

La responsabilidad penal de los administradores mercantiles

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

attrioabogados.com

montoya@attrioabogados.com

93 451 94 41

Índice



- I. Introducción
- II. La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles
 - a. El administrador de hecho
 - b. La inacción como conducta delictiva
 - c. La imprudencia
- III. Supuestos clásicos de responsabilidad penal en el ejercicio de la administración mercantil
 - a. Los delitos cometidos a través de los subordinados
 - b. La transferencia de responsabilidad por los delitos cometidos por la empresa
 - c. La responsabilidad del órgano de administración por los delitos cometidos por sus subordinados
- IV. Cómo mitigar el riesgo penal de los administradores mercantiles
 - a. La delegación
 - b. Los modelos de cumplimiento y prevención.

I. Introducción

Desde la entrada en vigor de LO 5/2010 de reforma del Código Penal, la responsabilidad por la comisión de un delito en el ejercicio de la actividad empresarial tiene una doble perspectiva.

La responsabilidad corporativa o de persona jurídica que implica sanciones penales para la propia organización; y la responsabilidad penal individual de aquellas personas físicas que participaron en el hecho delictivo, ya sea por actos propios o porque eludieron su obligación de controlar el riesgo penal.

En este cuaderno vamos a tratar la responsabilidad individual de los miembros del órgano de administración de las sociedades mercantiles y de aquellos que, sin serlo, ejercen estas funciones como si estuvieran nombrados formalmente.

II. La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles

Decir que los administradores, como cualquiera, son responsables de sus propios actos delictivos es una obviedad. Como cualquiera en el desarrollo o no de una actividad, cuando comete un delito es responsable del mismo. El administrador que ordena un vertido contaminante es responsable del delito, y quien conscientemente le ha obedecido también.

Y aunque el Código Penal contempla delitos especiales que sólo pueden cometer los administradores mercantiles; por ejemplo, los delitos societarios, la responsabilidad penal en la empresa está abierta a la mayoría de tipos penales.

Ahora bien, en función del contexto de la organización empresarial, su actividad y sus procesos los riesgos pueden variar, de modo que **la empresa debe focalizar sus esfuerzos de prevención detectando los focos de riesgo penal mediante la identificación, análisis y valoración del riesgo penal.**

a) El administrador de hecho

Es habitual que el Código Penal se refiera al administrador de hecho o de derecho de una sociedad. Esto es así, porque **para el derecho penal la responsabilidad no viene establecida por el estatus legal o formal de la persona, sino por el dominio efectivo que tiene sobre el hecho en el que recae la acción ilícita.**

De acuerdo con el Tribunal Supremo, son administradores *quienes ejercen las funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices*

En un proceso penal, poco importará si quienes dirigen la compañía al más alto nivel tienen título para ello o no. Y esto supone la implicación tanto de administradores que actúan sin cobertura formal (no inscritos en el Registro Mercantil, procedentes de Juntas nulas o con nombramientos caducados...) como de aquellos que intencionadamente ocultan sus funciones (administradores en la sombra, consejos de administración marioneta...)

TRIBUNAL
SUPREMO

Son administradores quienes ejercen las funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices

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. 293 del código penal:

Los administradores... que negaren a un socio el ejercicio de los derechos de información....

OMISIÓN PROPIA

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

Art. 316 CP

En este caso el tipo delictivo se consuma por un *no hacer* que consiste en negar al socio sus derechos de información.

El Código Penal tiene un buen número de delitos de estas características, algunos que afectan a la empresa, tales como no pagar a Hacienda o no dotar de medios de seguridad al trabajador.

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.

Esta otra vía de imputación penal tiene unas peculiares características que afecta especialmente a la responsabilidad penal

en la empresa y, en particular, de los administradores que se encuentran en una posición de garante de los riesgos inherentes a la actividad. De esta cuestión hablaré con mas detalle un poco 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.

III. Supuestos clásicos de responsabilidad penal en el ejercicio de la administración mercantil

Señalo aquí los tres supuestos más habituales de responsabilidad penal que deben ocupar a un ordenado administrador en su gestión, y que se caracterizan porque la acción constitutiva de delito no viene de *su propia mano*. Será lo más habitual en la práctica empresarial donde la toma de decisiones y la ejecución de las misma se lleva a cabo por diferentes personas en diferentes estamentos de la organización

a) Los delitos cometidos a través de los subordinados

El artículo 28 del Código Penal recoge la figura de la *autoría mediata* y afirma que también son autores del delito quienes *realizan la acción por medio de otro del que se sirven como instrumento*.



