
Capítulo V

Sujeto activo de la acción

1. Introducción.

El sujeto activo de la acción constituye una cuestión que, desde un punto de vista metodológico, debería, en principio, formar parte de un capítulo previo a los elementos de antijuridicidad y culpabilidad. No obstante, en el Derecho Sancionador esta cuestión ha desbordado los aspectos estrictos del sujeto activo para adquirir especial relevancia en relación con diversas cuestiones cercanas al elemento de culpabilidad.

Efectivamente, en el Derecho Sancionador el estudio del sujeto activo se encuentra íntimamente vinculado al reconocimiento de la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas y esta cuestión, a su vez, conecta con los problemas que conlleva la responsabilidad de los titulares de las actividades económicas, que evidentemente no afecta únicamente a las personas jurídicas, sino también a las físicas. En concreto, en el Derecho Sancionador, la responsabilidad de los titulares de las actividades económicas encuentra su problema más relevante en las diferentes fórmulas que el Derecho puede adoptar en relación con la responsabilidad del titular por las acciones de sus empleados. Y este último aspecto está estrechamente vinculado con el elemento de culpabilidad, ya que tanto se examine desde la tradición jurídica civilista –culpa “in vigilando” o “in eligendo”–, o desde el punto de vista de las categorías penales –la posición de garante en los delitos de comisión por omisión–, el problema último consiste en averiguar si el Derecho Sancionador configura la responsabilidad del titular de la actividad con un carácter objetivo, o si por el contrario, su responsabilidad exige una actuación, en alguna medida, a título de culpa.

Por ello, tras realizar algunas puntualizaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas examinaré la responsabilidad de los titulares de las actividades económicas (personas jurídicas o físicas) en relación con las actuaciones de sus empleados. Se trata de una cuestión compleja donde concurren figuras o técnicas de otras ramas del Derecho, como la penal y civil, y en la que se han vertido abundantes opiniones doctrinales y, sobre todo, jurisprudenciales. El propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión en unos términos que, según creo, no permiten zanjar de forma total la compleja situación del Derecho Sancionador. A partir de todo ello, intentaré poner de manifiesto las posibilidades existentes para encontrar una solución propia del Derecho Sancionador que resulte coherente en un plano teórico.

Desde un punto de vista metodológico, la actual situación del Derecho Sancionador permite examinar, dentro de este contexto, el estudio de la responsabilidad de los órganos de administración de las entidades societarias, ya que se encuentran en conexión con el elemento de culpabilidad, pues la posible responsabilidad deriva de una situación de control de la acción, íntimamente unida, a su vez, a la diligencia exigible de las personas que componen un órgano de administración. Seguidamente, examinaré la responsabilidad sancionadora de determinadas posiciones jurídicas derivadas de la propiedad o posesión, por cuanto los problemas que plantean derivan asimismo de la desvinculación entre responsabilidad y autoría, y por tanto, del alcance del elemento culpable y del principio de la personalidad de las sanciones dentro del Derecho Sancionador. Finalmente, examinaré la responsabilidad sancionadora en los supuestos en que concurren una pluralidad de autores desde posiciones jurídicas independientes (vr. gr. constructor y promotor de una vivienda), dado que la solución que ha terminado prevaleciendo en nuestro ordenamiento jurídico -la responsabilidad solidaria-, plantea asimismo cuestiones relacionadas con el principio de personalidad de las sanciones y del elemento de culpabilidad.

No obstante, tal como he señalado anteriormente, con carácter previo al análisis de los aspectos descritos, intentaré situar los efectos que creo que deben atribuirse al reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas en relación con la existencia del elemento culpable en el Derecho Sancionador, y a tal fin, distinguiré dos aspectos que creo importantes en esta cuestión: por una parte, los efectos que de forma inherente conlleva el reconocimiento de la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, y por otra parte, los efectos que derivan del alcance concreto que el Derecho Sancionador quiera atribuir a la responsabilidad

de las personas jurídicas, de acuerdo con los criterios de conveniencia sancionadora que en cada momento desee adoptar.

2. La responsabilidad de las personas jurídicas. Puntualizaciones para un adecuado planteamiento de la cuestión.

El Derecho Sancionador, como el Derecho Administrativo en general, reconoce la relevancia jurídica de las personas jurídicas, de acuerdo con unas evidentes exigencias de conveniencia político-sancionadoras. El planteamiento es diametralmente distinto en el Derecho Penal ya que este último ha construido la teoría del delito sobre un concepto de acción vinculado a la persona humana. La acción es, en palabras de J. M. RODRIGUEZ DEVESA, un acto atribuible a un ser humano dependiente de la voluntad humana¹. Ello exige –apunta J. M. ZUGALDIA – una voluntad libre y consciente, por lo que no pueden ser sujetos activos quienes carecen de inteligencia, conciencia y voluntad propias². La proyección, por tanto, del concepto de acción sobre el elemento culpable es evidente, ya que únicamente pueden querer o conocer el resultado antijurídico las personas físicas en la medida que únicamente éstas tienen voluntad propia. Este planteamiento ha servido tradicionalmente para fundamentar la irrelevancia penal de las personas jurídicas de acuerdo con el tradicional aforismo latino “societas delinquere non potest”.

La diferente solución que una y otra rama del Derecho han dado a esta cuestión, ha llevado aparejado, de forma inherente, el debate sobre el problema de la compatibilidad o incompatibilidad de la responsabilidad de las personas jurídicas con el elemento culpable. Efectivamente, la exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con fundamento en su falta de voluntad para ser sujetos activos y, por tanto, para ser culpables, ha constituido en el Derecho Sancionador un problema adicional para la admisión del elemento culpable como elemento esencial de la infracción: si las personas jurídicas en principio no son susceptibles de culpabilidad, - ha apuntado algún autor, como luego veremos- el ámbito que

1. Derecho Penal Español. Parte General. J.M. RODRIGUEZ DEVESA. DYKINSON, Madrid, 1989, pág. 362.

2. Conveniencia político-criminal imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “societas delinquere non potest”. J.M. ZUGALDIA ESPINAR. CPCrim., 1980, núm. 11.

asuma su responsabilidad parece estar obligado a prescindir del elemento culpable.

El Tribunal Constitucional -STC 246/1991, de 19 de diciembre- tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el problema de la responsabilidad de los titulares de las actividades económicas o empresariales por las actuaciones de sus empleados³, con motivo de una sanción impuesta a una entidad bancaria por incumplimiento de las medidas de seguridad, aunque en unos términos que, como tendremos la oportunidad de examinar, no resuelve totalmente esta compleja cuestión. El Tribunal Constitucional consideró que la admisión de la responsabilidad directa de las personas jurídicas no supone la supresión del elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente su aplicación distinta respecto de las personas físicas. Diferencia que nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos, pues “falta en ellos, el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos”. El problema que podría plantear la reprochabilidad de una persona jurídica a pesar de la ausencia de una voluntad propia, queda solventado para el Tribunal Constitucional a través de una explicación aparentemente irreprochable: la persona jurídica toma prestada dicha voluntad del empleado autor de los hechos, de tal manera que lo que se lleva a cabo, es una traslación de la responsabilidad del empleado a la persona jurídica⁴. De esta manera, el Tribunal Constitucional aunque admite formalmente la compatibilidad del elemento culpable con el reconocimiento de las personas jurídicas, en su posterior argumentación parece negarla ya que no reconoce la existencia de una voluntad propia de las personas jurídicas al que reprochar la infracción cometida. En efecto, se trata de una argumentación que, ya de entrada, llama la atención,

3. STC 246/1991, de 19 de diciembre. Dicha Sentencia desestima el amparo solicitado por una entidad bancaria como consecuencia de la sanción impuesta por el Gobernador Civil de Madrid por el incumplimiento de la normativa en materia de medidas de seguridad, que a pesar de su instalación, no se habían puesto en funcionamiento en el momento de la perpetración del delito.

4. Señala, en concreto, la STC 246/1991, de 19 de diciembre, que “en este caso, en efecto, siendo cierta y reconocida la falta de funcionamiento de las instalaciones de alarma por negligencia o comodidad de los empleados de la entidad recurrente, lo que la Sentencia impugnada lleva a cabo es una traslación de la responsabilidad a la entidad bancaria en cuestión razonando su juicio de reprochabilidad en la necesidad de “estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad”. Ni ha habido falta de actividad probatoria de unos hechos que nadie discute (por lo que la presunción de inocencia no entra en juego ni ha sido vulnerada), ni la traslación del juicio de reprochabilidad en los términos descritos lesiona ningún otro derecho o principio constitucional”.

pues no resulta fácil, en un plano teórico, admitir una capacidad para querer o conocer la infracción -inherente al elemento culpable- cuando no existe un sustrato volitivo propio. La solución constituye, en mi opinión, un difícil compromiso entre el deseo de no querer negar la existencia del elemento culpable en el Derecho Sancionador (pues sería contrario a uno de los principios punitivos que se consideran básicos), y el de no querer admitir la existencia de una voluntad propia de las personas jurídicas (pues asimismo vulneraría el planteamiento penal). Pero, además, -y ello es seguramente lo importante-, esta doctrina -como veremos más adelante-, no permite explicar en su totalidad el complejo panorama del ordenamiento administrativo.

Dentro de la doctrina administrativista las posturas no han sido plenamente coincidentes. Para un sector doctrinal, resulta claro que si la culpa exige una voluntad propia y ésta no existe en las personas jurídicas, el reconocimiento de éstas como sujetos activos de la infracción administrativa impide admitir la exigencia del elemento culpable en el Derecho Sancionador, dada la incompatibilidad conceptual entre personas jurídicas y elemento culpable. En concreto, A. NIETO considera que habiéndose excepcionado "aquí el régimen del Derecho Penal en cuanto a la capacidad de las personas jurídicas... inmediatamente se ha tambaleado otro principio considerado también esencial: el de la culpabilidad, habida cuenta de la indicada circunstancia de la carencia de reacciones psicológicas, intransferiblemente humanas, que acompañan a la culpabilidad"⁵. Por ello, A. NIETO entiende que, excluida la culpabilidad, rechazada la reprochabilidad como fundamento de la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, la justificación de la responsabilidad de las personas jurídicas se encuentra en su capacidad para soportar la sanción⁶.

Una postura diferente han adoptado M. REBOLLO y B. LOZANO que, en una línea más acorde con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no encuentran ninguna incompatibilidad entre el elemento culpable y la sancionabilidad de las personas jurídicas, ya que entienden que la cuestión debe plantearse desde una perspectiva global, al considerar que el principio penal "societas delinquere non

5. Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 306. Este mismo autor tras examinar la situación en diferentes sectores del ordenamiento concluye que "de la evidente incapacidad de las personas jurídicas para ser culpables en sentido estricto no debe deducirse su impunidad sino algo muy diferente: que no hay que exigirles tal culpabilidad". Derecho Administrador Sancionador..., op.cit., pág. 312.

potest", ha quedado desbordado por las nuevas necesidades sociales. En concreto, B. LOZANO se muestra de acuerdo con el fundamento genérico del Tribunal Constitucional, e insiste en que "el elemento volitivo está presente, pues se tiene por cierta y reconocida la negligencia de los empleados, pero -y ésta es la singularidad- la responsabilidad se traslada a la persona jurídica, a la que se considera directamente imputable"⁷. La diferencia con la línea doctrinal expuesta por A. NIETO, parece estribar en que para estos autores ello no implica una separación con los planteamientos del Derecho Penal. Es más, para B. LOZANO y M. REBOLLO, esta solución guarda un cierto paralelismo con el sistema del derogado art. 15 bis C. -hoy art. 31 CP-, en virtud del cual las personas físicas, representantes, directivos o titulares de órganos de administración, responden por los hechos delictivos, cuando el sujeto activo del delito sea una persona jurídica, si bien, en el caso del Derecho Sancionador se plantea esta traslación en sentido inverso, por cuanto en el orden sancionador la responsabilidad por los hechos de los empleados es imputada a la persona jurídica⁸. En concreto, B. LOZANO entiende que se trata del mismo fenómeno de traslación o transmutación, si bien considera más razonable la solución del Derecho Sancionador "pues el sujeto infractor de una norma no puede ser otro que la persona física o jurídica- que está sometida al mandato de su cumplimiento"⁹.

En mi opinión, la explicación de la responsabilidad de las personas jurídicas, a

6. Considera, así, que el fundamento de la exclusión o inclusión de las personas jurídicas como sujetos activos no hay que buscarlo en la existencia de una voluntad reprochable sino en la capacidad de soportar la sanción. *Derecho Administrativo Sancionador...*, op. cit., pág. 312. En esta misma línea G. QUINTERO OLIVARES señala lo siguiente: "La conminación o amenaza penal solamente puede dirigirse o formularse respecto de personas físicas que son las únicas que pueden cumplir una pena; en cambio, la sanción administrativa puede perfectamente ser cumplida por personas físicas o jurídicas No hay pues lugar a plantear una supuesta incapacidad de las personas jurídicas para la sanción administrativa en nombre de una analogía con lo que acontece con las penas tradicionales... Existe una previa relación jurídica entre la persona jurídica y el Estado que nace con la misma autorización de su existencia y continúa con las relaciones de toda clase en las que se da un control de la actividad ".La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal, RAP núm. 126, pág. 280.

7. La responsabilidad de la persona jurídica..., op. cit., pág. 224.

8. El art. 15 bis CP introducido por la LO 8/1983, de 25 de junio, señalaba lo siguiente: "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 del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo".

9. La responsabilidad de la persona jurídica..., op. cit., pág. 226.

través de la traslación de la voluntad del empleado que realiza la acción, no permite explicar con claridad la diversidad de situaciones que existen en el Derecho Sancionador. De entrada, no creo que la traslación que se plantea en el Derecho Sancionador guarde excesivas conexiones con el Derecho Penal, y en concreto con el art. 15 bis CP –hoy art. 31 CP-. En mi opinión, en el Derecho Sancionador, la persona jurídica¹⁰ responde por los hechos realizados por sus empleados en virtud del intenso deber de control de los titulares de la actividad, que en ocasiones es de carácter objetivo. Y en el Derecho Penal, los directivos, representantes o titulares de los órganos de administración responden de los hechos de las personas jurídicas, exclusivamente en la medida en que tales personas físicas hayan participado, al menos a título de culpa, en la realización de los hechos. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en relación con el derogado art. 15 CP, del citado precepto no cabe inferir que no han de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia, como la culpabilidad en relación con los mismos¹¹. Planteamiento, que evidentemente, no resulta de aplicación a la traslación que se produce en el Derecho Sancionador.

La traslación que se produce en el orden penal no expresa, por tanto, una intensificación del deber de tales personas físicas. Tiene justificación en la necesidad de no dejar impunes algunos delitos ante la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, pero da lugar a una responsabilidad de las personas físicas que no guarda relación alguna con la sancionadora, dado que en el orden penal dicha traslación únicamente tiene cabida cuando ha existido una real participación en los hechos, al menos, a título de culpa, y esta exigencia no siempre se cumple en el Derecho Sancionador. Además, y creo que este dato es fundamental, en el Derecho Sancionador coexisten, como luego veremos más detenidamente, fórmulas que exigen responsabilidad tanto a las personas jurídicas como a los empleados, con otras fórmulas en las que se establece una responsabilidad directa y única de la persona

10. En mi opinión habría que hacer extensible la referencia a las personas físicas por cuanto lo esencial es que sean titulares o destinatarios de la norma.

11. STC 253/1993, de 20 de julio, FJ 3. A esta conclusión llega señalando previamente que “su incorporación al Código Penal, en efecto, no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al averiguar quienes, de entre sus miembros han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. (En el mismo sentido la STC 150/1989, de 25 de septiembre).

jurídica, sin perjuicio, en algunos casos, de la acción de regreso¹². Y en mi opinión, esta doble realidad puede suponer un escollo importante para la explicación de la responsabilidad del titular de la actividad con fundamento en la traslación de la responsabilidad del empleado a la persona jurídica. Efectivamente, la sanción al titular de la actividad fundamentada en la traslación de la responsabilidad del empleado a aquél, supone una absorción de la responsabilidad que le correspondería al empleado. Pero si la eventual responsabilidad del empleado ha sido reprochada al titular de la actividad -con base en la traslación de la voluntad del empleado a la persona jurídica-, resulta difícilmente justificable que pueda ser correctamente sancionado el causante material, ya que la voluntad del empleado serviría de sustento tanto para la sanción al titular de la actividad, como para la sanción al propio empleado. Por tanto, la doble sanción exigiría -para no incurrir en una vulneración del principio "non bis in idem"-, una explicación diferente, pues sólo la existencia de dos voluntades justificaría este doble reproche. Pero, esta explicación alternativa al fenómeno de la traslación de la voluntad resulta difícilmente admisible al margen del reconocimiento claro de una voluntad propia y diferente -ficticia o no- de las personas jurídicas.

El planteamiento, pues, del Tribunal Constitucional permitiría explicar la situación del Derecho Administrativo si nuestro ordenamiento jurídico imputara todas las infracciones realizadas por los empleados al titular de la actividad, es decir, si no distinguiera, en ningún caso, entre infracciones propias del titular de la actividad y aquellas otras imputables a las diferentes de personas intervinientes en una organización empresarial (empleados, técnicos, directivos)¹³. Pero ello, como

12. Así, por ejemplo, el art. 4 de la Ley 38/1984, de 6 de noviembre, sobre Inspección, Control y Régimen Sancionador de Transportes por Carretera establece que "la responsabilidad administrativa se exigirá a las personas físicas o jurídicas a que se refiere el punto 1, sin perjuicio de que éstas puedan deducir las acciones que resulten procedentes contra las personas a las que sean materialmente imputables las infracciones y trasladar, en su caso, a las mismas dicha responsabilidad". Ejemplo de responsabilidad conjunta es el art. 9.4 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria y señala lo siguiente: "Cuando una infracción sea imputada a una persona jurídica podrán ser consideradas también como responsables las personas que integren sus organismos rectores o de dirección, así como los técnicos responsables de la elaboración y control".

13. No es fácil distinguir en un plano teórico estas diferentes infracciones. Pero, en todo caso, hay algunos casos en los que la distinción sería factible. Así, iniciar una actividad sin la correspondiente autorización sería fácilmente atribuible al titular de la actividad, o ampliar en dos plantas el edificio sobre el proyecto aprobado; por el contrario, en el hecho de no poner en funcionamiento las medidas de alarma en un establecimiento interviene directamente un empleado, o en el caso de equivocado empleo de un aditivo, puede participar directamente el técnico responsable.

hemos visto, no es así, ni tampoco existen motivos, como a continuación expondré, para proponer una solución global de ese tipo.

En mi opinión, todo intento de armonizar las necesidades del Derecho Sancionador sobre esta cuestión, con el vigente planteamiento del Derecho Penal, se encuentra rodeado de unas dificultades teóricas evidentes, lo que hace aconsejable intentar buscar un planteamiento propio dentro del Derecho Sancionador. En este sentido, comparto la opinión de A. CARRETERO y A. CARRETERO que han venido a apuntar una idea que creo resulta valiosa: recuerdan estos autores, que el reconocimiento de las personas jurídicas como sujetos activos, es una cuestión debatida en el ámbito penal y que, en última instancia, depende del Derecho Positivo¹⁴. Efectivamente, creo que, hoy día, el debate abierto en el orden penal sobre la culpabilidad de las personas jurídicas, permite relativizar la importancia teórica de la existencia o inexistencia de una voluntad propia, como fundamento de dicha responsabilidad.

En efecto, dentro del orden penal existe una corriente doctrinal que viene defendiendo la necesidad de incriminar a las personas jurídicas, dadas las nuevas necesidades del Derecho Penal, fundamentalmente en el orden económico. Planteamiento que, además de relativizar la importancia del propio reconocimiento de la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, permite encontrar el aspecto que verdaderamente diferencia ambos órdenes. Por ello, aunque sea brevemente, me parece conveniente recordar los términos en que se expresa el sector

14. A. CARRETERO PEREZ y A. CARRETERO SANCHEZ señalan que "se discute si puede una persona jurídica ser sujeto activo de una infracción administrativa. En Derecho penal se ha cuestionado la responsabilidad de los entes jurídicos. Para la teoría negativa, las personas jurídicas no son responsables porque les faltan las notas de conciencia y voluntad y, además, lo contrario iría contra la individualización de las penas, resultando imposible funcionalmente imponer una pena a los entes jurídicos, sobre todo la básica, la privación de libertad". De esta manera sólo es posible castigarlas indirectamente, sancionando a sus miembros y no a la entidad. No obstante estos mismos autores señalan como esta tesis es criticada dentro del Derecho Penal, pues según señalan las personas jurídicas tienen una conciencia y voluntad distinta de sus componentes y pueden cometer delitos pudiendo ser penadas con las adecuadas sanciones pecuniarias. Derecho Administrativo Sancionador, EDESA, 1992, pág. 135. En opinión de A. CARRETERO y A. CARRETERO "es axiológico y no lógico discutir si resulta justo incriminar a los entes jurídicos, ya que el auge de las personas ficticias, utilizadas sólo como instrumentos delictivos, así lo imponen y una Ley que las declarase responsables no sería anticonstitucional. El delincuente es siempre el hombre que obra y a quien se dirige el reproche y solamente el individuo puede sufrir la pena. Pero cuando las formas de delincuencia pueden valerse del instrumento de la persona jurídica, es lógico que los actos antijurídicos de la entidad, también recaigan sobre ella, con independencia de que repercutan en sus miembros". Derecho administrativo Sancionador..., op. cit., pág.135.

de la doctrina penalista que defiende esta tesis, que, en esencia, se puede resumir en los siguientes puntos:

a) En primer lugar, considera que la exclusión de las personas jurídicas del mundo penal responde a una visión del Derecho Penal determinada y condicionada por los planteamientos propios de la época en que surgió¹⁵.

b) En segundo lugar, no encuentra inconveniente teórico alguno para reconocer la efectiva existencia de una voluntad propia de las personas jurídicas, distinta de los individuos que la componen¹⁶.

c) Tampoco admite, este sector doctrinal, que el principio de personalidad de las penas configure un escollo insalvable para la incriminación de las personas jurídicas, dado que "el empleo de la palabra individual no excluye la posibilidad de que el responsable de ciertos delitos sea una corporación, ya que ésta también es un individuo social"¹⁷.

