

# La responsabilidad penal de los directivos

---

Cuadernos de defensa penal corporativa



**Miguel Ángel Montoya**  
Abogado Penalista

Socio de Attrio Abogados

Especialista en derecho penal corporativo y asesor en compliance

[miguelangelmontoya.com](http://miguelangelmontoya.com)

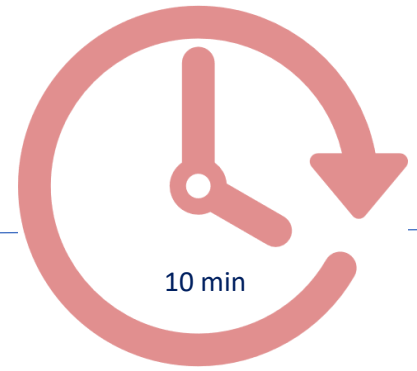
[attrioabogados.com](http://attrioabogados.com)

[montoya@attrioabogados.com](mailto:montoya@attrioabogados.com)

93 451 94 41

# Índice

---



- I. Introducción
- II. El directivo desde la perspectiva penal
  - a. Formas de participación en la conducta delictiva
  - b. La inacción como conducta delictiva
  - c. La imprudencia
- III. La posición de garante de los directivos
- IV. Cómo mitigar la responsabilidad penal de los directivos
  - a. La delegación y control de los subordinados
  - b. Los modelos de cumplimiento
  - c. La debida diligencia en el nombramiento

## I. Introducción

Dentro de los órganos de gobierno de una empresa podemos distinguir aquellos que tienen encomendada la dirección estratégica de la compañía (el órgano de administración) y aquellos que tienen las responsabilidades ejecutivas sobre el plan estratégico.

A estos últimos los trato aquí con el término genérico de directivos sin abundar en nomenclaturas que muchas veces obedecen más a la casuística de cada organización que a estándares prefijados.

En el ámbito de derecho penal sería más apropiado hablar de **personas que dentro de la organización están autorizados para tomar decisiones** (art. 31 bis del Código Penal); concepto quizá más amplio que el que se tiene por directivo en términos de administración empresarial.

Podríamos incluir aquí sin problemas al CEO (Gerente, Director General...), al equipo directivo, los responsables de áreas, los responsables medios, incluso a los responsables técnicos que tiene normalmente una cierta capacidad de toma de decisiones.

Por tanto, lo que aquí se va a decir es perfectamente aplicable a **cualquiera que tenga una cierta capacidad de decisión y autonomía** en su esfera de competencia dentro de una empresa.

## II. El directivo desde la perspectiva penal

Desde la perspectiva del derecho penal, la empresa es una fuente de riesgos penales cuyo control viene encomendado principalmente al órgano de administración.

De modo que cuando un empleado en cualquier puesto de jerarquía comete un delito, los administradores también serán responsables como autores o partícipes del mismo si la conducta ilícita se produjo por falta de atención en sus deberes de vigilancia y control del riesgo penal.

Se conoce como comisión por omisión y establece para los administradores lo que se conoce como posición de garante respecto a los riesgos penales de la actividad empresarial.

**Esta responsabilidad penal originaria de la empresa se deriva o, mejor dicho, se delega en los órganos directivos.**

Sobre esta cuestión básica para entender el riesgo penal en la empresa hablaremos más adelante

Por otro lado, la empresa, a través de sus administradores, diversifica las responsabilidades operacionales de la actividad empresarial de forma jerárquica y funcional, otorgando a empleados dependientes del órgano de administración, facultades y responsabilidades con márgenes más o menos amplios de autonomía. Pues bien, **de la misma forma que se delegan funciones operacionales a los directivos, también se delega la responsabilidad penal inherente al área de responsabilidad encomendada.**

En la medida en la que a una persona se le da autonomía respecto a un área de la empresa, también asume la responsabilidad penal que por sus actos, omisiones o su imprudencia puedan derivarse.

## ARTICULO 1.2 RD 1382/85

Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración

## ARTÍCULO 28 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 28 del Código Penal recoge las diversas formas de coautoría en la comisión de delitos cuando participan varias personas.

La inducción, la cooperación o la utilización de terceros para ejecutar la infracción son formas típicas en los delitos de empresa

### a. Formas de participación en la conducta delictiva

En una organización empresarial es habitual que la toma y ejecución de decisiones, incluidas las infractoras, impliquen a varias personas. De hecho, lo normal es que la acción que de lugar al delito la ejecuten personas distintas de las que tomaron la decisión.

Es poco probable que una persona con responsabilidades de dirección media actúe contra las normas y cometa el delito por su propia mano. **Lo habitual será que el directivo se encuentre coparticipando de decisiones junto con otros responsables de la empresa o sus superiores.** Puede ocurrir que reciba instrucciones explícitas e implícitas de sus superiores. O puede que sea el propio directivo quién las da a un empleado inferior en la jerarquía de la empresa.

El artículo 28 del Código Penal recoge las diversas formas de coautoría en la comisión de delitos cuando participan varias personas.

Así, la inducción a otra a cometer un delito equivale en términos de responsabilidad a cometerlo.

