliminación o moderación de la responsabilidad del trabajador en los supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, la cláusula penal, previa cuantificación de los posibles

daños, si hay posibilidad de determinación anticipada de los hechos y de las consecuencias, etc., siempre, naturalmente, que no haya dolo (art. 1.1.02 Código civil) porque en tal caso el pacto como bien sabemos, sería nulo. En todo caso, y una vez más, creemos que el juzgador deberá acudir constantemente a un artículo que, a mi juicio, tiene vocación cuasiconstitucional. Me refiero al art. 3.1. del Código civil, que atribuye a la realidad social un decisivo papel a la hora de interpretar las normas jurídicas y que permite, frente a un mismo precepto, modulaciones en su entendimiento, de acuerdo con el acontecer histórico, es decir, con la evolución social y las legítimas exigencias comunitarias a través del espíritu de las leyes especiales, así como de los arts. 21 y 22 del Código penal con la jurisprudencia de la Sala 2ª de T.S. que lo interpreta y 122 y ss de la Propuesta de Anteproyecto de Código penal presentada por el Ministerio de Justicia en octubre de 1.983). El art. 15 bis del Código penal deberá juzgar un importante papel. De acuerdo con una corriente doctrinal y hasta cierto punto legislativa, en el Derecho comparado, bastante acentuada, el problema de la responsabilidad penal de las personas morales pudiera orientarse en su solución bien a través de la tipificación de delitos o faltas o bien, como en el Derecho alemán, a base de contravenciones

de naturaleza especial (institución del Ordnungswidrigkeiten). En todo caso la responsabilidad penal de las personas físicas (las que titularizan los correspondientes órganos, los altos directivos, gerentes, administradores, etc) queda, por supuesto, inalterable y en este sentido hay práctica unanimidad de todos los tratadistas. Así la doctrina española y la extranjera (Constant, Delmas-Marty, Screvens, Tiedemann, etc).

12ª.- Si la responsabilidad es recíproca al haber incumplido la empresa y el trabajador, se aplicará la compensación económica en cuanto a los volúmenes económicos indemnizatorios por aplicación de la teoría general ya indicada.

13ª.- El Seguro ha de cumplir cada día más una finalidad esencial de reparto de las consecuencias económicas de determinadas actuaciones dolosas, culposas, fortuitas o de fuerza mayor; sobre todo en los seguros de responsabilidad civil el tercero ocupa una específica posición de sujeto protegido en aras de principios de solidaridad, de justicia material y en muchas ocasiones de eficacia.

14ª.- La promulgación de la Ley 26/1984 de 19 de

julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios representa un acontecimiento importante, superador de las normas del Código Civil reguladoras de la responsabilidad contractual y extracontractual, pero insuficiente y a nuestro juicio deficiente por sus muchas imprecisiones y lagunas y sin ajustarse a las exigencias comunitarias, especialmente a la Directiva del Consejo de 25 de julio de 1.985.