15. Como señala J. M. ZUGALDIA ESPINAR la exclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas "se basa en un mecanismo simple y metafísico: la constatación de que el hombre aislado se ha decidido libremente por el mal (por el delito) cuando libremente pudo decidirse por su negación (el Derecho), lo convierte en un "perversus homo" al que cabe reprochar su mal comportamiento". *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática...*, op. cit., pág. 81.

16. Cuando se propugna la responsabilidad criminal de las personas jurídicas —señala J. M. ZUGALDIA ESPINAR— "se parte de la premisa de que existe una persona distinta de los individuos que la componen y que la misma tiene capacidad jurídico penal" *Conveniencia político-criminal...*, op. cit. pág. 79. Cita entre otros a D^r HAENES que señala que "en verdad, la persona jurídica no es una persona en sentido estricto de persona física, pues no tiene idéntica estructura real ni natural. Pero tampoco es una ficción carente de toda realidad. Es un objeto real que es caracterizable como persona en sentido analógico". *Sanctions pénales et personnes morales*, pág. 733. Por su parte, R. VALEUR ha defendido la existencia de una identidad diferente de las personas que la componen en los siguientes términos: "le grupelement réveille les volontés endormies, suscite des énergies nouvelles, donne á chacun le sentiment de la force collective et grâce á ces influences multiples, grâces aussi á cette action mystérieuse qui naît de la communauté des goûts et des aspirations dans les assemblées, se développe la volonté collective, bien supérieure en intensité, différente par conséquent de la somme des volontés individuelles". *La responsabilité pénale des personnes morales dans les droits français et anglo-américains*, Ed. Marcel Giard, París, 1931, pág. 64.

17. *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática...*, pág. 79. J. M. ZUGALDIA ESPINAR. Por su parte J. M. QUINTILIANO SALDAÑA señala que "El principio de la personalidad de las penas en los términos del Derecho Penal de la revolución francesa debe formularse: principio individual de las penas. Desconociase en esta época toda existencia pragmática de la persona social. Por eso hoy —una época completamente distinta a aquella— se discute la legitimidad esencial del patrimonio jurídico individualista, que en este aspecto nos viene de la revolución. Conocida la persona social, indagadas sus capacidades, hemos de mantener el principio clásico de personalidad de las penas, pero integrado en la fórmula de doble capacidad jurídica civil y penal, por lo que tendremos doble principio de personalidad de las penas: de personalidad individual y social" *Capacidad criminal de las personas sociales (doctrina y legislación)*, pág. 7.

d) Por otra parte, defiende que la incriminación de las personas jurídicas resulta compatible con la función de la pena de prevención general y especial¹⁸.

e) Y, en todo caso, se ha señalado como argumento decisivo de esta tesis, la propia incapacidad del Derecho Penal para llevar hasta sus últimas consecuencias la exclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas, ya que el Código Penal establece medidas de seguridad en relación con las personas jurídicas al margen de contestación dogmática alguna. En palabras de F. MUÑOZ. CONDE, ello "es la mejor prueba de la falacia del argumento de la supuesta incapacidad ontológica de su responsabilidad criminal, pues según es sabido, las diferencias entre estas medidas y la pena es muchas veces puramente nominal¹⁹. O como señala J. M. ZUGALDIA, "difícilmente puede comprenderse cómo las personas jurídicas van a denotar una peligrosidad criminal (que supone cuanto menos, la realización de una acción típica) cuando se parte de considerar que los entes sociales son incapaces de acción"²⁰.

La cuestión, evidentemente, no resulta pacífica en la doctrina penalista, pero creo que lo expuesto pone de manifiesto que la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas fundamentada en la existencia de una voluntad propia de las mismas, diferente de la de sus miembros, constituye una posición razonable. Y en mi opinión, esta aclaración permite dar un paso más en el problema del reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas por el Derecho Sancionador. Por un lado, permite afirmar que su reconocimiento no atenta a criterios estructurales punitivos insalvables. Y por otra parte, permite situar las verdaderas diferencias entre el sistema administrativo y un eventual reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Efectivamente, dentro del orden penal, la defensa de la tesis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene un alcance que se limita, de acuerdo con los principios penales, a aquellas

18. Respecto de la función de la pena este sector doctrinal ha señalado que la finalidad preventiva es aplicable asimismo a las posibles penas a las personas jurídicas ya que "la objeción de que las personas jurídicas no pueden sentir los efectos de la sanción prescinde de la consideración de que las sanciones penales impuestas a las personas jurídicas no pueden perseguir finalidades de corrección o readaptación social, pero sí dirigirse a la prevención general y especial respecto de unos entes cuya peligrosidad rebasa, con mucho, la cuota que es posible alcanzar por la persona física individual". *Conveniencia Político-criminal e imposibilidad...*, op. cit., pág. 76.

19. La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles, *Actes du Premier Colloque Regional Espagnol sur Politique Criminelle et Droit Pénal*, pág. 227.

20. *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar...*, op. cit., pág. 87.

actuaciones que los órganos gestores puedan realizar en interés o beneficio de la colectividad societaria. La incriminación de las personas jurídicas tiene fundamentalmente su sentido dentro del llamado Derecho Penal económico, donde la responsabilidad de las personas físicas se ha manifestado insuficiente, es decir, en aquellos supuestos en que la colectividad que constituye el instrumento societario, es la que "incrementa su propio patrimonio a expensas de actividades delictivas realizadas por sus órganos"²¹. En estos casos, la causa generadora del acto delictivo (búsqueda de un beneficio ilícito para la colectividad) permite que la persona jurídica pueda ser objeto de reproche, sin perjuicio de la sanción a los ejecutores materiales"²².

Por su parte, la realidad administrativa resulta bien diferente. En efecto, los tipos de las infracciones que afectan a las personas jurídicas no responden a un criterio concreto –como, por ejemplo, la existencia de un interés o beneficio de los socios-, sino que, por el contrario, la responsabilidad de las personas jurídicas tiene un alcance muy amplio, y en algunos casos con un carácter objetivo por situaciones y hechos que no guardan conexión alguna con la justificación y alcance del Derecho Penal. La normativa sancionadora responsabiliza a las personas jurídicas, con independencia del interés de los accionistas, por actuaciones de sus empleados, o de sus órganos de representación, al margen del interés societario, y, en ocasiones al margen de su propia participación, lo que atribuye a esta responsabilidad un evidente carácter objetivo. La diferencia de planteamiento es, pues, evidente.

Por ello, en mi opinión, el alcance que, en un plano teórico, pretende atribuirse a las personas jurídicas por las acciones de sus empleados –en la medida que se configuran muchas infracciones con carácter objetivo- no surge de las exigencias intrínsecas que conlleva el reconocimiento de las personas jurídicas, sino que constituye una opción del Derecho Sancionador por razones de política sancionadora. Como conclusión de lo expuesto, creo que se puede afirmar que no existen, en relación con el Derecho Sancionador, argumentos determinantes para optar entre

21. J. AGUSTIN MARTINEZ La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1928, pág. 596.

22. J. M. ZUGALDIA ESPINAR en relación con el argumento de que atribuyendo una pena a una sociedad se puede castigar a justos por pecadores señala que se eleva la replica de que "¿sería aceptable que la minoría, de un lado, se persignara píamente, votara contra el acuerdo, y del otro colmara su bolsillo con las participaciones en las utilidades del negocio criminal?" *Conveniencia político-criminal...*, op. cit., pág. 79.

una posición u otra. El planteamiento más adecuado exige tener en cuenta los específicos problemas del Derecho sancionador, pues únicamente a partir de dichas necesidades cabe aportar soluciones adecuadas y razonables y por ello, la solución sobre esta cuestión debe encontrarse en aquella opción que explique de una forma más coherente la compleja realidad administrativa.

El examen de estas posibles soluciones cabe realizarlo, una vez situado el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas, desde una perspectiva más amplia ya que, en principio, pueden ser titulares de actividades económicas tanto las personas jurídicas como las físicas y por tanto ambos casos pueden dar lugar a responsabilidad de los titulares de actividades como consecuencia de las acciones de sus empleados.

3. Examen de las fórmulas legales sobre responsabilidad de los titulares de actividades económicas y su compatibilidad con el elemento culpable.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se pueden encontrar diferentes soluciones normativas en relación con la responsabilidad de los titulares de las actividades económicas –sean personas jurídicas o físicas- como consecuencia de las actuaciones de sus empleados. Dichas fórmulas pueden resumirse en las siguientes modalidades:

a) Por una parte, cabe citar las normas que exigen la responsabilidad sancionadora del titular, con exclusión de su autor, pero sin perjuicio del derecho de repetición del titular de la actividad sobre el empleado²³.

b) Por otra parte, las normas que exigen la responsabilidad tanto del titular como del autor material²⁴.

23. Así, por ejemplo, señala el art. 32.2 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Telecomunicaciones lo siguiente: "La responsabilidad administrativa se exigirá a las personas físicas o jurídicas a que se refiere el punto 1, sin perjuicio de que éstas puedan deducir las acciones que resulten procedentes contra las personas a las que sean materialmente imputables las infracciones. Por su parte, el art. 4 de la Ley 38/84, de 6 de noviembre, sobre Inspección, Control y Régimen Sancionador de Transporte por Carretera establece lo siguiente: "La responsabilidad administrativa se exigirá a las personas físicas o jurídicas a que se refiere el punto 1, sin perjuicio de que éstas puedan deducir las acciones que resulten procedentes contra las personas a las que sean materialmente imputables las infracciones y trasladar, en su caso, a las mismas dicha responsabilidad.

24. Es ejemplo de la responsabilidad independiente el art. 9.4 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio

c) En tercer lugar, se encuentran los supuestos en que la legislación imputa únicamente al titular de la actividad la responsabilidad por las infracciones cometidas²⁵.

d) Por último, pueden citarse las legislaciones que definen los sujetos activos en función de su efectiva participación²⁶.

Como puede observarse, dichas fórmulas tienen un elemento en común en la medida que todas ellas definen la responsabilidad de los titulares de las actividades en la comisión de determinadas infracciones. Esta previsión resulta explicable ya que las legislaciones sancionadoras describen normalmente un listado de infracciones de una forma abstracta, al margen por tanto de la específica condición que debe reunir el sujeto activo, por lo que normalmente las legislaciones sancionadoras dedican un artículo específico a definir el sujeto activo para cada tipo de infracción²⁷. Pero a partir de este común punto de partida pueden distinguirse dos tipos de cláusulas en la medida en que sugieren dos alcances diferentes. Por una parte, las fórmulas –las más numerosas por otra parte– que establecen la respon-

que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria: “Cuando una infracción sea imputada a una persona jurídica podrán ser consideradas también como responsables las personas que integren sus organismos rectores o de dirección, así como los técnicos responsables de la elaboración y control”.

25. Así puede inferirse de los arts. 9 del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero y 36 del Real Decreto 1338/1984, de 4 de julio. El primero de ellos señalaba: “Se considerarán actos que alteran la seguridad pública el incumplimiento de las normas de seguridad impuestas reglamentariamente a las Empresas para prevenir la comisión de actos delictivos...”, por su parte el art. 36 del precitado Real Decreto señalaba: “De conformidad con lo previsto en el art. 9 del Real Decreto-ley, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, se considerarán que alteran la seguridad pública, el incumplimiento de las normas de seguridad, impuestas por el presente Real Decreto a Empresas o Entidades Públicas.

26. El art. 33 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria señala lo siguiente: “Serán sujetos responsables de las infracciones, las personas físicas o jurídicas que incurran en las mismas. En particular se consideran responsables: a) El propietario, director o gerente de la industria en que se compruebe la infracción. b) El proyectista, el director de obra, en su caso, y personas que participan en la instalación, reparación, mantenimiento, utilización o inspección de las industrias, equipos y aparatos, cuando la infracción sea consecuencia directa de su intervención. c) Los fabricantes, vendedores o importadores de los productos, aparatos, equipos o elementos que no se ajusten a las exigencias reglamentarias. d) Los organismos, las entidades y los laboratorios especificados en esta Ley, respecto de las infracciones cometidas en el ejercicio de su actividad”.

27. Algunas infracciones pueden ser cometidas por cualquier persona, por ejemplo talar un árbol, pero otras exigen una específica condición del sujeto activo: empresario, funcionario, o titular de una determinada autorización o concesión. Mutatis Mutandi, la sistemática del Código Penal resulta diferente ya que en la descripción de cada tipo define si es o no necesario que el sujeto activo reúna unas determinadas circunstancias.

sabilidad del titular de la actividad, al margen de puntualización alguna sobre su efectiva participación; y por otra parte, la fórmula en virtud de la cual la definición del sujeto activo hace expresa referencia a su efectiva participación. A su vez, dentro del primer grupo pueden distinguirse, por una parte, los casos en que la responsabilidad del titular tiene un carácter único, -con o sin acción de regreso contra el causante directo-, y por otra parte, aquellos casos en los que la responsabilidad es conjunta con los autores directos de la infracción. Esta situación, en principio, no deja de resultar sorprendente ya que no cabe inferir los motivos que han llevado a los diversos sectores del ordenamiento a establecer sistemas de responsabilidad distintos. Por su parte, el art. 130.3 la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre – LRJAP y PAC²⁸, no aclaró mucho esta cuestión ya que optó por respetar la diversidad de situaciones normativas de tal manera que estableció que, en el caso en que la legislación sectorial así lo prevea, responden con carácter subsidiario o solidario las personas que tengan el deber de prevenir la comisión de infracciones administrativas (y entre ellas, lógicamente, los titulares de las actividades económicas).

En principio, las fórmulas que plantean un problema de integración dentro del marco general del Derecho Sancionador son las que definen la responsabilidad de los titulares de las actividades económicas de forma directa, en la medida que parecen perseguir más un patrimonio al que imputar la sanción, que la necesidad de depurar la responsabilidad de un comportamiento concreto. En efecto, las fórmulas legales que establecen la responsabilidad del titular, con o sin acción de regreso, parecen evitar la siempre compleja labor de examinar los comportamientos de cada uno de los posibles intervinientes en la infracción, y en los casos en que prevé la acción de regreso, parecen dejar la depuración de dichas responsabilidades al posterior momento de la acción de regreso, como asunto interno de los propios afectados. Pues bien, a la vista de todas estas diversas formulaciones sobre la responsabilidad de los titulares de las actividades, se plantean fundamentalmente dos interrogantes: por una parte, en qué medida este tipo de formulas constituyen o no un tipo de responsabilidad al margen del elemento culpable, y en segundo

28. Señala el precitado artículo lo siguiente: "Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores"

lugar, en qué medida existe alguna justificación que permita aceptar esta heterogeneidad de fórmulas.

Sobre la compatibilidad de estas fórmulas con el elemento culpable la doctrina se ha pronunciado en sentido diverso. Así, M. REBOLLO y B. LOZANO, además de indicar que se diferencian de la responsabilidad civil en la medida en que no se trata del incumplimiento de un deber genérico, sino de un deber específico impuesto expresamente por la norma²⁹, entienden que resulta plenamente compatible con el elemento culpable. Aunque la culpa del empresario se presume –dice M. REBOLLO–, cabe siempre la prueba en contrario, ya que no se trata de una responsabilidad objetiva: considera, en concreto, que puede “ser desvirtuada probando una diligencia completa en el cumplimiento del deber de no perturbar la salud pública o del previsto en la normativa alimentaria, así como en la vigilancia de los empleados en cuanto a tal deber, que el trabajador actuó contraviniendo abiertamente las instrucciones del empresario, sin posibilidad de control por parte de éste”³⁰.

Frente a esta postura, A. NIETO, ha entendido que el sistema que ha desarrollado el Derecho Sancionador, –que permite la desvinculación entre autoría y responsabilidad–, tiene unas connotaciones evidentes con el Derecho Civil. Entiende este autor que otras ramas del Derecho han desarrollado técnicas y categorías que pueden servir de explicación al Derecho Sancionador. En concreto A. NIETO, tras recordar las explicaciones existentes en el Derecho Mercantil, y en el Derecho Penal –con la figura de garante– muestra sus preferencias respecto de la teoría de la im-

29. Para M. REBOLLO PUIG ello no es una responsabilidad similar a la del Derecho Civil: “no se trata, por tanto, de invocar simplemente un genérico deber de vigilar a los empleados, como ocurre en Derecho Civil para justificar suficientemente la responsabilidad patrimonial de los empresarios por actos de aquéllos, sino otro deber impuesto por el ordenamiento que exige tomar precauciones para que no sea transgredido en el ejercicio de la actividad empresarial incluyendo el control, a estos específicos efectos, de los que intervienen en ella”. La potestad sancionadora, alimentación y salud pública..., op. cit., pág. 769. En el mismo sentido B. LOZANO. La responsabilidad de la persona jurídica..., op. cit., pág. 227 y A. DE PALMA DEL TESO, El principio de culpabilidad..., op. cit., pág. 205.

30. Continúa indicando M. REBOLLO PUIG que “esta infracción le será imputable a la empresa a título de culpa, aunque tal culpabilidad se presumirá normalmente, lo que es consecuencia de la configuración por el ordenamiento jurídico, en el caso de las medidas de seguridad y en otros que afectan como éste al orden público, de un deber de diligencia especialmente amplio, que dificulta la admisión de causas de exculpación. De este modo, como dice la citada STS de 11 de febrero de 1985, la empresa no podrá, como regla, escudarse en la conducta de sus empleados para exonerarse de responsabilidad en todo caso, aunque en determinados casos límites (caso de accionamiento de aparatos de alarma con peligro para la vida de los empleados, etc.) la exoneración es predicable”. La potestad sancionadora..., op. cit., pág. 771.

putación, "que sirve para dar una explicación global al fenómeno y que, además se encuentra ya perfectamente elaborada en el Derecho Público a propósito de la responsabilidad (civil) de las personas jurídico-públicas"³¹.

Esta misma teoría, para este autor, explica el carácter objetivo de la responsabilidad sancionadora ya que la disociación entre responsable y ejecución material volatiza el elemento culpable de la infracción. En concreto, considera que "mientras que el autor se encuentra vigorosamente garantizado por prevenciones legales y constitucionales de singular eficacia, empezando por la exigencia de culpabilidad, he aquí que el responsable es entregado inerme al arbitrio legal, de tal manera que una Ley puede hacer una declaración de responsabilidad de personas vagamente relacionadas con el autor e incluso de terceros, prescindiendo de los requisitos que protegen a éste, por lo que en realidad nada se le reprocha"³².

Por mi parte, entiendo que en relación con estas fórmulas pueden realizarse dos puntualizaciones. Por una parte, creo que tal como señala A. NIETO, dichas figuras tienen una mayor conexión con el Derecho civil que con el Derecho Penal, pues resulta difícil aceptar su analogía con la figura del garante que la doctrina penal ha elaborado con motivo de los delitos de comisión por omisión. A pesar de que su configuración no es pacífica dentro del ámbito penal, se puede afirmar que, en todo caso, se trata de la responsabilidad penal del sujeto que tiene un deber jurídico específico de evitación del resultado. Pero, para que pueda equipararse la omisión a la acción típica, es necesario que el sujeto tuviera la posibilidad de realizar la acción, que hubiese podido evitar el resultado³³. La diferencia, pues, es evi-

31. Continúa señalando este autor que: "en mi opinión, la teoría de la imputación es igualmente aplicable a la responsabilidad por ilícitos administrativos y en los mismos términos que opera en el ámbito de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas con la única diferencia de la exclusión de la responsabilidad concurrente. El responsable ha de ser único en todo caso y será la persona jurídica si es que se ha beneficiado de los efectos favorables del hecho, independientemente de que la persona física haya actuado con órdenes expresas o sin ellas". Derecho Administrativo Sancionador..., op. cit., pág. 313.

32. Señala este autor en concreto lo siguiente: "Cierto es que, en este cambio mágico de posiciones, el deterioro de la del responsable puede justificarse por el hecho de que al responsable no se dirige ningún reproche ético ni social y que, por ello, no necesita ser protegido, a diferencia de lo que sucede con el autor, inequívocamente reprochado en razón de ser él quien ha incumplido las obligaciones y violado el Ordenamiento Jurídico. Un grano de verdad hay en ello, desde luego, puesto que es evidente que al responsable no autor nada se le reprocha: pero la injustificación no es convincente dado que, aunque sea sin reproche alguno, resulta gravemente perjudicado puesto que, en definitiva, es él quien ha de pagar la multa y, en su caso, resarcir" Derecho Administrativo Sancionador..., op. cit., pág. 344.

33. La doctrina penalista no es unánime sobre los requisitos que debe reunir el garante. L. GRACIA MAR-

dente, la responsabilidad en los delitos de comisión por omisión, exige una posibilidad real de acción que hubiere evitado el resultado, y la responsabilidad “in vigilando” o “in eligendo”, exige una diligencia propia y específica con independencia de que hubiera o no podido evitar el resultado antijurídico.