Lo mismo ocurre cuando se utiliza a otro, en este caso a un empleado de inferior rango en la estructura, para cometer el delito, es lo que se conoce como *autoría mediata* o, dicho en términos del Código Penal, *quienes realizan la acción por medio de otro del que se sirven como instrumento*.

Finalmente, la participación en un acto delictivo mediante la realización de actos de cooperación, aunque no ejecute uno por sí mismo la acción delictiva también genera responsabilidad penal para el cooperador.

Por ejemplo, el contable que admite facturas a sabiendas de que son pagos encubiertos de sobornos es cooperador necesario en un delito de corrupción, aunque no sea él quien ejecute el pago del soborno.

## b. La inacción como conducta delictiva

Se conoce como *omisión propia* cuando se imputa un resultado delictivo a **quien no hace aquello a lo que está obligado**. Por ejemplo, el supuesto del art. 316 del código penal:

*Los que... no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con medidas de seguridad...*

En este caso, el tipo delictivo, el delito contra la seguridad de los trabajadores, se consume por un *no hacer* que consiste en no facilitar a los trabajadores los medios de seguridad necesarios.

El Código Penal tiene un buen número de delitos de estas características, algunos que afectan a la empresa. Otro ejemplo, es **el delito fiscal o a la seguridad social que consiste en una omisión del deber de pagar los tributos**.

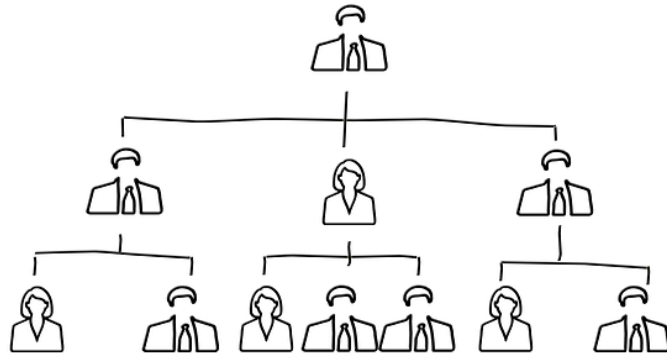
Pero también puede ocurrir que un delito que se configura como una acción, por ejemplo, el que matare a otro (delito de homicidio) se ejecute por inacción (dejando morir) En este supuesto se habla de omisión impropia o comisión por omisión y le dedico un apartado más adelante.

## c. La imprudencia

El Código Penal sanciona en determinados delitos, muchos de ellos propios de la actividad empresarial, la acción u omisión imprudente. **Aquella actuación que, sin ser intencionada, se realiza infringiendo un deber objetivo de cuidado**. O, en términos de inacción, cuando no se toman las medidas de vigilancia o cuidado necesarias para evitar el riesgo.

Los delitos contra la salud de los trabajadores, contra el medio ambiente, los de revelación de secretos, el blanqueo de capitales o la insolvencia punible, son algunos tipos delictivos que tienen modalidad imprudente.

En la medida en que los directivos tienen un área de responsabilidad propia, con mayor o menor grado de autonomía, están



obligados a actuar conforme las reglas de previsión del riesgo y el debido cuidado si no quieren asumir el riesgo de la imputación penal.

### III. La *posición de garante* de los directivos

Como ya he dicho antes, **el derecho penal concibe a la empresa como una fuente de riesgos** de tal manera que, desde la reforma del Código Penal del 2010, la propia empresa como persona jurídica es sujeto susceptible de sanción penal si no es capaz de adoptar medidas de control del riesgo. Así, cuando un empleado, directivo o administrador comete un delito, en determinadas circunstancias, además de las responsabilidades individuales, se imputa también responsabilidad penal a la organización.

Por supuesto, **el concepto de fuente de riesgos inherentes a la empresa afecta también a la responsabilidad individual** cuando no controlan los riesgos que afectan a su área de responsabilidad.

Esta obligación de control recae originariamente en el órgano de administración pero, **a medida que se nombran personas a las que se atribuyen competencias y responsabilidades ejecutivas, también se les transfiere la obligación de control del riesgo penal** en sus correspondientes áreas de actuación.

## POSICIÓN DE GARANTE

En derecho penal se conoce como posición de garante la situación jurídica de quienes son titulares de una fuente de riesgo y conlleva aparejada la obligación de contenerlo de una forma activa

En derecho penal se conoce como *posición de garante* la situación jurídica de quienes son titulares de una fuente de riesgo y conlleva aparejada la obligación de contenerlo de una forma activa.

En el caso de que se materializara el delito por falta de adopción de medidas por parte del titular de la posición de garante supondría la responsabilidad penal como autor de un delito de *comisión por omisión* u *omisión impropia*<sup>1</sup> regulada en el artículo 11 del Código Penal

## IV. Cómo mitigar la responsabilidad penal de los directivos

### a. La delegación y control de los subordinados

Del mismo modo que la empresa delega en diversas personas la ejecución de su actividad, de forma jerárquica y por áreas para mejorar su eficacia; **en el riesgo penal, la delegación permite racionalizar el control de la misma forma.**

Lo normal es que la delegación sobre el riesgo penal venga asociada a la atribución de competencias funcionales. En otras ocasiones, la delegación implica exclusivamente la gestión de un riesgo específico, ya sea el medioambiental, el blanqueo de capitales o, como ocurre con los delegados de PRL, la salud y seguridad laboral.