En estructuras organizativas jerarquizadas lo normal es que el hecho que provoca la comisión de un delito se produzca mediante una cascada de ordenes con participación de varios individuos y cuya ejecución la lleva

a cabo personas distintas de quienes toman las decisiones.

En estos casos, el hecho de no realizar por sí mismos la acción exime de responsabilidad a los administradores. Ni a los subordinados les exime el hecho de que estén cumpliendo órdenes de sus superiores. La responsabilidad penal en estos casos afectará a todos cuantos de forma consciente o por imprudencia cooperen en la realización del delito.

b) La transferencia de responsabilidad por los delitos cometidos por la empresa

El artículo 31 del Código Penal establece una cláusula de transferencia de responsabilidad hacia los administradores de determinados delitos que pueden cometerse en la actividad empresarial.

Se trata de los denominados **delitos especiales**. Aquellos que **solo pueden cometer aquellas personas en quienes concurren una determinada condición**. Es el caso, del fraude fiscal, que sólo lo puede cometer el obligado tributariamente. En el caso de una sociedad mercantil, el obligado tributario es la persona jurídica y, por tanto, el responsable penal sería la sociedad. Lo que hace aquí el Código Penal es transferir esas condiciones especiales del sujeto del delito a los administradores.

El Tribunal Supremo matizó esta doctrina, exigiendo para condenar a los administradores en estos casos que, además, hayan participado de alguna forma en la comisión del delito. A pesar de todo, esta vía **implica un alto riesgo para los administradores ya que, como hemos visto, la participación puede darse por acción, omisión, imprudencia e, incluso, por falta de control**.

ARTÍCULO 31 CÓDIGO PENAL

El artículo 31 del Código Penal solo es aplicable a aquellos miembros del órgano de administración que de alguna forma hayan participado en la comisión del delito

c) La responsabilidad del órgano de administración por los delitos cometidos por sus subordinados

El derecho penal concibe a la empresa como una fuente de riesgos sobre los que sus administradores tienen una obligación de control y

vigilancia. La inacción de estos deberes por parte de los administradores supone otra forma de omisión distinta a la que hemos visto antes. En este caso, no hay una norma específica que prohíbe hacer algo, como hemos visto antes, pero sí una obligación genérica de contener los riesgos de la actividad empresarial.

Se conoce como omisión impropia¹ y está regulada en el artículo 11 del Código Penal y **establece para los administradores lo que se conoce como *posición de garante* respecto a los riesgos penales de la actividad empresarial**

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 de los administradores a sus deberes de vigilancia y control del riesgo penal.

IV. Cómo mitigar el riesgo penal de los administradores mercantiles

a) La delegación

La mejor forma para que los administradores puedan dar cumplimiento a sus deberes de garantía es mediante **la delegación del deber de vigilancia a otras personas dentro de la misma organización.** Es el modo racional que una empresa tiene de gestionar el riesgo.

Del mismo modo que la empresa racionaliza la ejecución de su actividad de forma jerárquica en distintas áreas para mejorar su eficacia; en el riesgo penal, la delegación permite racionalizar su control de la misma forma.

La delegación del riesgo se produce de forma jerarquizada y en cascada.

¹ 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.

Puede ser que se delegue la gestión de un riesgo específico, como ocurre con los delegados de prevención de salud y seguridad laboral.

Pero, por lo general, al delegar funciones ejecutivas u operacionales se reciben también las obligaciones de control de los riesgos inherentes a esa función. Muchas 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.**

En todo caso, el administrador que delega sobre un directivo un riesgo penal no se exonera automáticamente de responsabilidad. Al contrario, para que la delegación sea eficaz **tendrá que vigilar que el directivo cumple con sus funciones de vigilancia y corregirlo, o sustituirlo**, si no lo hace. Del mismo modo, los directivos harán lo propio con sus subordinados.

La delegación no puede realizarse sobre cualquiera, y de cualquier forma. Debe ser sobre persona capacitada para cumplir con esta función, con la correspondiente autonomía y dotación de recursos.

b. Los modelos de cumplimiento y prevención.

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.**

IDENTIFICACIÓN DEL RIESGO

Si lo que quiere una empresa es mitigar el riesgo penal, debe identificar el riesgo y atribuir funciones de vigilancia y control dentro de las áreas donde se precisen

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.

¿Tienes alguna duda? montoya@attrioabogados.com

Miguel Ángel Montoya – Abogado Penalista y asesor de Compliance Penal

Servicios:

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