Pero, por otra parte, entiendo que este tipo de sistema de responsabilidad de los titulares no resulta necesariamente incompatible con el elemento de culpa. Así parece lógico entenderlo si se tiene en cuenta, siguiendo la analogía que se ha puesto de manifiesto con el Derecho Civil, que el propio art. 1903.5 CC dota de relevancia exculpatoria a la actuación conforme a la diligencia de un buen padre de familia³⁴. En principio, pues, la responsabilidad del titular de la actividad por el incumplimiento de su deber de control que en términos civiles se refiere a la culpa “in vigilando” o “in eligendo” no resulta esencialmente incompatible con el elemento culpable. El propio Código Civil es claro ejemplo de ello. Otra cuestión distinta es que por razones de política sancionadora resulte conveniente –como puede ocurrir en las actividades de riesgo en el Derecho civil- establecer en determinados supuestos una responsabilidad objetiva del titular de la actividad, donde “aún demostrada ésta (la diligencia especial) sigue siendo responsable”³⁵.

En mi opinión, la exigencia o inexistencia de una responsabilidad a título de

TIN difiere de la opinión dominante al entender que debe reunir unas propiedades específicas. Este autor entiende que no basta con la concurrencia de circunstancias genéricas sino que, según señala, debe exigirse, entre otros aspectos, unas determinadas propiedades. A título de ejemplo, indica que “se situaría en la posición de garantía específica del tipo de comisión por omisión el socorrista que se hubiera lanzado al agua, creando así una expectativa seria de salvamento y una vez que se encuentra con el bañista decide no hacer nada y deja que se ahogue...”. La comisión por omisión. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, pág. 90. En cualquier caso, tanto en el supuesto de la tesis defendida por la opinión dominante como en la sostenida por este autor, se establecen unos requisitos que no guardan relación con la posición de garante que se atribuye al titular de una actividad respecto de las infracciones cometidas por sus empleados, ya que en este caso no se exige que hubiera podido evitar el resultado antijurídico concreto con una actuación suya.

Dentro de la doctrina administrativa, A. NIETO GARCIA –Derecho Administrativo Sancionador..., op. cit., pág. 312- y A. DE PALMA DEL TESO –El principio de culpabilidad en el Derecho Sancionador..., op. cit., pág. 204-, aluden a la posición de garante del titular de la empresa como fundamento de la responsabilidad por las acciones de sus empleados.

34. El art. 1903.5 CC establece que “la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas, prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

35. Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, Vol. Primero, Librería Bosch, 1985, J. L. LACRUZ BERDEJO, pág. 582.

culpa dentro de este tipo de fórmulas normativas, constituye una cuestión de conveniencia político-sancionadora, por lo que puede variar en función de los objetivos perseguidos en cada sector del ordenamiento. Se trata, en definitiva, de un ámbito dotado de una gran dosis de discrecionalidad en función de los objetivos que –dentro de unos parámetros justificados y razonables- el Derecho Sancionador desee marcarse. Así, por poner un ejemplo que ha sido reiteradamente tratado por la jurisprudencia, la responsabilidad de las entidades bancarias por el incumplimiento de las normas de seguridad, puede o no ser exigible a título de culpa. En efecto, entiendo que se trata de una opción del Derecho Sancionador, considerar que la entidad bancaria responde bajo cualquier circunstancia y al margen de sus propias actuaciones, o entender que la propia diligencia de la entidad tiene una relevancia jurídica en la imposición de la sanción. De hecho, la duda que se planteó durante un largo tiempo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue precisamente esa misma, es decir, si la responsabilidad de la entidad bancaria era o no a título de culpa. Y aunque se trata de una jurisprudencia superada como consecuencia de la STC 246/1991, de 19 de diciembre examinada anteriormente, creo que puede resultar útil recordar estas posiciones para intentar reconstruir con precisión el alcance del elemento culpable:

a) por una parte, una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo entendió que el titular de la actividad debía responder de los hechos de sus empleados pero con el límite de su propia diligencia, es decir, de la efectiva instalación de los dispositivos, revisión de los mismos e incluso expresas órdenes de cumplimiento de las medidas correspondientes. Con carácter general puede afirmarse que se caracterizó por el intento de individualizar la responsabilidad del titular de la actividad y la de los empleados, determinando el alcance de los deberes de unos y otros³⁶.

36. Así, la Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Ar. 3946/92), examina un supuesto en el que la cantidad de dinero existente fuera del cajón de apertura retardada del módulo auxiliar de caja era excesivo para el canje en ventanilla y estaba repartida entre el mostrador y un cajón de madera clasificador adosado al mismo. Por su parte la Sentencia de 6 de noviembre de 1990 (Ar. 9158/92), examina otro supuesto en que los atracadores tuvieron acceso al interior de la caja fuerte por no haberse puesto en marcha en su momento el mecanismo o dispositivo de apertura retardada que estaba instalado y en perfecto estado de funcionamiento. La Sentencia de 12 de mayo de 1992 (Ar. 3497), analiza un supuesto de sanción a una entidad bancaria por haberse producido dos falsas alarmas que dieron lugar a la puesta en marcha de los correspondientes operativos policiales. La entidad había requerido a la empresa homologada para tales actividades para la detección y subsanación de los posibles fallos y sus causas. En fin, la Sentencia de 16 de febrero de 1990 (Ar. 7313), analiza un supuesto de sanción impuesto como consecuencia de una inspección en el que se comprueba que estaba abierta la caja auxiliar de agencia.

Incluso dentro de esta línea jurisprudencial, podrían detectarse, a su vez, dos vertientes:

- De acuerdo con una primera vertiente jurisprudencial el deber del titular integraría dos aspectos: la instalación de cuantas medidas de seguridad sean exigidas en perfecto estado de utilización y el deber de “impartir las instrucciones y órdenes necesarias para su utilización por el personal encargado de los servicios respectivos” –STS de 24 de Octubre de 1989 (Ar.3946/92)-. Esta línea jurisprudencial consideraba, pues, que la diligencia exigible de las entidades bancarias se agotaba con el efectivo cumplimiento de estas actuaciones: la instalación en perfectas condiciones y haber impartido las órdenes necesarias para su utilización por los empleados, dado que la efectiva utilización en el momento del atraco no era controlable por la entidad bancaria³⁷.

- Pero existió una segunda vertiente con mayores tintes penalistas. Efectivamente, algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo excluían expresamente la aplicación de una responsabilidad “in eligendo” o “in vigilando”, por considerarla, al menos dentro de las relaciones de supremacía general, incongruente con la naturaleza punitiva del Derecho Sancionador³⁸. En la práctica, supuso extremar

37. Por su parte, la entidad bancaria cumple con sus obligaciones normativas instalando “los mecanismos de alarma y protección enumerados en el grupo normativo antes citado” e impartiendo “las instrucciones y órdenes necesarias para su empleo y utilización adecuada por el personal encargado de los diversos servicios, habiendo pues cumplido el Banco las obligaciones que le impone tal normativa” –Sentencia de 16 de febrero de 1990 (Ar. 7313). Dentro de esta línea jurisprudencial cabe citar la Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Ar. 3946), que explicó con especial detalle la delimitación de la responsabilidad de la entidad bancaria y de la del empleado. En concreto, señala que en los supuestos en que los mecanismos o aparatos instalados por la entidad bancaria sean los legalmente exigibles y se encuentren en perfectas condiciones de funcionamiento en caso de que tales aparatos “no fueran utilizados por los empleados de la agencia que conocían su deber de hacerlo es imputable directa e inmediatamente a ellos y no a la empresa como consecuencia de la dimensión personalísima del ilícito, sea penal o administrativo”. Y continúa señalando que “si cualquier entidad bancaria cumple las obligaciones impuestas por la normativa legal vigente, la circunstancia de que los mecanismos instalados no fueran utilizados o lo fueran inadecuadamente, por los empleados de la oficina o sucursal, que conocían o debían conocer su deber de hacerlo conforme a lo previsto en la normativa de seguridad, es imputable directa o inmediatamente a ellos y no a la empresa o entidad que instaló u ordenó instalar tales mecanismos, como consecuencia de la dimensión personalísima del ilícito penal o administrativo”.

38. Así, la Sentencia de 19 de enero de 1990 (Ar. 7309), señala que “la diferente naturaleza del Derecho Civil y el Administrativo hace inaplicable la responsabilidad por actos ilícitos de naturaleza patrimonial dirigida a hacerse efectiva a través de un nexo causal en el que se encuentran yuxtapuestos sujeto y objeto, directa o indirectamente, principal o subsidiariamente, según vemos en los arts, 1902 y 1903.”

El Tribunal Supremo considera inaplicables estos criterios por los siguientes motivos: “No se aceptan criterios de proximidad a la llamada responsabilidad objetiva, excepto que, en este sentido de aproximación existiera norma expresa de adecuado rango jurídico estableciendo la tipificación del hecho infractor, la responsabilidad de persona física o jurídica y la sanción a imponer.”

los argumentos expuestos en el apartado anterior³⁹, aunque lo hizo con cautelas ya que el propio Tribunal Supremo matizó el alcance de su interpretación dotándole de un carácter subsidiario, es decir, para el caso en que el legislador no haya expresamente señalado los sujetos responsables⁴⁰.

b) De acuerdo con la segunda línea jurisprudencial, confirmada como hemos visto por la STC 246/91, de 19 de diciembre, el titular debe responder de los hechos realizados por las personas empleadas⁴¹. El deber de instalar las medidas de seguridad, conlleva asimismo el de su efectivo funcionamiento, como consecuencia de la responsabilidad de dirección e inspección de la empresa. Su responsabilidad, por tanto, deriva de su deber de vigilar y del propio hecho de haber elegido y encomendado a esas personas físicas el efectivo cumplimiento de la norma⁴², todo

39. Así, la Sentencia de 19 de enero de 1990 (Ar. 7309), considera que la atribución a la persona jurídica de un deber de controlar el efectivo cumplimiento de los deberes de los empleados (en este caso la puesta en marcha de los dispositivos de alarma) supone una atribución de culpas "in eligendo o in vigilando" propias de un negocio jurídico singular. Según la Sentencia de la Sala Especial dictada con fecha 4 de julio de 1990 (Ar. 9148/92), ello debe únicamente aplicarse en situaciones de sujeción especial pero no en una potestad de supremacía general.

40. Señala la Sentencia comentada de 19 de enero de 1990 que mientras no se señala quien es el responsable legalmente, debe serlo el que tenga la responsabilidad de su cuidado. En este caso: "En todas las normas reguladoras de las medidas de seguridad... no hay un solo precepto dirigido a concretar la responsabilidad del hecho infractor en la entidad persona jurídica; sino, por el contrario se habla siempre del Jefe del Departamento de Seguridad responsable de la organización y funcionamiento del servicio y de quien tenga el cuidado diario de los líquidos necesarios para el funcionamiento de los mecanismos de seguridad".

41. Los supuestos no difieren de los analizados en el anterior bloque. Así, la Sentencia de 21 de septiembre de 1992 (Ar. 6844), analiza la sanción impuesta por el incumplimiento del precepto que obliga a que la cantidad líquida necesaria para el funcionamiento diario, que se halle contenida en las cajas auxiliares instaladas en el recinto, sea la mínima imprescindible. La Sentencia de 25 de mayo de 1992 (Ar. 3723), analiza la sanción impuesta por encontrarse unas cien mil pesetas en un cajón de madera del mostrador, debajo de la falsa alarma. La Sentencia de 18 de enero de 1993 (Ar. 24), analiza una sanción impuesta por una falsa alarma. Y por fin, en la Sentencia de 20 de mayo de 1992 (Ar. 3655), la sanción se había impuesto por no encontrarse cerrada la puerta del bunker o cerramiento antibalas, con ocasión de un atraco perpetrado a una sucursal de dicha entidad.

42. Señala el Voto particular a la Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Ar. 3946): "la doctrina expuesta arranca, como se ha visto, desde sentencias dictadas por la vieja Sala cuarta en 1985 y es aceptable o asumible por la Sala de Revisión en cuanto supone un estudio cabal de la problemática litigiosa, al tener en cuenta y valorar adecuadamente no sólo el carácter y alcance de la norma sancionadora, sino la finalidad específica de las normas dichas, en cuanto aplicables a los establecimientos bancarios o entidades de crédito (cegar las fuentes de financiación del delito es imperativo del poder público por razón de interés general, etc.) encaminadas a la prevención de atracos y actos delictivos. Indudable es por ello, que las medidas de seguridad no sólo deben instalarse sino usarse de una manera adecuada o razonable. La dirección, inspección y responsabilidad de que tal ocurra corresponde al titular del negocio o empresa... En otro caso, resultan plenamente aplicables las normas y principios jurídicos relativos a la responsabilidad por culpa "in vigilando, etc. que por

ello sin límite alguno. A pesar de que, según hemos visto, no cabe pensar en motivo alguno de exculpación, en estos casos el Tribunal Supremo se esforzaba en señalar que este planteamiento no volatizaba el principio de culpabilidad, ni el de la personalidad de las sanciones, sino que se trataba de su acomodación al exacto cumplimiento de las medidas de seguridad⁴³. De hecho, para esta línea jurisprudencial parecía existir un motivo de exculpación del titular de la actividad en el supuesto de que los empleados hubiesen sufrido peligro para su integridad física⁴⁴. Pero dicho motivo no se desenvuelve, en mi opinión, en el plano del ele-

su alcance general es plenamente aplicable en esta materia, unido a una indudable omisión por la no prestación de la atención de las cargas inherentes”.

Por su parte, la Sentencia de 21 de septiembre de 1992 (Ar. 6844), señala lo siguiente: “El art. 9 del Real Decreto Ley 3/1979 refiere al incumplimiento de las normas de seguridad a las empresas, al titular de las mismas, no a sus dependientes o empleados, que caso de no atender las instrucciones impartidas por el empresario sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad podrán incurrir en responsabilidad, mas no frente a la Administración, sino, en su caso, frente a su principal”. En igual sentido, Sentencias de 25 de mayo de 1992 (Ar. 3723/92) y de 18 de enero de 1993 (Ar. 24).

Por último la Sentencia de 20 de mayo de 1992 (Ar. 3655), señala que la responsabilidad es de las entidades bancarias por las actuaciones de sus empleados “como lógico corolario del deber que pesa sobre ellas de instalarlas y garantizar su adecuado funcionamiento...”.

43. Sin embargo, no queda clara la explicación del Tribunal Supremo sobre el respeto a tales principios. Más que una explicación que aclare la persistencia de tales principios, parece la justificación de su puntual inexistencia. Así, señala textualmente la Sentencia de 20 de mayo de 1992 (Ar. 3655), que “no comporta un detrimento del principio de culpabilidad, que indudablemente rige en materia sancionadora ni un olvido del de personalidad de la sanción (responsabilidad por hechos propios) sino una acomodación de estos principios a la efectividad de un deber legal, el exacto cumplimiento de unas medidas de seguridad impuestas a las empresas para prevenir la comisión de actos delictivos, deber que arrastra, en caso de incumplimiento, la correspondiente responsabilidad para el titular de las mismas, aunque tenga su origen en una actuación o en un no hacer negligentes de quienes, encontrándose a su servicio, no como terceros, tienen encomendado por voluntad de aquél el efectivo funcionamiento de las instalaciones de seguridad, responsabilidad directa que cobra si cabe mayor sentido cuando, como en este caso, el titular de la empresa es una persona jurídica –una sociedad anónima– constreñida por exigencias de su misma naturaleza de actuar por medio de personas físicas “mutatis mutandi” es lo que ocurre cuando en el ámbito negociar los actos u omisiones de los órganos de una persona jurídica se consideran actos u omisiones propios de ésta y no de los individuos que encarnan aquéllos”.

Por su parte, la Sentencia de 21 de septiembre de 1992 (Ar. 6844), señala que “la repetida Sentencia 20-5-1992 añade que cuanto se ha expuesto no comporta una preterición del principio de culpabilidad ni del de personalidad de la sanción, sino una acomodación de estos principios a la efectividad del deber legal de cumplir las medidas de seguridad impuestas a las empresas, deber que arrastra, en caso de incumplimiento, la correspondiente responsabilidad para el titular de las mismas, aunque tenga su origen en una actuación negligente de quienes tienen encomendado por la empresa la efectiva puesta en práctica de dichas medidas de seguridad”.

44. Así, la Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Ar. 3946), señala que las entidades bancarias responden de las actuaciones de los empleados, “y de ello sólo puede eximirse cuando conste acreditada la situación de peligro o riesgo para los empleados”.

mento culpable, sino más bien en el previo de la antijuridicidad. Efectivamente, la no utilización de los dispositivos de alarma por parte del empleado en evitación de un peligro para su propia integridad física, constituiría, en mi opinión, una causa de justificación de la antijuridicidad en la medida que se considerase que el peligro para la integridad física configura un mal mayor que la propia perpetración del delito⁴⁵.

En mi opinión, cualquiera de estas dos opciones resultan -en un plano teórico-razonables, por cuanto no creo que la elección de una u otra dependa de ineludibles exigencias teóricas sino de una opción del Derecho de acuerdo con los objetivos que desee cumplir, siempre que se encuentren razonablemente justificadas. Y creo que en el Derecho Sancionador, tal como vengo insistiendo, conviene renunciar a soluciones globales y generales ya que las necesidades pueden variar de un sector a otro, por lo que la opción sobre la existencia o inexistencia del elemento culpable dependerá, en último caso, de las necesidades que de una forma justificada se planteen en cada sector del ordenamiento. Pero llegados a este punto, cabe preguntarse si existe algún criterio que pueda justificar esta heterogeneidad, de manera que en unos casos la responsabilidad del titular tenga un carácter absoluto, y en otros casos no. En mi opinión, al igual que he señalado en el Capítulo dedicado al elemento de culpabilidad, pueden concurrir sectores donde el interés público justifique la responsabilidad con un carácter objetivo, y otros en los que no concurren tales razones por lo que la responsabilidad será a título de culpa y por tanto la diligencia exigible no será ilimitada sino que tendrá el contenido de la diligencia exigible razonablemente a un buen gestor.

Creo, incluso, que este planteamiento encuentra dentro de la propia doctrina del Tribunal Constitucional un apoyo argumental. Efectivamente, en la Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, comentada anteriormente, el Tribunal Constitucional entendió que la entidad bancaria respondía de forma directa y objetiva por las actuaciones realizadas por el empleado. Creo que esta conclusión puede inferirse sin problemas de los términos expresados por el Tribunal Constitucional, pues re-

45. Señala J. M. RODRIGUEZ DEVESA sobre la eximente recogida en el art. 8.7 CP que en relación con el estado de necesidad, la doctrina diferencia "entre conflictos de bienes iguales y los de bienes desiguales. En los primeros, estaríamos ante una causa de exculpación por no exigibilidad de una conducta distinta. En los segundos, ante una causa de justificación cuando el mal que se causa es menor que el que se trata de evitar". Curso de Derecho Penal Español, DYKINSON, Madrid, 1989, pág. 579.

chazadas las circunstancias del caso, no cabe pensar en alguna causa de exculpación, ni derivada del causante material, ni del titular de la actividad. Este planteamiento del Tribunal Constitucional, legitima una responsabilidad del titular de la actividad en principio ilimitada, o si se prefiere objetiva, ya que de los resultados antijurídicos producidos por una actuación negligente del empleado, responde el titular de la entidad bancaria, al margen de su propia actuación. No obstante, el propio Tribunal Constitucional añade algún matiz a este planteamiento que creo importante resaltar cuando señala que entiende justificado el juicio de reprochabilidad a la entidad bancaria que realiza la Sentencia impugnada “en la necesidad de estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad”⁴⁶. Se trata, en consecuencia, de una justificación que atiende a las necesidades concretas del sector del ordenamiento jurídico que analiza, en el que el interés público exige un riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad que deben establecer algunos establecimientos en prevención de determinados delitos. Tan riguroso resulta, que exige una responsabilidad objetiva, en la medida que no cabe pensar en posibles causas de exculpación, ni derivadas del causante material, ni del titular de la actividad. Pero, por otra parte, la expresa alusión a las circunstancias concretas del caso que recoge el Tribunal Constitucional para justificar una responsabilidad de este alcance, parece dejar abierta la posibilidad de que existan sectores del ordenamiento donde no sea exigible una diligencia tan intensa, es decir en los que el deber del empresario tenga un carácter limitado y que cese, por tanto, ante circunstancias verdaderamente exculpatorias. En fin, creo que, en lo que respecta al elemento culpable, la posibilidad de optar por soluciones concretas y justificadas para cada ámbito, resulta plenamente justificada, dadas las necesidades tan diferentes que tiene el Derecho Sancionador. De esta manera, en los supuestos en los que se entienda que el interés público (la seguridad, salubridad o sanidad de la colectividad, por ejemplo) exige un riguroso cumplimiento de la normativa, el titular podrá responder del incumplimiento de la normativa con un carácter objeti-

46. Señala, en concreto, la STC 246/1991, de 19 de diciembre lo siguiente: “En este caso, en efecto, siendo cierta y reconocida la falta de funcionamiento de las instalaciones de alarma por negligencia o comodidad de los empleados de la entidad recurrente, lo que la Sentencia impugnada lleva a cabo es una traslación de la responsabilidad a la entidad bancaria en cuestión razonando su juicio de reprochabilidad en la necesidad de “estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad”. Ni ha habido falta de actividad probatoria de unos hechos que nadie discute (por lo que la presunción de inocencia no entra en juego ni ha sido vulnerada), ni la traslación del juicio de reprochabilidad en los términos descritos lesiona ningún otro derecho o principio constitucional”.

vo ⁴⁷. Pero cuando no se justifique que el interés público exige tal diligencia, cabe pensar que la diligencia del titular se agota con los cuidados exigibles de un buen gestor: instalación y revisión de instalaciones, aparatos, etc..., y órdenes expresas y concretas dirigidas a los empleados, y en general en los aspectos organizativos propios de la puesta en funcionamiento del servicio.