---

<sup>1</sup> Aunque la comisión por omisión afecta solo a los delitos de resultado, debido al carácter divulgativo de esta publicación se omite esta consideración aquí ya que el concepto jurídico penal de resultado puede llevar a confusión.



En cualquier caso, **la delegación del riesgo se produce de forma jerarquizada y en cascada**. A veces de forma implícita y confusa, creando mayor inseguridad jurídica aún.

Si lo que quiere una empresa es mitigar el riesgo penal mediante la correcta delegación, **debe identificar el riesgo y atribuir las funciones de vigilancia y control por áreas e incluirlo dentro del *job description* del puesto de trabajo**. De modo que el directivo que recibe una atribución de competencias también será conocedor de los riesgos inherentes a su responsabilidad y de su obligación para mitigarlo.

La delegación no puede realizarse sobre cualquiera, ni de cualquier forma. **Debe ser sobre persona capacitada para cumplir con esta función, con la correspondiente autonomía y dotación de recursos**. Si no es así, no habría realmente una delegación ya que el dominio sobre el área de riesgo la seguiría teniendo los mandos superiores

En todo caso, lo que no debemos olvidar es que la posición de garante que tienen quienes ostentan puestos de responsabilidad no se pierde por el hecho de delegar funciones en otros. **La obligación de garantía sobre el riesgo penal se transforma en una obligación de asegurar que el delegado cumpla con sus funciones de vigilancia en control**.

## SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Es básico en la empresa la existencia del debido control interno en éstas, mediante la técnica anglosajona del compliance como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos

### b. Los modelos de cumplimiento

Aunque los modelos de cumplimiento normativo y de prevención de delitos nacieron como consecuencia de la incorporación al Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cierto es que su eficacia en la mitigación del riesgo penal es indiscutible.

**Los modelos de *compliance* eficaces mitigan el riesgo de comisión de delitos y, por tanto, el riesgo individual.** Por ello, la implantación de modelos de cumplimiento normativo debe ser más ambiciosa y no limitarse solo a aquellos delitos susceptibles de responsabilidad penal de la empresa como persona jurídica, sino a aquellos riesgos penales inherentes a nuestra concreta actividad.

De la importancia que los Tribunales están dando a la prevención penal deja constancia este extracto de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2020 que se refiere a los modelos de cumplimiento en estos términos:

*Es básico en la empresa la existencia del debido control interno en éstas, mediante la técnica anglosajona del compliance como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos*

## c. La debida diligencia en el nombramiento

Si se designa para un puesto de trabajo en que existe riesgo de infracción penal a una persona con notoria falta de capacidad o sin formación para la realización de esa actividad; o no se le da la suficiente autonomía, recursos o se interfiere en su toma de decisiones; en lugar de mitigar el riesgo lo que haremos es amplificarlo. Por no hablar de la mayor exposición a la imputación penal que tendrán quienes lo han nombrado en estas condiciones.

No obstante, una empresa que pretenda implantar un modelo de gestión orientada al cumplimiento normativo debería ir más allá en la

selección del personal directivo adoptando medidas de debida diligencia en la contratación.

La UNE 19601, Sistema de Gestión de Compliance Penal, nos da algunas recomendaciones de diligencia debida en esta materia que nos permite introducir en la selección del personal criterios de prevención penal. Así, nos recomienda que en la entrevista se recabe la opinión del candidato sobre sus conocimientos de compliance, ética y cumplimiento normativo; que se pidan referencias del candidato teniendo en cuenta también su ética en el trabajo, o que se identifiquen posibles conflictos de intereses que puedan aumentar un riesgo infractor en el candidato.

En definitiva, se trata de seleccionar al personal responsable capacitado para ejecutar sus funciones, pero también con un valor añadido de compromiso ético. Y si no es así, la empresa debe procurar formarlo y orientarlo también en esta disciplina.

---

¿Tienes alguna duda? [montoya@attrioabogados.com](mailto:montoya@attrioabogados.com)

Miguel Ángel Montoya – Abogado Penalista y asesor de Compliance Penal

Compliance Penal:

- Diseño, implantación y revisión de modelos de prevención y *Compliance* Penal
- Identificación, análisis y evaluación del riesgo penal (mapa de riesgos)
- Programas de formación de *Compliance* Penal y delitos específicos
- Investigación interna de posibles infracciones con riesgo delictivo
- Procedimientos de Debida Diligencia con terceras partes (Socios de negocios, fusiones, adquisiciones...)

Acusación y defensa penal en procedimientos judiciales:

- Delito fiscal
- Fraude de subvenciones
- Blanqueo de capitales
- Estafa
- Alzamiento de bienes e insolvencia punible
- Delitos contra la propiedad industrial
- Acuerdos abusivos de los administradores
- Siniestralidad laboral
- Acoso Laboral
- Delitos contra el medio ambiente
- Delitos contra la libre competencia