Las diferentes fórmulas legales, que según he descrito, concurren en nuestro ordenamiento jurídico sobre responsabilidad de los titulares de actividades económicas, reflejan una situación real del Derecho Sancionador de carácter heterogéneo que cabe aceptar. Además, creo que el expreso reconocimiento de que determinadas fórmulas encierran una clara responsabilidad objetiva permite adoptar una actitud menos permisiva cuando tales fórmulas no se consideren suficientemente justificadas, lo cual no ocurre si, a toda costa, se encubre dicha realidad mediante la calificación de toda fórmula legal o de toda sanción impuesta como compatible con el elemento culpable. Y a su vez, la clara aceptación de su carácter heterogéneo -es decir, su existencia en unos sectores del ordenamiento y su inexistencia en otros- permite evitar el peligro que conlleva la tesis que excluye, con carácter general, el elemento culpable del Derecho Sancionador, pues esta actitud impediría detectar su existencia, en los supuestos en que realmente concurre.

No obstante, en relación con las fórmulas que imputan la responsabilidad directamente al titular de la actividad al margen de su negligente acción u omisión, creo que se debe realizar una puntualización adicional en relación con la previsión de la acción de regreso, ya que ni por su efectividad, ni por su coherencia dentro del contexto normativo, se encuentra justificada su presencia. En principio, se trata de una previsión aceptada unánimemente en la doctrina, incluso por el sector que defiende una postura más penalista del Derecho Sancionador. Así, M. REBOLLO señala que "resulta posible que la empresa sancionada pueda, a su vez, accionar, conforme a las reglas de Derecho civil, mercantil, o laboral, que en cada caso regulen sus relaciones frente a quien provocó que la empresa incurriera en infracción, reclamándole los daños y perjuicios ocasionados por su irregular conducta a

47. Otro ámbito en el que el grave riesgo para la colectividad ha justificado una exigencia de responsabilidad objetiva es la relacionada con la materia nuclear, como lo acredita la Sentencia de 19 de diciembre de 1996 (Ar. 9745), en la que la Administración había impuesto una sanción de setenta millones de pesetas por la comisión de una infracción de la Ley 25/1964, de 29 de abril, al no haber comunicado a la Administración con la suficiente diligencia el incendio que se había producido en la Central Nuclear.

la empresa⁴⁸. Tal es así, que el propio M. REBOLLO propone la regulación de estas acciones de regreso para todos los sectores del ordenamiento⁴⁹.

Pero como he dicho, esta previsión, que en el Derecho Civil resulta plenamente coherente, se integra difícilmente en el Derecho Sancionador. Efectivamente, en el orden civil la reclamación al causante material de los daños, ex art. 1903 CC, se desenvuelve en el mismo orden civil que la propia responsabilidad de la que trae causa. De esta manera, la indemnización abonada por el titular de la actividad responsable al perjudicado por los daños causados, y la cantidad reclamada por el empresario al causante material, tienen una misma naturaleza civil, por lo que se rigen bajo unos mismos principios y criterios de valoración. Pero, por el contrario, en el orden administrativo esta situación se complica, dado que la sanción impuesta al titular de la actividad, tiene una naturaleza administrativa-sancionadora y parece lógico entender que esa eventual vía de regreso frente al empleado, tendría naturaleza civil. De esta manera, la sanción impuesta al titular de la actividad se impondría de acuerdo con los principios punitivos, y la reclamación interpuesta en vía de regreso en la jurisdicción civil, podría responder a criterios civiles. Los problemas de coherencia que ello plantea no son, en mi opinión, meramente teóricos: piénsese en un hipotético supuesto en el que el titular de la actividad abonara la sanción a pesar de concurrir una causa de exculpación (vr. gr. error de derecho, por cuanto en la aplicación de la norma existía una duda razonable); el reclamado difícilmente podría alegar en la acción de regreso tal motivo, ya que parece lógico excluir, por irrelevantes, en lo que constituiría una vía civil, la oposición por motivos tales como la concurrencia de los elementos positivos o negativos del tipo de la infracción, que tienen una naturaleza punitiva. Al perder su naturaleza sancionadora, los motivos de oposición podrían resultar diferentes, aumentando o disminuyendo respecto de la vía administrativa.

Dichas dificultades teóricas se podrían incluso aceptar si ofrecieran ventajas en aras de una necesaria eficacia administrativa, que fueran inalcanzables por otra vía. Pero creo que el Derecho Sancionador puede obtener este mismo nivel de efica-

48. La potestad sancionadora, alimentación..., op. cit., pág. 778.

49. Señala en este sentido que "el silencio a este respecto de la LGDCU y de la LGS no impide consagrar también aquí esta posibilidad que de ninguna forma, sin embargo, sería esgrimible frente a la Administración sancionadora y que no supone reconocer que la empresa haya sido sancionada por una infracción ajena como es fácil demostrar conforme a lo ya explicado." La potestad sancionadora..., op. cit., pág. 778.

cia, mediante un sistema de responsabilidad en el que, responda bien únicamente el titular de la actividad, sin perjuicio de las medidas que dentro de su círculo organizativo pueda adoptar frente a quien no ha cumplido adecuadamente con su función, (lo cual resulta bastante más realista) o bien, y creo que es la solución más adecuada, respondan tanto el titular de la actividad, como el empleado y eventual autor material de los hechos. En mi opinión, la previsión general de una responsabilidad independiente, tanto del titular de una actividad como del autor material de los hechos, permitiría lograr la misma eficacia de la sanción administrativa dentro de un mayor respeto al marco jurídico sancionador, ya que la regulación de una posible doble responsabilidad, no sólo, asegura, como mínimo, el mismo grado efectividad que en el caso de que únicamente responda el titular de la actividad, sino que, además, evita la aplicación de técnicas que, como la vía de regreso, conllevan graves problemas para su materialización en el orden sancionador. Por otra parte, ello no significa que titular y empleado deban responder con el mismo alcance, pues la responsabilidad de uno y otro puede construirse con fundamentos distintos, en función de las propias exigencias del Derecho Sancionador.

En efecto, por lo que se refiere al contenido de la infracción, el titular puede responder de acuerdo con el deber de control de su organización empresarial; y los empleados por la realización material de las actuaciones que conllevan el incumplimiento de la norma. Y por lo que se refiere al elemento culpable, también puede funcionar de forma diferente en uno y otro supuesto, dado que fundamentalmente en el caso del titular de la actividad, el ordenamiento puede establecer casos específicos de imputación de la responsabilidad con carácter objetivo.

El Derecho Sancionador debe, pues, buscar a partir de las fórmulas elaboradas para otras ramas del Derecho, sus propias técnicas que permitan dar respuesta a sus necesidades dentro de un planteamiento coherente, pues no creo que este objetivo pueda alcanzarse mediante la traslación automática de categorías propias del Derecho Penal o del Derecho Civil, y en este caso creo que no se encuentra justificada, ni desde el punto de vista del eventual infractor ni de la Administración, la previsión de la figura de la acción de regreso. En mi opinión, los problemas surgen como consecuencia de la pretensión del Derecho Sancionador de intentar compaginar funciones propias del Derecho Punitivo (sancionar a los partícipes como coautores, mediante sanciones independientes) y del Derecho Civil (detectar una organización o patrimonio que satisfaga la sanción sin perjuicio de sus relaciones internas con el causante material). Pero, esta actitud de no querer renunciar a nin-

guna posibilidad, conlleva problemas difícilmente solventables desde el punto de vista de su construcción doctrinal.

A la vista de ello, creo que el Derecho Sancionador debe optar por una construcción propia de responsabilidad en estos casos que compatibilice coherencia teórica y eficacia administrativa, ya que ni las fórmulas típicas del Derecho Civil cabe incorporarlas íntegramente al Derecho Sancionador al no cumplir un mínimo de coherencia con el marco sancionador, ni las técnicas propias del Derecho Penal se compaginan con la eficacia que, en ocasiones, exige el Derecho Sancionador.

4. Responsabilidad por acciones realizadas dentro de una relación de representación.

Dentro de las acciones realizadas por una persona que actúa como representante o mandatario de un tercero pueden distinguirse dos tipos de situaciones, en función de que tal representación derive de la condición de administrador de una persona jurídica o de que dicha representación sea consecuencia de un mandato voluntario y puntual. Dado que tanto los problemas que plantean en el Derecho Sancionador como las propias soluciones que se han venido aportando tienen un alcance diferente en cada uno de ellos, examinamos las dos situaciones a continuación, de forma separada.

4.1. Responsabilidad de los titulares de los órganos de administración de las personas jurídicas.

La solución propuesta como más idónea en relación con la responsabilidad de los titulares de actividades económicas por las actuaciones de sus empleados, encuentra un argumento añadido en la solución generalmente admitida sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por las actuaciones de sus administradores. Como es sabido, la voluntad de las personas jurídicas es formulada a través de los diversos órganos en que se estructura, de tal manera que sus actos se consideran actos de la persona jurídica⁵⁰. Pero al mismo tiempo estos órganos están compues-

50. "La voluntad de estos órganos vale como voluntad de la persona jurídica misma que en consecuencia responde -exactamente como una persona natural- de su acto propio". Tratado de Derecho Civil, Tomo I, 1º. Parte General, LUDWIG ENNERCCERUS, Bosch, Barcelona, 1934, pág. 482.

tos por personas físicas cuya conducta puede adquirir relevancia propia para el Derecho Punitivo.

En el Derecho Sancionador, la responsabilidad de las personas jurídicas por las actuaciones de sus administradores, guarda una estrecha similitud con el sistema descrito en relación con la responsabilidad por la actuación de los empleados, aunque el ordenamiento jurídico resulta más claro y homogéneo en este caso. En efecto, con carácter general nuestro derecho positivo ha previsto una doble posibilidad. Por una parte, las personas jurídicas son sancionables por las acciones u omisiones de los administradores en todo caso, al margen de la existencia de un beneficio para la propia sociedad, pues los actos se consideran como propios de la persona jurídica. Pero es más, se considera que la entidad responde tanto se haya hecho en su beneficio como, incluso, en contra de sus propios intereses⁵¹, pues como ha señalado M. REBOLLO, dicha responsabilidad surge aún en el supuesto de que el administrador actúe en contra de las propias órdenes de otros órganos de la persona jurídica⁵². En todo caso, cabe señalar que la justificación teórica de este ilimitado alcance de la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus administradores es, en este caso, más clara ya que resulta mucho más difícil distinguir entre los actos de los administradores y de los de las propias personas jurídicas, dado que los actos de los administradores se consideran, con carácter general, actos de aquéllas⁵³. Pero, además de la responsabilidad de la persona jurídica, el Derecho Sancionador contempla la posibilidad de sancionar a las personas físicas que, ostentando la condición de administradores, hubieran participado por acción u omisión a título de dolo o culpa⁵⁴.

51. En este caso y a diferencia de la responsabilidad por los hechos de los empleados, se trata de unos hechos de los órganos de la persona jurídica y por tanto se consideran realizados directamente por ella. Por tanto no se trata de una responsabilidad por hechos ajenos sino por unos hechos propios.

52. Así M. REBOLLO PUIG considera que "aún cuando el administrador actúe deliberadamente en contra de lo indicado por otros órganos e incluso en beneficio personal, sus acciones u omisiones típicas constituyen infracciones propias de la persona jurídica que, por tanto, será la que sufra la sanción". La potestad sancionadora..., op. cit., pág. 765.

53. La diferencia con el ámbito penal vuelve a ser evidente. El sector doctrinal que solicita el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, entiende que dicho reconocimiento conviene a exigencias de una responsabilidad muy concreta: aquéllas donde se actúa por un interés colectivo, o en beneficio de la persona jurídica. Pero no sirve de referencia de imputación para cualquier actuación que, bajo su amparo, puedan realizar sus directivos u órganos de representación.

54. Señala el art. 95 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora de del Mercado de Valores lo siguiente: Las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de la presente Ley, así como

En consecuencia, el Derecho Sancionador permite en estos casos un doble reproche: el reproche a la persona jurídica y el reproche a las personas físicas que, reuniendo la condición de administradores, hayan participado en su comisión⁵⁵. Esta regulación que, como he dicho, aparece en distintos sectores del ordenamiento jurídico con un carácter homogéneo, permite abundar en las ideas expuestas anteriormente. Por una parte, en relación con la justificación de la responsabilidad de las personas jurídicas, el doble reproche (a la entidad y a los administradores) exige admitir la existencia de dos voluntades diferentes, ya que de lo contrario esta doble sanción supondría, como hemos visto anteriormente, una vulneración del principio "non bis in idem". Por otra parte, la solución consistente en un doble

quienes ostenten cargos de administración o dirección de estas últimas, que infrinjan normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este capítulo". Y por su parte, señala el art. 105 de la citada Ley que "además de la sanción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones graves se impondrá una de las siguientes sanciones a quienes ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma sean responsables de la infracción". El art. 106 de la Ley señala las sanciones para las infracciones graves.

En el mismo sentido, el art. 1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención en Entidades de Crédito, señala que "las entidades de crédito, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, que infrinjan normas de ordenación y disciplina, incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en el presente título, disponiendo el art. 13 que "además de la sanción que corresponda imponer a la entidad de crédito por la comisión de infracciones graves, se impondrá una de las siguientes sanciones a quienes ejerciendo cargos de administración en la misma sean responsables con arreglo al art. 15". Y el art. 15 establece como principio general que "quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente."

Asimismo el art. 10.3 de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, señala que "además de la sanción que corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 5.000.000 de pesetas a sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión."

Por su parte, señala el art. 40.1 de la Ley General Tributaria, según redacción de la Ley 10/1985, de 26 de abril, que "serán responsables subsidiariamente...en los casos de infracciones graves cometidas por las personas jurídicas: los administradores de las mismas que no realizaren los actos necesarios que fueren de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas, consintieren el incumplimiento por quienes de ellos dependen o adoptaren acuerdos que hicieran posibles tales infracciones".

De una forma más genérica, señala el art. 9.3 del R.D. 1945/1983, de 22 de junio, regulador de las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria: "Cuando una infracción sea imputada a una persona jurídica podrán ser consideradas también como responsables las personas que integren sus organismos rectores o de dirección, así como los técnicos responsables de la elaboración y control."

55. Como puede deducirse de la transcripción de los artículos citados, respecto de las personas jurídicas la responsabilidad parece exigirse dentro de una diligencia muy intensa, y por tanto con escaso margen para la exculpación. Y en relación con las personas físicas la normativa exige normalmente su participación expresa a título de dolo o culpa.

reproche a cada uno con carácter independiente que, con un carácter general, proponíamos anteriormente para los casos en que la normativa pretende dotar de un alto grado de objetividad a la responsabilidad de los titulares de actividades como consecuencia de los actos de sus empleados, aquí aparece como una fórmula única y pacíficamente aceptada: las personas jurídicas, en cuanto destinatarios de la norma, responden dentro de un intenso nivel de diligencia, y por el contrario las personas físicas que ostenten la condición de administradores, responden en la medida que hayan participado efectivamente en su comisión⁵⁶. Creo que esta solución normativa pone de manifiesto que la fórmula consistente en el reproche directo y único de la entidad, sin perjuicio de la acción de regreso, además de su difícil encaje en un plano teórico, no resulta en absoluto necesaria en el Derecho Sancionador.

4.2. Responsabilidad por las acciones realizadas dentro de una relación de representación voluntaria.

La determinación del sujeto activo en los casos en que la representación tiene un carácter voluntario guarda una mayor relación con el orden punitivo⁵⁷, pues tal como ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia sancionadora, el representante responde por su actuación personal. Ello constituye una diferencia clara con el ámbito civil, donde los actos y efectos derivados de los negocios jurídicos realizados por el representante se imputan directamente al representado. Incluso en el caso de que la actuación del mandatario extralimite las instrucciones y se deriven perjuicios a terceros, el mandante responde sin perjuicio de las relaciones internas entre mandatario y mandante⁵⁸. Esta diferencia con el Derecho Ci-

56. Además, en muchos casos se dan situaciones que resultan difícilmente distinguibles, ya que en las personas jurídicas donde normalmente la organización es más compleja, a los diferentes órganos rectores o de administración se unen relaciones laborales a las que se asigna una alta responsabilidad, otorgando facultades de decisión: y a partir de allí un amplio elenco de responsables hasta llegar a los ejecutores materiales. El problema pues se encuentra estrechamente conectado. El art. 9.3 del R.D. 1945/1983, de 22 de junio regulador de las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria pone de manifiesto este carácter indistinto: "Cuando una infracción sea imputada a una persona jurídica podrán ser consideradas también como responsables las personas que integren sus organismos rectores o de dirección, así como los técnicos responsables de la elaboración y control".

57. La doctrina distingue entre representación voluntaria y legal a partir del art. 1259 CC, que señala lo siguiente: "Ninguno puede contratar a nombre de otro, sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal."

58. Señala el art. 1276 CC que "el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según el mandato haya sido o no retribuido".

vil ha sido expresamente señalada por el Tribunal Supremo, como lo demuestra la Sentencia de 31 de diciembre de 1985 (Ar. 880 de 1986) que con motivo de una sanción impuesta en materia de viviendas de protección oficial a una persona que actuaba con poderes del propietario del inmueble, señaló que la responsabilidad por un ilícito administrativo es independiente del planteamiento civil en virtud del cual la intervención del mandatario crea derechos y obligaciones en favor del representado. Por el contrario en el orden sancionador, de la sanción responde directamente el representante, por cuanto de acuerdo con el principio de personalidad de las sanciones cada uno responde por sus propios actos⁵⁹.

Mayores dudas plantea la cuestión relativa a si esa responsabilidad alcanza en algún supuesto al representado. En mi opinión se plantea una duda razonable en el supuesto en que exista entre representado y representante un contrato de mandato, donde la propia actividad a realizar configure un ilícito administrativo⁶⁰, aunque lo cierto es que dentro de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se detectan soluciones diversas. Por una parte, la Sentencia citada de 31 de diciembre de 1985 parece señalar que el representante responde con carácter exclusivo incluso en el caso de que actuase bajo órdenes expresas de su mandante⁶¹. Pero la Senten-

59. Señala textualmente la citada Sentencia "que es cierto que los efectos de toda relación de representación o mandato...se produce o en favor o en contra de la persona representada o mandante ...nada de ello significa que la actuación personal (del representante), incluso cuando en aquellos supuestos en que actuase cumpliendo órdenes expresas de su representado y en beneficio del mismo, no debe responder cuando el acto concretamente realizado constituya un ilícito penal o administrativo, rigiéndose este último Ordenamiento por idénticos principios inspiradores que el de aquél ..(pues) de tal ilegalidad personalmente ha de responder, en una u otra esfera, quien materialmente incida en aquélla y no el comitente, representado o mandante".

60. Recordemos la diferencia tan señalada por la doctrina civilista entre mandato y representación. Señala M. ALBADALEJO que "la relación de mandato tiene su origen en un contrato, obligatorio inter partes, en virtud del cual el mandatario se compromete a realizar una actividad por cuenta del mandante, pero sin que pueda obrar en nombre de éste. Mientras que la representación, como facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro, surge de un negocio unilateral -apoderamiento- procedente del representado; pero el representante no resulta obligado a nada como consecuencia de serlo". Derecho Civil I, Parte General, Librería Bosch, Barcelona, 1970, pág. 612.

61. Así parece deducirse de la Sentencia cuando señala que "de tal ilegalidad personalmente ha de responder, en una u otra esfera (penal y administrativa), quien materialmente incida en aquélla, y no el comitente, representado o mandante, por lo mismo que la personal... autoría -siempre exigida por dichos Ordenamientos- no se le puede imputar, con mayor razón cuando de la escritura de mandato no consta que se dieran al recurrente facultades ni concretas instrucciones para actuar ilícita o irregularmente, ni aun constando, tenía por qué cumplirlas si era consciente de la ilegalidad de las que recibía, conciencia que, al efecto, hay racionalmente que presumir en el mismo, dada su específica y cualificada profesión de administrador de fincas".

cia de 13 de febrero de 1990 (Ar. 1311), en relación con una sanción por parcelación ilegal impuesta a un particular que actuaba como representante del propietario (el padre del representante) de una finca, considera que responde el representante por haber actuado con poderes muy amplios, pero que en el supuesto de haber actuado bajo instrucciones detalladas hubiera respondido el mandante propietario de la finca⁶².

En mi opinión, el Tribunal Supremo plantea esta cuestión dentro de unos términos que no parecen los adecuados, ya que pretende determinar un responsable -mandatario o mandante- con exclusión del otro, cuando en mi opinión cabe que cada uno responda en función de su efectiva participación. En efecto, no se trata de saber si las eventuales órdenes detalladas y precisas trasladan automáticamente al mandante la responsabilidad con exclusión del mandatario o, si a pesar de tales instrucciones, responde éste con exclusión del mandante, pues cabe pensar en una doble responsabilidad: el representante -en cuanto lleva a cabo materialmente los elementos del tipo- puede responder como autor de la infracción, por lo que la única cuestión que se debe aclarar es si el representado, al haber encargado al representante un negocio ilícito debe responder igualmente por su participación en los hechos⁶³. En mi opinión, el Tribunal Supremo hace una aplicación de los principios penales de una forma parcial que resta coherencia al planteamiento: señala adecuadamente la responsabilidad del representante por sus actos materiales, pero no llega hasta sus últimas consecuencias en el supuesto de que existieran unas instrucciones expresas en ese sentido. El marco punitivo permite detectar diversos

62. Señala textualmente la citada Sentencia lo siguiente: "El recurrente actuó en virtud de unos poderes muy amplios que excluyen que pueda entenderse que en el caso presente se esté ante el supuesto del mandatario que lleva a cabo un negocio jurídico según instrucciones detalladas de su mandante, supuesto éste en el que sí cabría considerar que no alcanzarían al mandatario las responsabilidades que hubiera podido incurrir su mandante".

63. En términos penales se podría pensar que se trata de saber el mandante debe considerarse autor, en cuanto inductor a la infracción -art. 28 CP-. De acuerdo con ello se trataría en cada supuesto de analizar, conforme a la doctrina jurisprudencial penal, si el mandante reúne los requisitos propios del inductor. Así, la Sentencia de 5 de mayo de 1988 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, exige como requisitos de la inducción: a) que la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción; b) que la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado; c) que se determine a un ejecutor determinado a la comisión de un delito concreto; d) que el inducido realice efectivamente el tipo delictivo a que ha sido incitado; y e) que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute.

autores independientes, lo cual en este caso constituye para Derecho Sancionador una vía de la que no puede prescindir para dotar a esta cuestión de una respuesta coherente.

5. Responsabilidad derivada del título de propiedad o posesión sobre una cosa.

Por último analizaremos dentro de los títulos de imputación de responsabilidad que aparecen con un carácter general en el ámbito administrativo, el derivado del título de propiedad o posesión sobre un bien. En principio, la solución que el derecho positivo y la jurisprudencia han venido proponiendo en relación con ambos títulos, permiten abundar en esta visión heterogénea del elemento culpable dentro del Derecho Sancionador. No obstante, dado que la propiedad y posición plantean cuestiones parcialmente diferentes las examinamos a continuación de forma separada.

5.1. Propiedad.

Respecto del título de propiedad, en el derecho positivo se pueden encontrar soluciones diversas. Así, por ejemplo, la legislación sectorial contempla diferentes alternativas en relación con la responsabilidad del propietario del medio o instrumento utilizado en la comisión de la infracción. Dado que en esta cuestión los problemas más importantes se plantean en relación con el medio de transporte o vehículo utilizado, señalaré las diferencias que sobre dicho medio se han propuesto en nuestro ordenamiento jurídico, en el que pueden encontrarse, al menos, tres soluciones distintas. Una primera solución la encontramos en el sector de los transportes terrestres, cuya legislación establece la responsabilidad del propietario del vehículo por las infracciones que pudiera realizar el conductor del mismo, con alguna matización en el campo de los autotaxis⁶⁴. Una solución diferente la en-

64. Así el art. 138.1 b) de la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres, atribuye la responsabilidad administrativa por las infracciones de las normas reguladoras de los transportes y actividades auxiliares del mismo "en las infracciones cometidas con ocasión de transportes o actividades realizados sin la cobertura del correspondiente título administrativo, ...(al) propietario del vehículo". En el mismo sentido el art. 4.1.b) de la Ley 38/1984 sobre Inspección, Control y Régimen Sancionador de los Transportes por Carretera.

Mayores diferencias entre la responsabilidad del propietario y del conductor realiza el Reglamento Na-

contramos en la legislación en materia de contrabando, ya que protege al propietario del vehículo no partícipe frente al incorrecto uso que haya podido llevarse a cabo con el medio de transporte, en la medida en que el sujeto activo de la infracción es aquél que comete materialmente los hechos descritos como constitutivos de delito o infracción de contrabando⁶⁵. En este sentido el art. 5 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, ratifica este planteamiento, pues excluye del comiso los medios de transporte "con los que se lleve a efecto la comisión del delito, siempre que no pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en éste"⁶⁶. Por fin, dentro de una línea intermedia, se puede incluir la materia de seguridad vial. El planteamiento de la normativa preconstitucional que contemplaba el supuesto de responsabilidad subsidiaria del propietario por los hechos cometidos por el conductor, ha sido sustituido en el vigente Texto Articulado por una responsabilidad del propietario del vehículo pero derivada de una infracción propia del deber de colaboración con la Administración⁶⁷.

cional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros -aprobado por R.D. 763/79, de 16 de marzo-. Así parece desprenderse del art. 53 al señalar: "En todo caso se sancionarán con la retirada definitiva del permiso local de conducir y si el conductor fuese el titular de la licencia, con su revocación, las infracciones definidas en los apartados c), e) y f) del art. 51". La distinción entre ambas responsabilidades en este ámbito tiene su explicación en que, la Administración ejerce un control directo sobre los conductores, al estar sujetos asimismo a licencia. Situación que no se da en los transportes regulados por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

65. Arts. 1 y 12 de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, de Infracciones Administrativas en Materia de Contrabando, que modifica la legislación vigente en esta materia y regula los delitos e infracciones administrativas.

66. Se trata de un artículo aplicable a las infracciones de acuerdo con el art. 14 de la Ley de Contrabando, pues textualmente señala que "se aplicarán a las infracciones administrativas de contrabando lo establecido en los artículos quinto, octavo y once de la presente Ley".

Por su parte, el art. 5 del Decreto 971/83, de 16 de febrero, que desarrolla el Título II de la Ley Orgánica de 13 de julio de 1982, de infracciones administrativas en materia de contrabando, señala que toda sanción llevará consigo el comiso de los medios de transporte "con los que se lleve a efecto la comisión de la infracción, siempre que no pertenezcan a tercero que no haya tenido participación en ésta..."

67. El art. 72.3 del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Vial, aprobado por R.D.L. 339/1990, de 2 de marzo, señala que "el titular del vehículo, debidamente requerido para ello, tiene el deber de identificar al conductor responsable de la infracción, y si incumpliere esta obligación en el trámite procedimental oportuno sin causa justificada, será sancionado pecuniariamente como autor de falta grave". Se trata por tanto de una infracción propia e independiente de la correspondiente al conductor. Como se ha indicado anteriormente aquí cabe detectar una modificación del planteamiento normativo anterior que declaraba la responsabilidad subsidiaria del propietario por la infracción cometida por el conductor. Así, el art. 278 del Reglamento de Circulación, aprobado por Decreto de 25 de septiembre de 1934 señalaba: "Si el conductor responsable de la infracción no fuese conocido, las primeras medidas del procedimiento se dirigirán a su identificación, a cuyo efecto se notificará la denuncia al titular del vehículo o al propietario de los animales, interesando los datos de

En fin, a la vista de las diferentes regulaciones descritas, parece lógico entender que la responsabilidad del propietario de un medio de transporte adquiere una relevancia diferente en función del sector del ordenamiento de que se trate: es responsable de las infracciones de los conductores en materia de transportes con independencia de su efectivo conocimiento o participación en los hechos; no es responsable en materia de contrabando por las infracciones realizadas con su medio de transporte; y por último, es responsable de una infracción autónoma en materia de circulación para el supuesto en que no identifique al conductor.

No obstante, el Tribunal Supremo ha mantenido, con carácter general, una posición contraria a la imputación de la responsabilidad de una acción constitutiva de infracción al propietario por el mero hecho de serlo, y ha aplicado al margen de la propuesta normativa, principios claramente punitivos. De esta manera, para el Tribunal Supremo, el propietario no tiene un deber que le lleve a responder de cualquier situación derivada de la utilización del objeto, limitándose su responsabilidad al supuesto en que haya efectivamente participado en los hechos. Examina, de acuerdo con ello, la cuestión desde el contenido del derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que normalmente el problema surge por la imputación de unos hechos como consecuencia del título de propiedad al margen de la acreditación de su efectiva participación. Así, en relación con aquellas materias en que, como la de contrabando, la norma distingue claramente entre las responsabilidades del autor de la infracción y el propietario del medio de transporte, no ha dudado en corregir actuaciones administrativas extensivas de las consecuencias del ilícito al propietario a través del comiso del medio de transporte⁶⁸. Pero la co-

dicho conductor, con la advertencia de que podrá verse obligado al pago de la sanción pecuniaria, que en su caso corresponda a la infracción si aquella no se lograra". Por su parte, el párrafo tercero señalaba que "una vez firme la multa impuesta, si el conductor no la hubiera hecho efectiva, podrá ser reclamado su pago el titular o propietario del vehículo".

El Real Decreto 13/1992, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación no deroga el citado artículo expresamente aún cuando cabría entenderlo derogado por la disposición general derogatoria de la Ley, en cuanto se puede interpretar que el nuevo deber de colaboración del propietario no le lleva a responder por lo ajeno.

68. En la Sentencia de 22 de febrero de 1993 (Ar. 684), el Tribunal Supremo analiza un supuesto en que habiendo resultado culpable el capitán del buque, la Administración acuerda su decomiso. El Tribunal Supremo considera que la propia norma exige el respeto del medio de transporte cuando su propietario no haya participado en los hechos, por lo que al resultar de aplicación al caso analizado, procedía la anulación del decomiso. A pesar de que la anulación derivaba de los propios términos del precepto, el Tribunal Supremo realiza una labor interpretativa favorable a los principios del Derecho Sancionador frente a los principios del Derecho Civil. El Tribunal Supremo parte de dos preceptos: el art. 5 de la Ley de Contrabando que dispone

rrección, vía interpretativa, de la responsabilidad derivada de la propiedad, alcanza incluso a supuestos en que la responsabilidad del propietario se encontraba expresamente prevista en la normativa. Así, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, han tenido la oportunidad de corregir la previsión del Reglamento de Circulación de 1934 que declaraba la responsabilidad subsidiaria del propietario por los hechos cometidos por el conductor⁶⁹. En efecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 219/1988, de 22 de noviembre, consideró contraria al art. 24.1 de la Constitución, la sanción impuesta al propietario del vehículo sin llevar a cabo las diligencias necesarias para identificar el autor de los hechos, ya que el precepto examinado no puede convertirse en una presunción “iuris et de iure”, por cuanto ello supondría “un indebido traslado de responsabilidad perso-

que toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los siguientes bienes y efectos salvo que pertenezcan a un tercero que no haya participado en la infracción de acuerdo con los requisitos allí establecidos, “siendo requisito ineludible que los dueños de los vehículos embarcaciones o caballerías los tengan inscritos a su nombre en los Registros matrículas o repartimientos, con anterioridad a la fecha en que la infracción fue cometida, y que esté al corriente en el pago de las contribuciones o impuestos procedentes”; y el art. 618 del Código de Comercio que señala que el naviero será responsable civilmente con los terceros que hubieren contratado con él “de las pérdidas multas y confiscaciones que se impusieren por contravenir las Leyes y Reglamentaciones de Aduanas, Policía, Sanidad y Navegación”. A partir del marco descrito, señala el Tribunal Supremo que “no se pueden confundir dos aspectos eminentemente distintos del Ordenamiento Jurídico, como son el derecho privado y el público, e identificando ambos, aplicar a una materia punitiva como es la de contrabando, los preceptos establecidos en un código de derecho privado, como es el de Comercio... en el presente caso, no nos hallamos ante una responsabilidad derivada de un contrato, regido, en todo caso, por el Código de Comercio y disposiciones que lo complementan sino de una responsabilidad “ex delicto” y por lo tanto, si no se declara una responsabilidad penal, de la que se derive la imposición de una pena principal, no puede aplicarse una pena accesoria a quien fue penalmente absuelto”.

Resulta asimismo expresiva de este criterio jurisprudencial, la Sentencia de 12 de julio de 1996 (Ar. 9081). Dicha Sentencia anuló el acuerdo de la Administración de Aduanas en virtud del cual, sin perjuicio de su absolución en cuanto a la infracción consistente en la importación ilegal del automóvil por haber sido un comprador de buena fe, le requirió para que abonase los derechos de matrícula. El Tribunal Supremo entendió que la garantía real a favor de la Hacienda Pública a que se refiere el art. 74 de la Ley General Tributaria cesa cuando el poseedor resulte ser un tercero protegido por la buena fe pública y además tiene un carácter subsidiario para el caso de que no sea posible cobrar el impuesto al sujeto pasivo.

69. Señala el art. 278 del Reglamento de Circulación, aprobado por Decreto de 25 de septiembre de 1934 que “si el conductor responsable de la infracción no fuese conocido, las primeras medidas del procedimiento se dirigirán a su identificación, a cuyo efecto se notificará la denuncia al titular del vehículo o al propietario de los animales, interesando los datos de dicho conductor, con la advertencia de que podrá verse obligado al pago de la sanción pecuniaria, que en su caso corresponda a la infracción, si aquélla no se lograrse”. Como he indicado anteriormente considero que este precepto no se encuentra vigente, a pesar de que no está expresamente derogado, como consecuencia de la nueva regulación de la Ley de Seguridad Vial. El doble plano consistente en que ambos regulan de forma diferente las consecuencias de una misma situación, me lleva a entender que debe primar el de la norma vigente.

nal (no de responsabilidad civil subsidiaria), a persona ajena al hecho infractor, al modo de una exigencia objetiva⁷⁰. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha considerado que la sanción al propietario, sin previa acreditación de su participación en los hechos de acuerdo con el precepto citado del Reglamento de Circulación, era contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia⁷¹. Pero incluso, esta labor correctora jurisprudencial alcanza a materias que, como el transporte, el interés público exige una intensa intervención administrativa, y normalmente un mayor deber del cuidado debido. Así, en materia de autotaxis el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación del precepto dentro de una responsabilidad subjetiva y no automática del propietario del vehículo⁷².

70. En la Sentencia comentada, el Tribunal Constitucional examinó el recurso de amparo interpuesto contra la sanción en materia de tráfico impuesta al propietario del vehículo consistente en una multa de 12.000 pts. y suspensión temporal del permiso de conducir. Según los datos que constan en los antecedentes, la Delegación Provincial de Tráfico comunicó al propietario la denuncia formulada por exceso de velocidad, con las advertencias establecidas en el art. 278 del Reglamento de Circulación. El propietario alegó no haber sido el conductor del vehículo "proponiendo como prueba testifical la de su esposa y afirmando desconocer quién condujera el automóvil el día de los hechos, admitiendo como probable que lo hiciera alguno de sus hermanos, si bien ninguno de ellos lo recordaba". El Gobierno Civil, sin practicar diligencia alguna, sancionó al propietario.

71. La Sentencia de 14 de mayo de 1991 (Ar. 3895), con ocasión de una sanción impuesta al propietario de un vehículo recuerda la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y señala textualmente que "un vehículo suele ser utilizado por personas distintas y no puede, en ningún caso, servir de apoyo a una resolución sancionatoria, siendo obligado, por tanto concluir, que castigar al recurrente, como lo fue como autor de una infracción de exceso de velocidad, o velocidad limitada, vulneraría el derecho fundamental a ser tenido por inocente toda vez que no existen en el expediente actuaciones que prueben que fuera él el infractor del límite de velocidad existente en el lugar de los hechos, procediendo en consecuencia, la desestimación del recurso de apelación".

72. La Sentencia de 8 de junio de 1990 (Ar. 5379), examina la sanción impuesta a un taxista por una infracción tipificada en el Reglamento del servicio urbano de transportes en automóviles ligeros con conductor, en el Municipio de Palma de Mallorca. Tipifica como infracción "confiar los vehículos a conductores no provistos del permiso municipal de conductor de vehículos de alquiler urbano, o sin alta en la cotización de la Seguridad social, ni siquiera para concurrir a las revisiones o al lugar de custodia o taller".

El Tribunal Supremo realiza una interpretación de acuerdo con el derecho a la presunción de inocencia, entendiendo que no se había acreditado que el titular de la licencia hubiese cedido el vehículo a su hijo, sino que según constaba en el expediente, había sido la mujer del titular quien lo había hecho ante el desconocimiento del dueño del taxi. En concreto, "se había comprobado que entre doce y media y una del día 19 de marzo de 1986, el autotaxi del recurrente era conducido por la Avenida de Aragón de la ciudad de Palma de Mallorca por Juan L. hijo del recurrente, que carecía de aquel entonces del mencionado permiso municipal, y no se hallaba dado de alta en la cotización de la Seguridad social, pero no se puede decir lo mismo de los otros dos requisitos, pues la realidad es que del expediente no resulta la intervención personal del sancionado en el acto de ordenar a Juan P.L. conducir el automóvil, pues de las actuaciones resulta que las llaves del autotaxi le fueron entregadas por la esposa del recurrente, sin su conocimiento y sin conocer, asimismo, las responsabilidades que de ello derivaban".

En conclusión, puede afirmarse que en relación con la responsabilidad del propietario las soluciones normativas y jurisprudenciales no han resultado siempre coincidentes. Por una parte, el ordenamiento jurídico admite diversas soluciones normativas, cuya explicación podría encontrarse, al igual de lo que hemos visto en relación con otras situaciones derivadas de un deber de control, en las propias necesidades del sector regulado que se materializa en una distinta intensidad del deber que la norma exige del propietario. Pero el Tribunal Supremo no parece encontrar en esta materia una suficiente justificación para aceptar una responsabilidad de carácter objetivo y tiende a interpretar el ordenamiento conforme al principio de personalidad de las sanciones, que lógicamente exige la debida participación en los hechos⁷³. Como hemos visto, incluso en sectores como el de transportes, en los que el interés público exige una intervención administrativa muy intensa, el Tribunal Supremo no acepta un tipo de responsabilidad objetiva. En mi opinión, resulta plenamente razonable el planteamiento típicamente penalista que ha seguido el Tribunal Supremo, incluso más allá del propio contenido normativo, pues no existen en esta cuestión unos perjuicios concretos y específicos para la colectividad que permita aplicar una responsabilidad objetiva a estos supuestos⁷⁴.

En todo caso, cabría puntualizar que la responsabilidad del propietario del medio de transporte puede coincidir, en algunas situaciones, con el supuesto de su responsabilidad como titular de la actividad por las acciones de sus empleados (la infracción de falta de documentación del conductor de un medio de transporte, en cuanto el autor sea, además, empleado de una empresa de transporte) no deja de ser en definitiva una variación del deber de todo titular de una actividad de vigilar la actuación de las personas que se encuentran dentro de su círculo organizativo, por lo que, en definitiva, puede reconducirse al problema examinado anteriormente,

73. Efectivamente, este planteamiento encuentra una posible quiebra en la previsión de la legislación en materia de transportes. Pero asimismo hemos visto cómo esta previsión resulta explicable en la doble condición de propietario y titular de la actividad; la responsabilidad del titular y propietario de los hechos cometidos por el conductor y empleado tiene unas evidentes conexiones con la responsabilidad por hechos de los empleados, cuya relación hemos visto que justifica una responsabilidad difícilmente defendible únicamente por la condición de propietario del medio de transporte.

74. Dentro de la materia de contrabando, por ejemplo, es evidente que el propietario del transporte también podría además participar en la comisión de la acción ilícita. Pero en este caso su responsabilidad no asumiría la del conductor, sino que respondería por su participación con independencia de la que derivase de la actuación del conductor.

lo cual permite una solución a la responsabilidad del propietario-titular de la empresa más cercana a la responsabilidad objetiva⁷⁵.

5.2. Posesión.

De forma similar a la situación que hemos analizado con respecto de la propiedad, el ordenamiento jurídico ha establecido la responsabilidad directa derivada de la posesión de la "cosa" en algunos sectores relacionados con el tráfico comercial, de tal manera que imputa el hecho ilegal a quien detecta la posesión del objeto. En materias pertenecientes a ámbitos tan distintos como el contrabando o la producción y comercialización de productos, pueden encontrarse esta clase de imputaciones⁷⁶. Pero en este caso, a diferencia del criterio examinado respecto de la propiedad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sugiere una diferente posición en función de las diversas necesidades de cada sector. Así, ha considerado ajustada a Derecho la previsión normativa en materia de alimentos que imputa al tenedor las deficiencias de algunos productos⁷⁷. Para ello, ha empleado desde argumentos genéricos, como la inexistencia del elemento culpable dentro de la infracción administrativa, hasta aspectos específicos del orden analizado, como el deber extremado que es exigido por el interés público inherente a la protección de la salud pública⁷⁸. Por el contrario, en materia de contrabando el Tribunal Supremo

75. Creo que esta interpretación resulta coherente con la propia dicción del texto normativo. El art. 138.1.b) de la Ley 16/87 declara la responsabilidad en el supuesto de actividad sin título administrativo "a la persona física o jurídica titular de la actividad, o propietario del vehículo". En mi opinión, este último inciso cabe entenderlo como una situación residual en cuanto que el propietario del vehículo pueda responder de la actividad del conductor derivada de una cierta relación de dependencia.

76. Normalmente, la norma establece una presunción de responsabilidad "iuris tantum". Así en materia de alimentación el art. 9 del R.D. 1945/1983, 22 de junio, que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, señala que de las infracciones cometidas en productos a granel, será responsable el tenedor de los mismos, excepto cuando se pueda identificar la responsabilidad de manera cierta, de un tenedor anterior. Asimismo, en materia de contrabando, el art. 373 del Decreto de 17 de octubre de 1947 (R. 1097) por el que se aprobaron las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas señala que "el tenedor de géneros extranjeros que no justifique la legal tenencia de los mismos, así como tampoco de quien los haya obtenido, ha de reputarse importador ilegal de dichos géneros.

77. Señala el art. 9.4 del R.D. 1945/1983, de 22 de junio que "de las infracciones cometidas en productos a granel será responsable el tenedor de los mismos, excepto cuando se pueda identificar la responsabilidad de manera cierta, de un tenedor anterior".

78. La Sentencia de 10 de febrero de 1988 (Ar. 1121), afirma que se trata de obligar a que todos extremen el rigor de comprobación de las condiciones de las mercancías. Asimismo, la Sentencia de 11 de junio de 1991 (Ar. 4680), recuerda el contenido del art. 9.4 del R.D. 1945/1983, de 22 de junio, donde no se requiere un ánimo

ha corregido la imputación de hechos fundamentada en la tenencia de objetos; no es el supuesto infractor quien debe acreditar la procedencia legal, sino la Administración quien debe acreditar su ilegal importación. Esta doctrina le ha llevado a interpretar el contenido del precepto normativo de acuerdo con el Derecho Constitucional a la presunción de inocencia, y en aplicación del mismo a exigir una adecuación del contenido de la norma a las nuevas exigencias constitucionales; y ello tanto en sectores del ordenamiento en los que la legislación no establecía una regulación expresa al respecto⁷⁹, como en algún caso en el que la normativa expresamente imputaba la infracción al tenedor de objetos de esta naturaleza⁸⁰.

o voluntariedad, “en definitiva porque la falta de la debida atención del sancionado sería la causa última de la infracción y debe ser imputada a aquél aunque sea a título de culpa”.

79. La Sentencia de 23 de octubre de 1992 (Ar. 8268), examina la sanción al propietario de un caserío al encontrar ganado no declarado en el inmueble, sin recibirle declaración. El Tribunal Supremo considera que la sanción se fundamentó en una presunción de propiedad o posesión sobre el ganado propia del orden civil, pero contraria a la presunción de inocencia, propio del derecho punitivo. Señala textualmente lo siguiente: “Se podrá presumir, a efectos civiles, que la posesión de un inmueble supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro, ya que así lo establece el art. 449 CC. Pero no se puede acudir a esta presunción, contenida en una norma civil, para extraer la conclusión de que el propietario de inmuebles es autor de una infracción de contrabando cuando los objetos hallados en el interior del inmueble son géneros que, debiendo haber abonado impuestos aduaneros, no los pagaron. La presunción que establece el código civil es aplicable cuando lo que se discute sean relaciones civiles, pero no cuando esta presunción “iuris tantum” tenga transcendencia penal, y en virtud de ella se impone una sanción. En contra de estos principios, la sentencia que parte de esta presunción, impone al sancionado la obligación de demostrar que no es él ni el dueño, ni el poseedor del ganado hallado en el inmueble de su propiedad, invirtiendo así el principio, básico del derecho penal, de que es quien niega la presunción de inocencia quien debe destruirla mediante prueba suficiente”.

80. En la Sentencia de 26 de diciembre de 1988 (Ar. 10299), el Tribunal Supremo considera inconstitucional el art. 373 del Decreto de 17 de octubre de 1947 (R. 1097) por el que se aprobaron las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas, por entenderlo contrario al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Dicho precepto establecía que el “tenedor de géneros extranjeros que no justifique la legal tenencia de los mismos, así como tampoco de quien los haya obtenido, ha de reputarse importador ilegal de dichos géneros”. Señala textualmente el Tribunal Supremo que “resulta evidente que contradice aquella primera y prevalente presunción constitucional de inocencia la conclusión apriorística e inductiva de que es “importador ilegal” por la sola tenencia de géneros extranjeros” salvo justificación de su lícita procedencia por el poseedor. Esta presunción “Ex lege”, podrá servir quizá (y no es ahora el momento de afirmarlo o negarlo), en el momento estricto de la potestad tributaria, a los efectos de configurar el hecho imponible (entrada en el territorio aduanero) y obtener la cuota (derechos arancelarios), pero carece de eficacia en el sector de la potestad sancionadora para liberar a la Administración de toda actividad probatoria e imponérsela al dueño o poseedor de la mercancía que, en el presente caso, se supone a su vez de origen extranjero, olvidando que el marfil lo es, con mucha frecuencia, pero no siempre y necesariamente. En definitiva, ...consideramos que esta lectura del art. 373 de las Ordenanzas de Aduanas (Ley preconstitucional) ha perdido toda fuerza por oponerse al art. 24 de la Constitución, en virtud de su disposición derogatoria tercera”.

En efecto, dentro de la jurisprudencia el Tribunal Supremo puede encontrarse esta diversidad de tratamiento entre los diferentes sectores del ordenamiento: así, en un ámbito del ordenamiento como el de consumo, viene normalmente a justificar la responsabilidad objetiva del poseedor y respeta, por tanto, la opción normativa, y, por el contrario, en otro sector del ordenamiento como el de contrabando, viene proclamando la incompatibilidad de la responsabilidad objetiva del mero tenedor, lo que le ha llevado a corregir tanto la aplicación de la norma, como la propia previsión normativa que contemplaba tal presunción. En un ámbito del ordenamiento (consumo), el poseedor debe acreditar su no participación en los hechos (mediante la, más que difícil, acreditación de que el autor de la infracción, fue un tenedor anterior) y en el otro sector normativo (contrabando), es la Administración la que tiene la carga de acreditarlo. En este caso, el Tribunal Supremo ha detectado, aunque no lo señale expresamente, situaciones que permiten optar por soluciones diferentes y creo que dichas diferencias se pueden explicar, nuevamente, en función del posible perjuicio o daño para la colectividad. Efectivamente, en el primer caso, en la materia de alimentos, el propio Tribunal Supremo ha justificado la opción normativa por exigencias del interés público existente, ya que la protección de la salud pública permite establecer responsabilidades de esta clase, pues las consecuencias para la colectividad de la falta de adecuación de los alimentos, son evidentes. Y por el contrario, las consecuencias de una mayor protección de los posibles infractores en materia de contrabando no ponen en peligro ningún interés público o riesgo de la colectividad que justifique una regulación menos respetuosa con las garantías del administrado⁸¹.

En definitiva, la opción sobre la responsabilidad objetiva vuelve a dibujar una línea discontinua que quiebra o pierde al menos intensidad, en función de las exigencias del interés público. Cuando los posibles efectos, o el grado de calidad de toda la colectividad depende del deber de atención de aquéllos que participan en el proceso, quebrarán los derechos del partícipe; y en el caso de la regulación

81. Por ello creo especialmente sugerente la justificación de la responsabilidad objetiva para la materia de alimentos, no dentro de un planteamiento abstracto y general, sino concreto en relación con la materia que examina. Así, según adelantaba anteriormente, considero que en esta materia concurre un interés público que permite atribuir al tenedor un deber extremo de cuidado y atención sobre los productos adquiridos que le obliga a examinar su estado. En concreto, el Tribunal Supremo señala que "el objetivo a cumplir por la norma -velar por la salud pública- es tan alto, que justifica la adopción de esta medida, como responsabilidad objetiva del tenedor de la mercancía. (STS de 10 de febrero de 1988, Ar. 1121).

alimentaria, la protección del consumidor final puede justificar la exigencia de un deber constante de vigilancia para todos los eslabones de su producción. Por el contrario, cuando las consecuencias derivadas de la actividad, por ejemplo contrabando, no conllevan un peligro general para toda la sociedad, cabe prescindir de los criterios cercanos a la responsabilidad objetiva.

6. Conclusiones.

1.- A modo de recapitulación puede afirmarse que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha construido sobre la inexistencia de una voluntad propia. Las dificultades para admitir un reproche a quien carece de voluntad, ha llevado a la necesidad de entender que las personas jurídicas toman prestada tal voluntad del empleado que ha realizado la acción punible. Este planteamiento se ha visto apoyado por la admisión de una posible vía de regreso del empresario frente al empleado que permita repercutir la sanción abonada. Todo ello, según hemos visto, sugiere una intención de respetar planteamientos tradicionales del Derecho Penal –la conexión entre voluntad y persona humana– y, de establecer un sistema que dote de eficacia al sistema sancionador a través de fórmulas más cercanas al Derecho Civil.

Pero como hemos podido comprobar, esta construcción no permite explicar el panorama general de nuestro ordenamiento, ya que nuestro derecho positivo prevé diversas fórmulas en casos de concurrencia de posibles responsables dentro de un mismo círculo organizativo. Como hemos visto, la explicación de la responsabilidad de las personas jurídicas, fundamentada en la voluntad del empleado, permite explicar los sistemas de imposición directa al titular sin perjuicio de la acción de regreso, pero no permite explicar las previsiones de una responsabilidad independiente del titular y del empleado, dado que según dicha explicación, el sistema de una responsabilidad independiente conllevaría una vulneración del principio “non bis in idem”. En mi opinión, el claro y expreso reconocimiento de una voluntad propia de las personas jurídicas permitiría dotar de una explicación coherente al Derecho Sancionador. En un plano teórico, aunque el reconocimiento de una voluntad propia de las personas jurídicas se enfrenta con el planteamiento vigente en el Derecho Penal, lo cierto es que la propia doctrina penalista viene planteando de forma cada vez más insistente la necesidad de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual permite defender que su reconocimiento,

además de explicar de forma más coherente el sistema sancionador, no atenta a criterios estructurales punitivos insalvables.

2.- Por otra parte, de los diferentes sistemas normativos de imputación de responsabilidad a los titulares de actividades económicas, la posibilidad de un doble reproche, al titular y al empleado, ofrece, en mi opinión, las mismas posibilidades de eficacia administrativa que cualquier otra y contiene unas mayores dosis de coherencia teórica. Efectivamente, como hemos visto, la imputación al titular sin perjuicio de la acción de regreso, resulta una fórmula que conlleva serios problemas en la práctica. Dichas dificultades podrían incluso aceptarse si ofreciera claras ventajas en aras de una eficacia administrativa que resultara inalcanzable por otra vía, lo cual, como hemos podido comprobar, no es así. Por el contrario, el sistema de responsabilidad independiente, permite lograr la misma eficacia de la sanción administrativa pues asegura, como mínimo, el mismo grado de efectividad que en el caso de que únicamente responda el titular de la actividad, y por otra parte, evita la aplicación de técnicas que, como la vía de regreso, conllevan graves problemas para su materialización en el orden sancionador.

3.- Esta doble posibilidad no significa que el titular y el empleado deban ser sujetos activos de las mismas infracciones ni con el mismo alcance. Por el contrario la responsabilidad de uno y otro puede construirse con fundamentos distintos, en función de las propias necesidades del Derecho Sancionador.

Como se ha expuesto, la responsabilidad del titular de la actividad por incumplimiento del deber de control de su organización empresarial, que en términos civiles se refiere a la culpa "in vigilando" o "in eligendo", no resulta esencialmente incompatible con el elemento culpable, aunque, por otra parte, tal compatibilidad no significa tampoco que deba tener cabida en todo supuesto ya que por razones de política sancionadora puede resultar oportuno establecer en determinados supuestos una responsabilidad objetiva del titular de la actividad. El diferente funcionamiento del elemento culpable se podría fundamentar en las necesidades del interés público -y en concreto, en los posibles perjuicios para la colectividad- que puede llegar a justificar, en algunos casos, un cumplimiento tan riguroso de la normativa que se materialice en una responsabilidad objetiva. Pero en los demás supuestos, la diligencia podría limitarse a los supuestos propios que razonablemente cabe exigir en el control organizativo.

4.- La solución propuesta como más idónea, en relación con la responsabilidad

de los titulares de actividades económicas por las actuaciones de sus empleados, encuentra un argumento añadido en la solución generalmente admitida en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas por las actuaciones de sus administradores. En efecto, con carácter general, los diferentes sectores que han previsto la responsabilidad de las entidades como consecuencia de las actuaciones de sus órganos de administración, han previsto una doble posibilidad. Por una parte, las personas jurídicas son susceptibles de sanción por las acciones u omisiones de los administradores en todo caso y al margen de la existencia de un beneficio para la propia sociedad, pues los actos se consideran como propios de la persona jurídica, incluso, en contra de sus propios intereses. Pero, además, de la responsabilidad de la persona jurídica, el Derecho Sancionador contempla la posibilidad de sancionar a las personas físicas, que ostentando la condición de administradores, hubieran participado por acción u omisión, a título de dolo o culpa. Creo que esta solución normativa abunda en la necesidad de reconocer la responsabilidad de las personas jurídicas fundamentada en la existencia de una voluntad propia (lo contrario nuevamente supondría incurrir en una vulneración del principio "non bis in idem") así como en la conveniencia de unificar sistemas normativos en los supuestos de concurrencia de responsabilidades del titular de la actividad y de los empleados, con exclusión, por tanto, de la fórmula consistente en el reproche de la entidad sin perjuicio de la acción de regreso. Distinto, en fin, es el problema que conlleva la responsabilidad de quien actúa como representante o mandatario voluntario y puntual de un tercero. En este caso, ningún motivo justifica la exclusión de una responsabilidad en función de la efectiva participación que concurra de uno u otro y por tanto, por cuanto ningún motivo permite justificar la necesidad de atribuir la responsabilidad exclusivamente a uno u otro (mandante o mandatario), ya que el marco punitivo -donde cabe la responsabilidad de ambos, en función de su efectiva participación- constituye un parámetro plenamente aplicable al Derecho Sancionador.

5.- Por su parte el panorama normativo y jurisprudencial sobre la responsabilidad derivada de la propiedad de un medio o instrumento utilizado en la comisión de la infracción, y de la posesión o tenencia de un objeto ilícito, permite defender asimismo que la responsabilidad sancionadora tiene un carácter heterogéneo en función de las exigencias del interés público concurrente. En relación con la responsabilidad derivada de la propiedad del medio de transporte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha encontrado, a pesar incluso de la propia regulación normativa, justificación alguna para separarse del criterio de responsabilidad per-

sonal y a título de culpa. Por el contrario, en materia de posesión o tenencia de un objeto ilícito, el criterio resulta diverso: cuando los posibles efectos, o el grado de salud de toda la colectividad depende del deber de atención de aquellos que participan en el proceso, quebrarán los derechos del partícipe. Por el contrario, cuando las consecuencias derivadas de la actividad, por ejemplo contrabando, no conlleven un peligro general para toda la sociedad, cabe prescindir de los criterios cercanos a la responsabilidad objetiva.

7. Responsabilidad en el supuesto de pluralidad de autores que actúan desde diversas posiciones externas.

7.1. Introducción. Panorama normativo.

En el apartado anterior hemos tenido la oportunidad de examinar parte de los problemas que se derivan de la responsabilidad de una posible coautoría, con motivo del examen de la responsabilidad de los titulares de actividades económicas por los hechos de sus empleados, en la medida que dentro de una misma organización económica puede concurrir una doble responsabilidad, la del titular de la actividad y la del empleado, directo autor de la infracción. Pero junto a dichos supuestos, coexisten otros casos de coautoría cuando en relación con un mismo hecho participan diversas personas -físicas o jurídicas- desde posiciones jurídicas independientes (diversas empresas que vierten a aguas públicas, el constructor y promotor de una vivienda ilegal, varias personas que talan árboles sin licencia, ...etc).

Se trata de una cuestión que ha dado lugar a soluciones normativas dispares y sobre la que, además, existe una diversidad de posturas jurisprudenciales e incluso doctrinales, de tal manera que puede afirmarse que el estado en que actualmente se encuentra el tratamiento jurídico de la responsabilidad en caso de pluralidad de agentes, no resulta todo lo claro que sería deseable.

En concreto, desde un punto de vista normativo, las legislaciones administrativas de carácter sectorial contemplan, tanto fórmulas de responsabilidad de carácter independiente de cada uno de los sujetos participantes, como sistemas de responsabilidad conjunta, bien mancomunada o bien solidaria. Son ejemplos de responsabilidad independiente las legislaciones en materia urbanística y en materia de costas, que prevén tantas sanciones como personas responsables concurren en

cada caso⁸². De la responsabilidad de carácter mancomunado, constituye un ejemplo claro la normativa en materia de montes, donde una misma sanción se reparte entre todos los participantes, por lo que el órgano sancionador debe determinar la parte proporcional correspondiente a cada infractor⁸³. Y, por último, dentro de la responsabilidad de carácter solidario, pueden distinguirse diferentes modalidades. Por una parte, se encuentran las legislaciones que la declaran con carácter general respecto de cuantas responsabilidades se deriven del ilícito correspondiente, y no solamente de la sanción⁸⁴, y de otra parte, la normativa que la determina de forma específica en relación con la responsabilidad sancionatoria⁸⁵. A su vez, dentro de este último supuesto en que se declara la solidaridad únicamente respecto de la responsabilidad sancionadora, pueden distinguirse tres bloques diferentes de normas:

a) Las que declaran la responsabilidad solidaria, especificando expresamente los personas sujetas a responsabilidad sancionadora⁸⁶.

b) Aquellas normas que la declaran con carácter genérico e indeterminado para cuantas personas hayan podido participar⁸⁷.

82. Señalaba el art. 264 TRLS aprobado por R.D.L. 1/1992, de 26 de junio lo siguiente: "En las obras que se ejecutasen sin licencia o con inobservancia de sus cláusulas serán sancionados por infracciones urbanísticas el promotor, el empresario de las obras y el técnico director de las mismas". -En idénticos términos el art. 228.1 del TRLS de 1976, hoy día de aplicación supletoria-. Por su parte, el art. 267 del TRLS de 1992 indicaba que "las multas que se impongan a los distintos sujetos por una misma infracción tendrán entre sí carácter independiente". -En idénticos términos, asimismo de aplicación supletoria, el art. 228.4 del TRLS de 1976-.

Dentro de este mismo planteamiento, el art. 177 del R.D. 1471/1989, de 1 de diciembre, que aprobó el Reglamento General para el desarrollo de la Ley de Costas, señala en su apartado 2: "En caso de existir más de un sujeto responsable de la infracción, se impondrá la multa con carácter independiente a cada uno de ellos." O, en fin, el art. 33.2 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que señala "en caso de existir más de un sujeto responsable de la infracción o que ésta sea producto de la acumulación de actividades debidas a diferentes personas, las sanciones que se impongan tendrán entre sí carácter independiente."

83. Señala el art. 454 del Decreto 485/1962, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Montes que "cuando sean dos o más los infractores, la autoridad correspondiente señalará la cuota proporcional de la multa que debe satisfacer cada uno de ellos".

84. El art. 155.2 d) del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto de 24 de julio de 1968 (R. 1584), señala que "la responsabilidad de los infractores será solidaria tanto en relación con el pago de las multas impuestas como de las sanciones y obligaciones contenidas en este artículo".

85. El art. 75 de la Ley 13/1985, de 25 de junio sobre Patrimonio Histórico señala lo siguiente: "Serán responsables solidarios de la infracción o delito cometido cuantas personas hayan intervenido en la exportación del bien y aquellas otras que por su actuación u omisión dolosa o negligente la hubieran facilitado o hecho posible".

86. El art. 32 de la Ley 10/1998 de 21 de abril, de Residuos señala lo siguiente: "La responsabilidad será solidaria "cuando el productor o el gestor de residuos hagan su entrega a persona física o jurídica distinta de las señaladas por esta Ley".

87. El propio art. 75 de la citada Ley 13/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico.

c)Y en tercer lugar, aquéllas que la declaran con carácter puntual para algunos supuestos, o con carácter excepcional⁸⁸.

Desde una perspectiva general creo que resulta imposible intentar explicar las causas por las que el ordenamiento ha adoptado diferentes soluciones, ya que en ocasiones, incluso dentro de un mismo un sector, la legislación ha previsto, alternativamente, la responsabilidad independiente y solidaria a lo largo del tiempo⁸⁹. Lo que sí parece claro es que de las tres alternativas que regulan las diferentes legislaciones sectoriales, (independiente, mancomunada y solidaria) ha terminado prevaleciendo la responsabilidad solidaria, ya que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRAP y PAC), dentro de la regulación general del sistema sancionador ha previsto este sistema de responsabilidad⁹⁰. Por tanto, parece claro que la opción normativa más importante sobre esta cuestión tiene un marcado carácter civilista⁹¹ y resulta ajena al Derecho Penal donde, como es sabido, la responsabilidad de cada uno de los sujetos activos de la infracción es independiente y autónoma.

88. Como ejemplo del carácter excepcional, el art. 37 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de Espacios Naturales señala que la responsabilidad será solidaria "cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas". O, el propio art. 32 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos: "b) Cuando sean varios los responsables y no fuese posible determinar el grado de participación de las diferentes personas físicas o jurídicas en la realización de la infracción."

89. El art. 46 del R.D. 877/1987 que en desarrollo de los Reales Decretos-Leyes 16/1977, de 25 de febrero, y 2/1987, de 3 de julio, aprobó el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, señalaba que las infracciones por incumplimiento de los requisitos que debe reunir la máquina serán imputables solidariamente, al titular del negocio desarrollado en el establecimiento donde se encuentre instalada, y a la empresa operadora titular de aquélla, sin perjuicio de la responsabilidad que por estos hechos pueda corresponder al fabricante o importador". El R.D. 593/1990, de 27 de abril por el que se aprobó el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, que sustituyó al anterior como consecuencia de la Ley 34/1987, de 26 de diciembre, sobre potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de juegos de suerte, envite o azar, recogía textualmente en su art. 65 el citado art. 46, pero suprimiendo el término "solidariamente", por lo que habría que entender que la responsabilidad de ambos es independiente.

90. Señala el art. 130.3 de la L.R.J.A.P. y P.A.C. que "cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso cometan y de las sanciones que se impongan".

91. El art. 1137 CC establece que "la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a éstos cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria". La jurisprudencia ha corregido la necesidad de hacerlo constar expresamente. Basta para el Tribunal Supremo que exista una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores. El Código Civil establece expresamente algunos supuestos de responsabilidad solidaria: arts. 1084, 1731, 1784 y 1890 CC. El art. 107 CP señala asimismo que "la responsabilidad civil de los autores, cómplices y encubridores tendrá carácter solidario, entre sí, por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables".

Desde un punto de vista jurisprudencial y doctrinal, esta solución normativa ha sido objeto de posturas asimismo diferentes. Por una parte, el Tribunal Constitucional y un gran sector en la doctrina, han considerado que la responsabilidad solidaria es adecuada a la Constitución, si bien dentro de determinadas reglas de funcionamiento, como luego veremos. Por el contrario, el Tribunal Supremo, -además de algún autor en la doctrina-, sigue manteniendo, de forma constante y uniforme, una línea jurisprudencial contraria a esta responsabilidad, por considerarla incompatible con los principios de Derecho Penal.

En definitiva, pues, no constituye una cuestión pacífica ni en un plano normativo ni en el ámbito jurisprudencial. Y en mi opinión, el desacuerdo sobre esta técnica pone nuevamente de manifiesto la tensión que existe en el Derecho Sancionador entre eficacia administrativa -y en este sentido parece lógico entender que la responsabilidad solidaria ofrece una mayor dosis de eficacia al sistema sancionador- y técnicas propiamente penales, que lógicamente dotan de una mayor garantía a la posición del ciudadano, pues la responsabilidad independiente individualiza de una forma más clara la responsabilidad del supuesto infractor. Y creo, al igual que he señalado en relación con otras figuras que hemos examinado, que la solución ni debe responder a una visión estrictamente penalista del Derecho Sancionador, ni debe limitarse a asumir técnicas del Derecho Civil sin un previo examen de las ventajas e inconvenientes que plantea su aplicación al Derecho Sancionador, pues como ha señalado A. NIETO al examinar esta cuestión, uno de los problemas que conlleva la extrapolación de figuras del Derecho Civil consiste en la forma incoherente o desnaturalizada con que el Derecho Sancionador las regula⁹², lo cual, cabría añadir, supone en muchos casos un vaciamiento de su contenido y de los objetivos que dentro del Derecho Civil persiguen.

Por ello, creo que el examen sobre la responsabilidad solidaria debe intentar aclarar en qué medida es posible una aplicación mínimamente coherente, e incluso en caso de que el encaje no resulte claro, en qué medida las ventajas que ofrece al Derecho Sancionador permite justificar tales incoherencias; o por el contrario, en

92. Señala, en concreto, este autor que "a la vista de este panorama normativo y jurisprudencial resulta inevitable que surja una cierta sensación de confusión, dado que aquí no se encuentran perfiladas con la suficiente nitidez las figuras de la responsabilidad que ha elaborado la dogmática desde hace muchos años, sobre el modelo del código civil, y que constituyen el marco conceptual imprescindible de todo jurista". Derecho Administrativo Sancionador, op. cit., pág. 327.

qué medida la extrapolación de una fórmula civil no resulta justificada por cuanto las posibles ventajas pueden alcanzarse a través de sistemas de mayor coherencia teórica. Para ello, tras recordar someramente las reglas de funcionamiento de la responsabilidad solidaria y mancomunada en el Derecho Civil, analizaré el alcance de la responsabilidad solidaria en el orden sancionador a fin de poner de manifiesto cuáles pueden ser dichas ventajas y el alcance de los inconvenientes que conlleva y, en definitiva, cuáles son los motivos, y con ello adelanto mi conclusión, que permiten considerar injustificada la aplicación de la responsabilidad solidaria.

7.2. Responsabilidad solidaria y derecho sancionador.

7.2.2. *La configuración civil de la solidaridad y su aplicación al Derecho Sancionador.*

El Derecho Civil contempla la responsabilidad solidaria tanto para relaciones nacidas de un contrato como para situaciones legalmente previstas. Como es sabido, en la responsabilidad solidaria cada uno de los deudores responde por la totalidad de la deuda y como consecuencia de ello, la característica fundamental es la propagación de las consecuencias de los actos de los codeudores al resto⁹³. De la regulación civil de la responsabilidad solidaria se infiere sin dificultades que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente⁹⁴, sin perjuicio de la acción de reembolso que el deudor que haya abonado la cantidad tiene frente a los otros deudores solidarios⁹⁵. De acuerdo con este sistema de relaciones, el Código Civil permite que el deudor reclamado pueda oponer las excepciones que derivan de la naturaleza de la obligación, las personales del deudor demandado y las personales de los otros deudores⁹⁶. Este sistema se diferencia de la responsabilidad mancomunada en que aún

93. En concreto, J.L. LACRUZ BERDEJO señala que "... nótese bien, esta propagación de efectos de los actos de cada codeudor a los otros, atañe al cumplimiento (o incumplimiento) de la deuda; no a la declaración judicial o extrajudicial de existencia del vínculo de solidaridad, que deberá realizarse frente a todos o por todos los deudores", Elementos de Derecho Civil II, pág. 56.

94. Art. 1144 CC.

95. Señala el art. 1145 CC que "el deudor que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo; pero la falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno".

96. Señala el art. 1148 CC que el deudor solidario "podrá utilizar todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás, sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables".

teniendo asimismo un origen común, se manifiesta de forma independiente, por lo que cada deudor responde y debe únicamente la parte que le corresponde⁹⁷. Como señala M. ALBADALEJO “se dice que existe mancomunidad cuando cada deudor debe y cada acreedor tiene derecho sólo a una parte de la prestación total”. En consecuencia la mancomunidad presupone una deuda única que se fracciona en función del número de deudores, configurando la relación de cada deudor por la parte que debe como independiente de todas las demás⁹⁸.

La aplicación de la responsabilidad solidaria al orden sancionador puede responder a contenidos diferentes en función del cuál se considere el contenido de la obligación común entre los coinfractores, así como de las reglas de funcionamiento entre ellos, que puede resumirse en los siguientes términos:

1.- Desde el punto de vista de la obligación común, cabe realizar dos interpretaciones sobre el alcance del “quantum” de la sanción que debe abonar el infractor sobre el que se actúa: bien que el “quantum” del importe por el que debe responder ante la Administración está constituido por una sola sanción prevista en la norma para la infracción cometida –vr. gr. una multa de 100.000 pts-; o bien, cabe interpretar que el importe por el que responde el infractor sobre el que actúa la Administración –sin perjuicio de su acción interna frente a los demás coinfractores- está constituido por la suma de tantas sanciones como infractores hayan concurrido. Es decir, en caso de que la sanción por la realización de la infracción fuese de 100.000 pts. y fuesen tres los partícipes, el infractor sancionado respondería por la suma de tres multas de 100.000 pts. y en la acción de regreso reclamaría las multas imputables a los otros dos responsables, es decir 200.000 pts.

2.- Desde un punto de vista procedimental, la aplicación de la responsabilidad solidaria es susceptible asimismo de varias alternativas. Cabe entender que la Administración puede incoar expediente a uno sólo de los responsables solidarios sin

97. Como he recordado anteriormente, el art. 1137 CC establece que “la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o mas deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”.

98. Señala M. ALBADALEJO que “son pues, no sólo exigibles... por separado, sino también modificables, extinguibles (por medios distintos del pago: por ejemplo, por confusión, art. 1194), etc. independientemente; no supliendo unos deudores la insolvencia de otros (art. 1.139, última parte) ni indemnizando al acreedor sino cada uno por la culpa propia (art. 1.150, segunda mitad). Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones. Parte General, Librería Bosch, Barcelona, 1979, pág. 59.

perjuicio de la acción de regreso; o bien, cabe la posibilidad de entender que la Administración debe incoar expediente a todos los eventuales responsables de tal manera que la solidaridad despliegue sus efectos en el momento de hacer efectiva la sanción.

A partir de estos dos parámetros, los criterios de aplicación de la responsabilidad solidaria de mayor arraigo en el Derecho Sancionador pueden resumirse en dos. Por una parte, el criterio más asentado en la práctica administrativa permite a la Administración expedientar únicamente a uno de los responsables solidarios legalmente establecidos, sin perjuicio de la acción de regreso. A este criterio se contraponen un criterio más limitativo propuesto por la doctrina a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en virtud del cual la Administración debe incoar expediente sancionador a cuantas personas hayan participado en la realización de la infracción, de manera que la solidaridad funciona en el momento del cobro de las sanciones. Analizaré, pues, estos dos criterios que han permitido la aplicación de la responsabilidad solidaria y posteriormente examinaré el criterio del Tribunal Supremo que como he señalado es contrario a esta tesis, a fin de tener una perspectiva conjunta de las ventajas e inconvenientes de este sistema en el Derecho Sancionador.

7.2.3. Posibilidad de incoar expediente sancionador a cualquiera de los responsables solidarios.

Como he indicado anteriormente, de acuerdo con el criterio que la Administración habitualmente sigue en los que casos de responsabilidad solidaria⁹⁹, el órgano instructor se limita a incoar expediente sancionador a uno sólo de los posibles responsables previstos por la legislación. Además, la Administración normalmente impone, como consecuencia del expediente incoado, la cuantía correspondiente a una sola multa (no la suma de tantas multas como posibles autores)¹⁰⁰, es decir, la

99. Según hemos visto existen fundamentalmente tres fórmulas diferentes que establecen la responsabilidad solidaria: a) las que declaran la responsabilidad solidaria especificando expresamente los personas sujetas a responsabilidad sancionadora, b) aquellas normas que declaran responsables con carácter genérico e indeterminado, a cuantas personas hayan podido participar, c) y en tercer lugar, aquellas que la declaran con carácter puntual para algunos supuestos o con carácter excepcional. La primera de ellas es la más habitual en nuestro ordenamiento jurídico y la que posibilite realmente dirigirse contra una de ellos exclusivamente.

100. De acuerdo con el ejemplo que citaba en el apartado anterior es decir en el caso de que la multa prevista legalmente para la infracción fuese de 100.000 pts., la sanción a imponer al expedientado sería por este importe y no la suma de tantas veces este importe como responsables solidarios prevea la norma.

persona expedientada responde por el mismo importe –una sola multa– que si hubiese actuado sin la participación de otros coinfractores¹⁰¹. De esta manera la previsión de la responsabilidad solidaria, de acuerdo con esta aplicación, permite a la Administración elegir con cierta libertad a la persona a la que va a exigir la responsabilidad sancionadora, pero sin cargar sobre el infractor elegido la sanción que pudiera corresponder a terceros (insisto, no le impone varias multas sino una sola). La justificación de esta solución puede encontrarse en las ventajas que ofrece desde un punto de vista práctico a ambas partes. Por una parte, a la Administración, en la medida que le permite dirigirse contra uno de los responsables previstos en la norma y desentenderse del resto. Pero, desde el punto de vista del infractor, esta solución sugiere un tratamiento más beneficioso ya que además de que la sanción que se le impone no es distinta de la que le correspondería en el caso de haber actuado solo, tiene la ventaja de que puede ser repartida a través de la vía de regreso, lo cual, obviamente, nunca podría ocurrir en el caso de que la sanción fuese independiente. De esa manera, parece como si la comodidad que conlleva esta solución para la Administración, al poder dirigirse contra uno sólo de los diversos partícipes, estuviera implícitamente compensada con la posibilidad que tiene el infractor sancionado de alcanzar una situación más beneficiosa en el caso de que dicha sanción sea finalmente distribuida: la sanción es la misma que si hubiese actuado sólo, pero con la posibilidad de repercutir parte de la multa entre el resto de los participantes¹⁰².

Esta solución tiene su única justificación en estos dos aspectos descritos, eficacia para la Administración y beneficio para el infractor, ya que difícilmente se ajusta no solamente a determinados principios penales, sino a mínimos criterios de coherencia y seguridad jurídica. En efecto, por una parte, en un plano teórico, no deja de resultar paradójico un sistema cuya sanción imponible depende de un criterio tan variable y circunstancial como el número de participantes, ya que si la sanción es siempre única y el que ha abonado la multa puede reclamar la parte proporcional en vía de regreso, la cantidad que finalmente pague dependerá del

101. Parece claro que si la multa prevista por la legislación para la infracción es de 100.000 pts., y ésta es la multa que se le impone, la cuantía de la multa es la misma que si hubiese actuado solo.

102. Esta misma idea del beneficio último para los responsables ha sido expuesta por A. DE PALMA DEL TESO que señala que “por tanto, el gravamen que ésta supone será, para el conjunto de responsabilidades, menor que si la sanción se hubiera impuesto a cada uno de ellos”. El principio de culpabilidad..., op. cit., pág 98.

número de participantes efectivamente existentes. Imagínese, en una supuesta infracción en la que respondiesen solidariamente las figuras de promotor, constructor y dirección técnica y en la que la sanción imponible fuese de 90.000 pts. En el caso de que hubieran participado promotor, constructor y arquitecto, cada uno sería sancionado, una vez recuperado el importe correspondiente en la vía de regreso, con la tercera parte de la multa impuesta, es decir con una multa de 30.000 pts.; pero si hubiese concurrido únicamente la participación de promotor y arquitecto, la sanción, en última instancia, sería de 45.000 pts.. Por tanto, esta solución implica una dudosa relación inversa entre número de participantes e importe de la sanción -cuantos más participantes, menos responsabilidad individual-, y, además, dicha relación estaría sujeta a una variable desconocida, pues dependería de que efectivamente concurriesen, en un determinado caso, las personas previstas legalmente.

Por otra parte, los problemas teóricos que se encuentran en la difícil posición de los otros corresponsables resultan innumerables¹⁰³. Así, únicamente el infractor expedientado podría articular su defensa y alegar los eventuales motivos de exculpación o circunstancias modificativas de la responsabilidad. De esta manera los coinfractores no expedientados podrían beneficiarse de una circunstancia que concurriese en el infractor expedientado, pero por el contrario, no podrían alegar causa alguna que concurriese en su eventual participación. Esta circunstancia tampoco podría hacerse valer en caso de una eventual acción de regreso del infractor sancionado contra los demás corresponsables, ya que no parece viable que el coinfractor demandado pudiera oponerse a dicha reclamación por motivos estrictamente punitivos, como, por ejemplo, la eventual concurrencia de "error invencible", dado el carácter civil de la acción de regreso. Se trataría de un elemento negativo de la infracción que desaparecería al convertirse la multa en una reclamación civil de cantidad. Además, no deja de resultar paradójico que la determinación final de la sanción dependiera del buen fin de la reclamación civil y de circunstancias tan ajenas al orden sancionador como la propia solvencia de los demás

103. A. DE PALMA DE TESO ha señalado las dificultades existentes en una posible aplicación de la responsabilidad solidaria con este alcance. En concreto se ha preguntado: "¿Cómo se graduará la sanción en atención a los agravantes o atenuantes? ¿Cómo se consideran criterios tales como la capacidad económica, beneficio obtenido, reincidencia o grado de culpabilidad, que serán distintos en uno y otro caso?" Principio de culpabilidad...op. cit., pág. 98.

infractores. En fin, los problemas inherentes a los elementos esenciales de la infracción pueden predicarse asimismo de los elementos accidentales, ya que estas circunstancias únicamente podrían ser alegadas por quienes sean objeto directo en vía administrativa, por las circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad que en él concurran, lo cual supondría, por una parte, extender indirectamente al resto de los infractores circunstancias al margen de que concurran o no en ellos y la imposibilidad, por el contrario, de alegar los motivos que hubieran podido incurrir en los coinfractores no expedientados.

En mi opinión, este conjunto de incongruencias podrían incluso llegar a justificarse si este sistema ofreciese realmente alguna ventaja para la Administración, pero creo que sus pretendidos objetivos podrían alcanzarse a través de la responsabilidad independiente de cada uno de los posibles infractores. En efecto, la responsabilidad independiente conlleva la posible imposición de tantas sanciones como responsables, lo cual permite que la Administración pueda dirigirse contra uno o varios de los responsables. Por tanto, aún en el caso de que se dirigiese únicamente contra uno de ellos o en el caso de que habiéndose dirigido contra varios, únicamente una sanción llegase a buen término, el grado de efectividad sería idéntico a este sistema de responsabilidad solidaria que conlleva el cobro de una única sanción¹⁰⁴. La diferencia se encuentra en que la responsabilidad solidaria plantea grandes dificultades teóricas y la independiente se integra plenamente en el marco punitivo de referencia.

7.2.4. Responsabilidad solidaria referida al momento del cobro de la sanción.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de señalar que para entender que la responsabilidad se ajusta a la Constitución debe referirse a personas que hayan efectivamente realizado o colaborado en la realización de una infracción y, en consecuencia, ha señalado expresamente que la responsabilidad solidaria, cuando permite dirigirse indistintamente a un conjunto de personas al margen de su

104. En caso de responsabilidad solidaria la Administración puede imponer la sanción correspondiente, (vr. gr. 50 millones), pudiendo repercutir 25 millones a otra persona responsable. De tratarse de una responsabilidad independiente, cabría imponer dos sanciones de 50 millones. Desde el punto de vista del buen fin del expediente en la responsabilidad independiente, las posibilidades de efectividad son, al menos, las mismas que en la responsabilidad solidaria, pues aunque sólo expedientara a uno de ellos la situación sería idéntica que en el caso de responsabilidad solidaria.

efectiva participación, resulta inconstitucional. Así se infiere. sin dificultades. de la doctrina establecida en sus SSTC 76/1990 de 26 de abril y 246/1994, de 12 de mayo.

En la primera de ellas Tribunal Constitucional entendió que el artículo examinado -art. 38.1 de la Ley General Tributaria¹⁰⁵, que preveía la responsabilidad solidaria en materia tributaria, se ajustaba a la Constitución ya que al exigir la efectiva realización o colaboración en la infracción de los posibles corresponsables, se mantenía dentro de los parámetros mínimos de exigencia de culpabilidad establecido por la propia Ley General Tributaria¹⁰⁶, aunque lo cierto es que el Tribunal Constitucional tuvo que extremar la argumentación relativa a las diferencias existentes entre el orden sancionador y el orden penal en relación con las diferentes clases de sanciones que son propias de uno y otro orden (en el orden administrativo fundamentalmente de orden económico) en unos términos que resultaron difícilmente asumibles ya que también el Código Penal prevé multas económicas y no por ello resulta aceptable la aplicación de una responsabilidad solidaria¹⁰⁷.

105. Señala el art. 38.1 de la Ley General Tributaria según la reforma introducida por la Ley 10/1985, de 26 de abril, que: "Responderán solidariamente de las obligaciones tributarias todas las personas que sean causantes o colaboren en la realización de una infracción tributaria".

106. Señala dicha Sentencia que "el art. 38.1 de la L.G.T. se encuentra en una muy directa conexión con el art. 77.1 de modo que sólo puede ser correctamente entendido mediante una interpretación conjunta con este último. Según aquel precepto, "responderán solidariamente de las obligaciones tributarias todas las personas que sean causantes colaboren en la realización de una infracción tributaria". La lectura de este texto indica a las claras que la responsabilidad solidaria que en el mismo se recoge queda regulada ciertamente en unos términos más amplios que en la redacción anterior, pero de ello no puede deducirse sin otros esfuerzos argumentales que, como los recurrentes pretenden, la norma legal adolezca de vicio de inconstitucionalidad" -FJ. 4b-

107. En efecto, a pesar de esta compatibilidad formal entre responsabilidad solidaria y elemento culpable de la infracción, el Tribunal Constitucional se ve en la obligación de justificar la diversa opción penal y sancionadora en las diferentes clases de sanciones existentes en uno y otro orden: las multas, sanción por excelencia del orden sancionador, permiten la previsión de una responsabilidad solidaria; Así señala en concreto la Sentencia 76/90: que "no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal -en la medida en que la pena consiste en la privación de dicha libertad-, que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales" -FJ 4b-. En mi opinión esta comparación resulta más que dudosa, pues el Derecho Penal también prevé penas consistentes en multas económicas y no parece factible esta previsión por cuanto no resulta compatible con el principio de personalidad de las penas ni aun cuando fuesen económicas, y por otra parte el Derecho sancionador prevé sanciones de otra índole -revocaciones de sanciones ...etc-, que a pesar de que no permiten la solidaridad en la aplicación de las sanciones no impiden -parece ser- la previsión general de una responsabilidad solidaria.

Por el contrario, la posterior Sentencia 146/1994, de 12 de mayo, del Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el art. 31.4 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, de acuerdo con la versión del art. 7.2 de la Ley 20/1989, de 28 de julio¹⁰⁸, ya que, en este caso, el precepto no se limitó a establecer la responsabilidad solidaria de las personas que efectivamente hubiesen participado en la realización de la infracción, sino que estableció la obligación solidaria de todos los miembros de la unidad familiar frente a la Hacienda, con independencia de las personas efectivamente partícipes¹⁰⁹. En concreto, el Tribunal Constitucional consideró este precepto inconstitucional ya que “la dicción literal de este precepto permite que la Administración se dirija para el cobro de la deuda tributaria, incluidas las sanciones, no sólo al miembro o miembros de la unidad familiar que resulten responsables de los hechos que hayan generado la sanción, sino también a otros miembros que no hayan colaborado en la realización de las infracciones” -FJ 4-. De acuerdo, pues, con la doctrina del Tribunal Constitucional la norma puede establecer la responsabilidad solidaria pero referida únicamente a quienes realmente hayan participado en la infracción.

Dentro de la doctrina, que en su mayor parte ha defendido la constitucionalidad de la responsabilidad solidaria¹¹⁰, A. De Palma ha abundado en este tema a partir de esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional y ha defendido que únicamente puede considerarse adecuada a la Constitución la modalidad de la responsabilidad solidaria referida al momento del cobro de la sanción, lo que exige la previa depuración administrativa de la responsabilidad individual, pues entiende que la Ad-

108. El Tribunal Constitucional, analizó en dicha Sentencia diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra un conjunto de normas con rango de Ley en materia tributaria y en concreto contra diversos preceptos de la Ley 20/1989, de 28 de julio, de adaptación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas. En concreto, el art. 7.2 de la Ley 20/1989, señalaba que “las sanciones pecuniarias serán de cuenta del miembro o miembros de la unidad familiar que resulten responsables de los hechos que las generen, sin perjuicio de la obligación solidaria de todos frente a la hacienda”.

109. En concreto, el art. 7.2 de la Ley 20/1989, de 28 de julio, señalaba que “las sanciones pecuniarias serán de cuenta del miembro o miembros de la unidad familiar que resulten responsables de los hechos que las generen, sin perjuicio de la obligación solidaria de todos frente a la hacienda”.

110. También han mostrado su opinión favorable a la responsabilidad solidaria C. CHINCHILLA MARIN, Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas (arts. 127 a 138), Administraciones Públicas y Ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y J. MESTRE DELGADO Los principios de la potestad sancionadora. La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, pág 378.

ministración debe incoar el expediente sancionador a todos los eventuales responsables con el objeto de aclarar la responsabilidad de cada uno de los posibles partícipes¹¹¹, sin perjuicio de la solidaridad en el momento del cobro del conjunto de las sanciones. En concreto, esta autora entiende que dentro de dicho expediente, la Administración, de acuerdo con las circunstancias personales de cada posible partícipe, debería concretar la parte proporcional que debe abonar cada uno de ellos, lo cual permitiría que, sin perjuicio de que la Administración pudiera cobrar la totalidad del importe de uno de ellos, la vía de regreso tuviese un carácter cuasi automático, pudiendo incluso tener el carácter de título ejecutivo¹¹².

Esta solución, aunque supera gran parte de los problemas que en un plano teórico conlleva la responsabilidad solidaria mediante la exigencia de un expediente previo de la totalidad de los eventuales responsables, lo cierto es que tampoco desaparecen totalmente. En efecto, creo que desde el momento en que la solución última remite a una vía de regreso civil, aunque tenga el carácter de título ejecutivo, no evita la subsistencia de alguna dificultad. Imaginemos el caso en que fallece el coinfractor que no ha sido objeto de cobro por parte de la Administración en el "interin" entre la imposición de la sanción y el cobro de la misma. Es evidente que, de acuerdo con los motivos penales de extinción de la sanción, el fallecimiento del inculcado eximiría a los herederos de su pago, pero en la vía civil esta causa no sería alegable por lo que, posiblemente, terminarían abonando la cantidad los herederos del coinfractor fallecido.

Pero, además, creo que esta solución vacía a la responsabilidad solidaria de gran parte de su justificación, que en definitiva es de orden práctico, ya que no evita a la Administración la obligación de incoar expediente a todos y cada uno de los posibles infractores con el fin de depurar las posibles responsabilidades y esta-

111. Señala esta autora que "el expediente sancionador se deberá incoar frente a todos los que han tenido participación en los hechos constitutivos de infracción, al objeto de que la Administración examine a lo largo del procedimiento el grado de responsabilidad de cada uno de los partícipes. Sin perjuicio de que, tras determinar la responsabilidad de cada uno de los intervinientes, la Administración haga recaer la sanción únicamente sobre uno de los responsables. Posteriormente, aquél que hubiere hecho frente al pago de la sanción podrá, en el ámbito de sus relaciones internas dirigirse al resto de responsables reclamando el resarcimiento propio de la mancomunidad, no pudiendo exigir nada a aquéllos que la Administración hubiese considerado exentos de responsabilidad". El principio de culpabilidad..., op. cit., pág 96.

112. En concreto señala A. DE PALMA DEL TESO que "una vez se hubiere efectuado el pago de la sanción y así se hiciere constar en la resolución, adquiera ésta carácter de título ejecutivo." El principio de culpabilidad..., op. cit., pág 98.

blecer la sanción correspondiente a cada uno de ellos. Y en este caso, no acaba de entenderse porqué no se lleva hasta sus últimas consecuencias esta línea argumental y se exige también el cobro individualizado de cada sanción. En efecto, así como la Administración tiene serios problemas para actuar con celeridad y diligencia en la depuración de las responsabilidades de cada uno de los posibles partícipes, por el contrario carece de dificultad alguna en la gestión del cobro de las sanciones ya que las potestades administrativas, en este sentido, aseguran una eficacia difícil de alcanzar en otros medios jurídicos. Y en fin, no se acaba de entender que, por evitar a la Administración esta sencilla exigencia, se termine acudiendo a una medida tan desproporcionada como es cobrar el total del conjunto de sanciones económicas a uno sólo de los infractores.

7.2.5. Incompatibilidad de la responsabilidad solidaria con los principios de orden sancionador.

El Tribunal Supremo -y un determinado sector de la doctrina¹¹³ ha mostrado una posición contraria a la responsabilidad solidaria. Así, el Tribunal Supremo ha declarado expresamente la incompatibilidad de la responsabilidad solidaria con el Derecho Sancionador, y ello no solamente en relación con supuestos en que la propia regulación normativa resultaba contraria a la solidaridad¹¹⁴, o en el que no existía un expreso criterio normativo al respecto¹¹⁵, sino también en los casos en que concurría una expresa exigencia normativa de esta clase de responsabilidad de carác-

113. R. PARADA VAZQUEZ ha manifestado una posición contraria a la responsabilidad solidaria ya que esta forma de responsabilidad "implicaría que las penas impuestas a los incumplidores pudieran trasladarse a los restantes autores duplicando o triplicando la de éstos, ningún sentido tiene hacer esto mismo con los autores o responsables de las sanciones administrativas en los casos de autoría múltiple". Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo Común. (Estudio, Comentarios y Texto de la Ley 3071992, de 26 de noviembre), Marcial Pons, Madrid, 1993, pág 392.

114. A pesar de que el art. 225 del TRLS de 1976 y art. 57 del Reglamento de Disciplina Urbanística establecen el carácter independiente de la sanción correspondiente al promotor, constructor, y técnico la Administración ha impuesto tales sanciones con carácter solidario. El Tribunal Supremo en Sentencias de 14 de noviembre de 1992 (Ar. 8984) y de 30 de noviembre de 1992 (Ar. 9003), rectifica el criterio de la Administración por entender que cada uno de los infractores debe responder con carácter autónomo.

115. El art. 9.4 del R.D. 1945/1983, de 22 de junio, que regula las infracciones y sanciones de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, señala que además de las personas jurídicas, pueden ser objeto de sanción personas físicas, bien administradores, directivos o técnicos, silenciando el carácter de tal responsabilidad. La Administración ha optado en alguna ocasión por sancionar con carácter solidario a los órganos directivos y gerenciales. Criterio que corrige la Sentencia del Tribunal Supremo 30 de noviembre de 1991 (Ar. 8386).

ter solidario¹¹⁶, aunque lo cierto es que la opción del art. 130 de la LRJP y PAC por la responsabilidad solidaria le ha obligado a matizar su postura¹¹⁷. El Tribunal Supremo, fundamenta su posición en la incompatibilidad de la responsabilidad solidaria con principios básicos del Derecho Punitivo, y entre ellos, con la necesaria individualización de la responsabilidad de cada uno de los participantes¹¹⁸, y con

116. En materia de viviendas de protección oficial existe una reiterada jurisprudencia en este sentido. El art. 155 del Decreto 2114/68 de 24 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, declaraba la solidaridad de los infractores respecto de la responsabilidad sancionadora. Por su parte el art. 36 del Decreto 2960/76, de 12 de noviembre por el que se aprobó el Texto Refundido de la legislación de viviendas de protección oficial, declaraba la solidaridad de los responsables respecto de la obligación de realizar las obras de reparación necesarias. Los supuestos en estos casos son variados. En ocasiones, la Administración expedienta únicamente a uno de los eventuales responsables (así la Sentencia de 4 de abril de 1988, Ar. 2581, analiza un supuesto en que únicamente se había expedientado al constructor), en otras se expedienta a varios de ellos normalmente al promotor y constructor, (así Sentencias de 30 de julio de 1991, Ar. 6368; de 9 de octubre de 1991, Ar. 7798; de 2 de noviembre de 1992, Ar. 8742). También en materia laboral, el Tribunal Supremo ha examinado (Sentencia de 16 de febrero de 1990, Ar. 777) la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Orden Ministerial de marzo de 1971, R. 539) que señalaba en su art. 153 que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone la citada Ordenanza. En todo ellos el Tribunal Supremo muestra su disconformidad con la responsabilidad solidaria. Por último, cabe señalar la jurisprudencia en materia de juegos. Así la STS 24 de octubre de 1994 (Ar. 10466), en relación con el art. 46.1 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, -R.D. 593/1990, de 27 de abril- señala que la responsabilidad solidaria conculca el principio de culpabilidad que exige que la conducta sea antijurídica, típica y culpable. En el mismo sentido, entre otras, las SSTS de 9 de julio de 1994 (Ar. 5590), de 22 de septiembre de 1995 (Ar. 6468), de 9 de octubre de 1995 (Ar. 7045), y de 28 de octubre de 1995 (Ar. 6767).

117. Así parece desprenderse de la Sentencia de 28 de febrero de 1997 (Ar. 1534), que anuló una sanción impuesta solidariamente a contratista y subcontratista por una infracción en materia de costas. El Tribunal Supremo tras recordar que el principio de "individualización de las penas es aplicable en materia administrativa sancionadora..." señala que cabe la responsabilidad solidaria "cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponden a varias personas conjuntamente, lo que no acontece en el caso enjuiciado".

118. En la Sentencia de 2 de noviembre de 1992 (Ar. 8742), el Tribunal Supremo al examinar una sanción económica a promotor y constructor de unas viviendas de protección oficial señala textualmente: "En cuanto a solidaridad en el pago de las multas, de modo tajante hemos de pronunciarnos negativamente. El derecho sancionador está impregnado -se ha dicho en múltiples ocasiones- de los principios del Derecho penal; en el caso que nos ocupa el principio de la individualización de las penas es plenamente aplicable y plenamente contrario a la aplicación de solidaridad alguna, la que también estaría en contra de lo dispuesto en el art. 25 de nuestra Constitución." En parecidos términos la Sentencia de 30 de noviembre de 1992 (Ar. 9003), que con motivo de una sanción solidaria en materia urbanística recuerda asimismo que el principio de individualización de las penas es contrario a la responsabilidad solidaria. Con diferentes palabras pero bajo el mismo prisma, la Sentencia de 16 de febrero de 1990 (Ar. 777), al examinar una sanción en materia laboral señala que "en todo caso la idea de solidaridad resulta difícilmente conciliable con el sentido propio de un régimen sancionador, en el que lo lógico es que el Estado sancionador imponga la sanción a todos y cada uno de los sancionados".

el principio probatorio de acreditación de la participación en los hechos¹¹⁹. En definitiva, para el Tribunal Supremo, el Derecho Sancionador exige la efectiva acreditación de la participación en los hechos y la consecuente sanción individualizada. Se trata de un plano jurídico que incluso extralimita el alcance del elemento culpable de la infracción administrativa, ya que la solidaridad pugna con un conjunto más amplio de principios penales, bien procesales (necesidad de acreditar la participación de cada uno en los hechos), o bien materiales (cada uno de los participantes debe responder por su propia participación de acuerdo con el principio de personalidad de las penas). En definitiva, el Tribunal Supremo ha venido a entender que la solidaridad resulta adecuada únicamente dentro de la responsabilidad civil¹²⁰, lo que le ha llevado a excluir cualquier efecto de la responsabilidad solidaria en el Derecho Sancionador. Así, por una parte, ha señalado la imposibilidad de expedientar y sancionar únicamente a uno de los eventuales responsables ya que la existencia de una pluralidad de hipotéticos participantes exige el examen conjunto de sus actuaciones a fin de delimitar la responsabilidad de unos y otros¹²¹. Y por otra parte, ha excluido la responsabilidad solidaria también como mecanismo de garantía en el cobro de la sanción. No solamente -habrá que entender- la Administración debe determinar la responsabilidad de cada eventual participante en la

119. Las Sentencias de 3 de mayo de 1988 (Ar. 3469) y de 6 de febrero de 1991 (Ar. 778), señalan que en el caso de la potestad sancionadora "es necesario que conste claramente la autoría de la infracción para poder imponer la sanción".

120. Señala la Sentencia de 16 de febrero de 1990 (Ar. 777) lo siguiente: "La solidaridad tiene sentido aplicada a la responsabilidad civil (vid. art. 107 del Código Penal) y en relación con ella a las posibles prestaciones en favor de los trabajadores devenidas del evento en que se haya producido la infracción de medidas de seguridad".

121. Así, en la Sentencia de 6 de febrero de 1991 (Ar. 778), el Tribunal Supremo analiza una sanción en materia de viviendas de protección oficial, en que se había sancionado al promotor de las viviendas. El Tribunal Supremo anula el expediente por considerar necesaria la depuración conjunta de las posibles responsabilidades del constructor y técnicos. Señala textualmente que "siendo evidente que no se puede sancionar sin más al promotor de la obra como si fuera él el responsable, por el mero hecho de haber sido el promotor, por los vicios o defectos aparecidos en ella, pues lo ineludible en estos supuestos es depurar si acaso eventuales responsabilidades conjuntamente". O en la Sentencia de 30 de julio de 1991 (Ar. 6368), que ante la imposición de una sanción al promotor y constructor, señala también la necesidad de llamar al conjunto de los eventuales responsables a fin de determinar las responsabilidades de cada uno de ellos. Señala textualmente que la "diversificación imputativa... obliga a discernir en quién de los nominados promotores, constructores o facultativos concurrió la negligencia necesaria para reputarlos autores de la infracción ... impone necesariamente el que en un expediente en que vaya a depurarse la infracción de referencia... se dé entrada a todos los posibles responsables" (en este caso faltaban los técnicos). En el mismo sentido la Sentencia de 9 de octubre de 1991 (Ar. 7798).

acción, sino que además únicamente podrá proceder contra cada uno por la sanción que le corresponde.

En mi opinión, esta solución resulta la más adecuada dentro del orden sancionador pues no sólo resulta intachable desde un punto de vista teórico, ya que se ajusta plenamente al sistema de funcionamiento del Derecho Sancionador, sino que desde un punto de vista práctico este sistema ofrece, en mi opinión, prácticamente las mismas dosis de eficacia que la responsabilidad solidaria en cualquiera de sus versiones posibles ya que permite establecer tantas sanciones como responsables

No obstante, cabe señalar que, dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se comenta, la tesis sobre la incompatibilidad de la responsabilidad solidaria le ha llevado en ocasiones a soluciones de difícil calificación como, por ejemplo, el reparto que ha llevado a cabo, en alguna ocasión, de la sanción impuesta por la Administración entre los diversos infractores, lo cual constituye en realidad una tercera vía que no se ajusta plenamente ni a la responsabilidad solidaria ni a la independiente. Así, por ejemplo en la Sentencia de 30 de noviembre de 1992 (Ar. 9003), el Tribunal Supremo analiza una sanción por la construcción de una nave-almacén sin licencia en suelo no urbanizable. La sanción prevista por la legislación urbanística para esta infracción consistía en el 15% del valor de lo construido según el proyecto, por lo que al ascender el valor del Proyecto a 5.899.493 pts, resultaba una sanción de 884.924 pts. que la Administración había impuesto con carácter solidario al promotor y constructor. El Tribunal Supremo tras recordar los principios penales aplicables al Derecho Sancionador, señala que "lo procedente hubiera sido -y lo establecemos ahora- imponer a cada uno una multa de 442.263 pts. que al abonarse conjuntamente por ambas partes, individual e independientemente por cada uno de ellos, proporciona el total del 15% del valor de la obra proyectada, esto es de 884.924 pts."

De esta manera, el importe de la multa total se reparte entre los responsables, lo cual excluye, efectivamente, la responsabilidad solidaria, pero tampoco constituye una aplicación de las sanciones de forma independiente ya que en ese caso, lo precedente hubiese sido imponer además de la multa de 888.924 pts. otra multa independiente al otro infractor que concurría (y no el reparto de la sanción impuesta a uno de ellos), ya que la legislación urbanística establece las cuantías de las sanciones con un carácter independiente para cada uno de los responsables. En realidad, esta sentencia, quizás por intentar adoptar una solución "salomónica"

para el caso, abre una vía que se acerca a la responsabilidad civil mancomunada, ya que parte de la existencia de una deuda común de los infractores -considera que la sanción es única- pero entiende que su cobro tiene que ser independiente para lo cual procede a su fraccionamiento.

En un plano teórico este sistema no deja de tener dificultades para su plena adecuación a los principios punitivos ya que parte de la existencia de una deuda común, consistente en la única sanción impuesta, que se debe repartir. En efecto, parece claro que el importe de la sanción también en este caso hubiese variado en el supuesto de que hubiera concurrido la participación, además del promotor y constructor, de un técnico, ya que dicha multa se hubiese repartido en tres partes iguales con la consiguiente disminución de la sanción. Y en el caso de único responsable, éste hubiera debido abonar la totalidad de la sanción prevista por la legislación aplicable. De esta manera resulta que la gravedad de la sanción que deba soportar de cada uno de los responsables, dependerá del número de participantes en cada supuesto¹²². Por otra parte, el intento de repartir o fraccionar la sanción prevista entre los responsables, dificulta la debida aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que pueda concurrir en alguno de ellos, ya que existe el peligro de que ante la inalterabilidad del importe total de la sanción, la disminución de la cuantía exigible a uno de los infractores obligue al aumento de la responsabilidad de los otros. Y si lo que se modifica es el importe global de la sanción, resulta difícil, en mi opinión, que la disminución no alcance a todos los responsables¹²³. Pero, además, esta quiebra de los principios punitivos no

122. Siguiendo con el supuesto que analiza el Tribunal Supremo, nos encontramos con una multa de 884.924 pts al imponerse la sanción del 15% sobre una obra proyectada de 5.899.493 pts. Al concurrir promotor y constructor, el Tribunal Supremo reparte por mitad dicho importe resulta una sanción de 442.263 pts. respectivamente.. Si únicamente hubiese concurrido la figura de promotor, hubiese respondido por la totalidad de la sanción, es decir por 884.924 pts. Y si por el contrario además de constructor, hubiese concurrido un técnico, cada uno hubiese sido sancionado con una multa de 294.974 pts. De esta manera, por un mismo hecho y ante la concurrencia de las mismas circunstancias modificativas, la responsabilidad para el promotor hubiese podido variar entre 884.924 pts y 294.974 pts., en función del número de responsables concurrentes.

123. En el supuesto analizado por la Sentencia comentada, la sanción consistía en el 15% del valor de la obra proyectada, lo que suponía la aplicación de un grado medio de la sanción prevista legalmente (de acuerdo con el art. 76 del Reglamento de Disciplina Urbanística la sanción prevista era multa del 10 al 20 por 100 del valor de la obra proyectada). Es evidente que ello conlleva un ejercicio de individualización de la sanción prevista legalmente al caso concreto, de acuerdo con las circunstancias modificativas de la responsabilidad - arts. 55 y 56 del R.D.U.-, de tal manera que el importe de la sanción estará en función de las circunstancias que concurran en todos o en alguno de los responsables. En el caso de que concurriera una circunstancias de atenuación de la responsabilidad en el promotor, pero no en el constructor, se plantearía el problema a que me

va acompañada tampoco de ventaja alguna en orden a la eficacia de la imposición de la sanción, pues esta fórmula exige la previa incoación del expediente sancionador a todos los eventuales partícipes en la comisión del ilícito, y el cobro independiente a cada uno de los coinfractores. Posiblemente, la conclusión de esta Sentencia no sea sino la consecuencia de dotar puntualmente de una solución concreta al problema planteado, pero en todo caso permite poner de manifiesto que cualquier solución que se fundamente en la existencia de una sanción común y no independiente, plantea dificultades teóricas y no ofrece, en contrapartida, ninguna ventaja clara que pueda ser considerada.

7.3. Conclusiones.

La aplicación de la responsabilidad en caso de pluralidad de sujetos no puede considerarse una cuestión totalmente aclarada. Por una parte, dentro del ordenamiento jurídico se pueden encontrar diversas fórmulas de responsabilidad, independiente, mancomunada y solidaria, aunque lo cierto es que ha terminado prevaleciendo como consecuencia de la regulación del art. 130.3 de la LRJAP y PAC, la responsabilidad solidaria. No obstante, creo que la consolidación de la responsabilidad solidaria se ha llevado a cabo, sin un previo análisis sobre su conveniencia y su funcionamiento en el orden sancionador. A lo largo de este apartado he analizado las posibles ventajas e inconvenientes de la aplicación de las diferentes acepciones de la responsabilidad solidaria y creo que a la vista de ello puede afirmarse que no existe ningún motivo sólido -ni práctico ni teórico- para excluir la responsabilidad independiente de cada responsable. La solidaridad busca asegurar la efectividad del sistema sancionador, permitiendo imponer y recaudar una sanción a alguno de los participantes, sin perjuicio de la acción de regreso de éste frente a los otros supuestos partícipes. De alguna manera, la pretendida comodidad y agilidad administrativa -el cobro efectivo- es compensada con una situación más beneficiosa para el administrado, pues, en caso de pluralidad de infractores una misma multa se puede repartir entre todos ellos. Pero hemos visto que sus posibles ventajas existen también en la responsabilidad independiente, según hemos cons-

refiero. Si se mantiene el 15% la disminución de la multa impuesta al promotor únicamente podría hacerse a costa del aumento de la del constructor. Y si lo que se disminuye es el tipo - disminuyendo del 15 % al 10%- parece difícil lograr que el constructor, al que no afectan las circunstancias atenuantes, vea mejorada su condición.

tatado en el examen de las dos posibles aplicaciones de la responsabilidad solidaria. En relación con el supuesto de responsabilidad solidaria, en virtud de la cual la Administración puede incoar expediente indistintamente a cualquiera de los posibles responsables, hemos constatado que la responsabilidad independiente no es menos eficaz, además de resultar más acorde con los principios punitivos. En efecto, la responsabilidad independiente permite imponer tantas sanciones como responsables, frente a la única sanción de la responsabilidad solidaria. Ello hace que la efectividad de la sanción nunca pueda ser menor en la responsabilidad independiente que en la solidaria, ya que, tanto en el caso de que resulten impagadas todas las sanciones menos una, o en el supuesto de que pueda acreditarse la participación de uno solo de ellos, el grado de efectividad sería, cuando menos, idéntico al de la responsabilidad solidaria pues ésta únicamente permite cobrar una sanción. Pero, si además, tal como parece, sólo cabe aplicar la responsabilidad solidaria previa incoación de expediente sancionador a cada uno de los posibles responsables, la responsabilidad solidaria pierde su sentido, pues desaparece la ventaja que supone incoar expediente a uno sólo de los eventuales responsables. Tal como ha venido señalando el Tribunal Supremo, la responsabilidad sancionadora tiene su mejor acomodo en el carácter independiente y autónomo de las sanciones imponibles a cada uno de los infractores y ello no sólo por razones de carácter teórico, sino asimismo de orden práctico, por cuanto creo que ninguna ventaja puede reportar a la Administración la responsabilidad solidaria respecto de la responsabilidad independiente.

