

La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles

GONZALO FERNÁNDEZ ISLA

PLEYADE-TELFÓNICA DE ESPAÑA

El objeto del presente trabajo, es realizar unas breves reflexiones sobre la Responsabilidad Penal de los Administradores/Consejeros de Sociedades Mercantiles, con el fin de considerar la conveniencia de incidir sobre la misma con carácter preventivo en las tareas de asesoramiento a la empresa donde la perspectiva de la Gerencia de Riesgos.

Conceptos previos

Antes de entrar en el desarrollo formal del objeto de este trabajo, resulta oportuno retomar los conceptos que se exponen a continuación, con el fin de partir del marco de referencia establecido por la reglamentación española.

1. Consejero/administrador de sociedades

Es la persona física o jurídica, designada para tal cargo de representación en sociedades mercantiles en virtud de la Ley de Sociedades Anónimas, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y Código de Comercio.

En las sociedades colectivas o comanditarias, se trata del socio al que no se le haya excluido en el pacto social de las funciones de administrar en virtud de lo dispuesto por el Código de Comercio.

En cualquier caso, estas personas físicas o jurídicas están excluidas de la normativa laboral por imperativo del artículo 1.3 del Estatuto de Trabajadores.

2. Directivos

Son aquellas personas que mantienen una relación laboral frente al empresario social o individual, a favor del que prestan sus servicios.

En esta figura se pueden distinguir dos grupos, según la relación laboral que mantienen:

a) Especial

Se encuadran aquí los denominados **Altos Directivos**. Asumen una responsabilidad también especial frente al empresario. Se encuentran regulados en su relación laboral especial de acuerdo con el Real Decreto 1.382/1985 de 1 de agosto, que entró en vigor el 1 de enero de 1986.

b) Ordinaria

Se encuadran aquí los **Directivos Superiores y Medios**. Se encuentran regulados por el Estatuto de los Trabajadores.

La legislación española regula la exigencia de responsabilidad a los Consejeros y/o Administradores de sociedades mercantiles; no regula, sin embargo, a los Directivos de empresa que no son Administradores (no existe ley específica para ellos).

En aquellos casos en los que coincida en la misma persona el cargo de Consejero y/o Administrador y el de Directivo, la normativa a aplicar en principio será la establecida en la legislación específica que afecte a los mismos.

Antecedentes

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1.564/1989 de 22 de Diciembre, establece en su artículo 133 estas consideraciones:

Cuadro 1

Cuadro 1			
Quién	En favor de	Por	Ante
Administradores Responderán ante: →	- Sociedad	Por daños que causen Por actos contrarios a: →	- La Ley
	- Accionistas		- Los estatutos
	- Acreedores sociales		- Falta de diligencia en el desempeño del cargo
Requisitos		Hechos	
Solidariamente	- Todos los miembros del órgano de Administración que: →	Realizaron el acto o adoptaron acuerdo lesivo	
	- Menos los que prueben que: →	No habiendo intervenido en su adopción y ejecución desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o al menos se opusieron expresamente a aquel (acuerdo)	
En ningún caso exonerará de responsabilidad: →	La circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido: →	Adoptado, autorizado o ratificado por: →	Junta General

A su vez, el artículo 127 en su párrafo primero señala que «Los Administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante legal.»

No entra dentro del objeto del presente trabajo, el abordar el análisis de la Responsabilidades Civiles, Fiscales, etc., por haber sido abordadas por otros autores con profusión en trabajos precedentes.

Preceptos legales de responsabilidad penal de los administradores en el derecho económico

El artículo 15 Bis del Código Penal establece que «el que actuara 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 si en la Entidad en cuyo nombre obrare, las **condiciones, cualidades** o **relaciones** que la **correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.**

En este análisis se mantiene al margen la responsabilidad civil que pueda derivarse o exigirse por ilícito penal, motivo principal a veces, si no único, por el que se interpone demanda penal, con el fin de conseguir una transacción económica, que a veces roza el chantaje, para no verse inmersos, tanto la sociedad como sus directivos, en un proceso penal perjudicial para la imagen de la marca y sus fines y objetivos.

Tomando en consideración el Derecho Penal Económico y siguiendo los planteamientos del Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense, D. Luis Rodríguez Ramos¹, se pueden resumir los delitos englobados en el mismo en los siguientes supuestos de responsabilidad, diferenciados en dos grandes grupos:

Cuadro 2

Concepto	Artículos Código Penal
1. Delitos contra la salud pública e individual y el medio ambiente:	
1.1. Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo:	
- de peligro	348 bis a)
- de lesión	427, 666 y 666 bis
1.2. Delitos contra la salud pública y el medio ambiente	341, 352 y 347 bis
2. Delitos de contenido patrimonial:	
2.1. Contra el tráfico jurídico y administraciones públicas:	
- Falsedades documentales	302 y ss.
- Delitos contra la Hacienda Pública	349 y ss.

¹ Rodríguez Ramos, Luis. «Tendencias Jurisprudenciales en Materia de Responsabilidad de Directivos y Órganos y Representantes de las Empresas». Seminario Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y de sus Directivos, Órganos y Representantes en el Derecho Europeo. INSTITUTO EUROPEO DE ESPAÑA-FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS. MADRID 20 de julio de 1994.

Cuadro 2 (Continuación)

Concepto	Artículos Código Penal
- Delitos monetarios	LEY ORGÁNICA (LO) 40/79 de 10 de diciembre modificada por LO 10/83 de 16 de agosto y Ley 26/88 de 29 de julio
- Delitos de contrabando	LO 4/82 de 13 de julio
- Participación en delitos de funcionarios	358, 385 y ss. y 404 bis a) y ss. 519 y ss. y 564 bis a)
2.2. Insolvencias punibles y cheque en descubierto	528 y 529, 535 y Leyes especiales
2.3. Estafas y apropiaciones indebidas	539 y 540
2.4. Maquinaciones para alterar el precio de las cosas	534 y ss.
2.5. Delitos contra la propiedad intelectual e industrial	545 y 546
2.6. Delitos relacionados con préstamos sobre prendas	

No se incluyen los delitos relativos a las asociaciones ilícitas (arts. 173 y ss.), 256 respecto a los depósitos de armas y 344 bis a), 6.º; 344 bis b) del Código Penal sobre tráfico de drogas, por estimar que se trata de supuestos generalmente ajenos al Derecho penal económico.

Profundizando en este sentido, y como señala D. Gonzalo Iturmendi Morales² «... existen otras actuaciones que, sin estar tipificadas en la Ley Penal, resultan a toda vista reprobables, estando a caballo entre el ámbito meramente civil y penal, siendo fruto, en suma, de un tráfico jurídico mercantil más sofisticado y agresivo», que se resume en los siguientes puntos:

1. «Dihonesty»: Obtención directa o indirectamente de un beneficio personal, cuando no tenía derecho alguno, aprovechándose de su cargo, aunque no incurra con ello en acción u omisión delictiva.
2. Carencia o insuficiencia de seguro obligatorio.
3. «Libel Slander» o reclamaciones originadas por injurias o columnias.
4. Tráfico de influencias con las Administraciones Públicas.
5. Quebrantamiento de «copyrights», plagio.
6. Discriminación.
7. Pagos ilegales realizados por el directivo.
8. Sobornos.
9. «Wrongful acts» o acciones ilícitas del directivo.
10. «Breagh of duty» o incumplimiento del deber por parte del directivo.
11. «Vreatch of fiduciary duty» o quebrantamiento de la confianza depositada en el directivo.
12. Negligencia, error, declaraciones equivocadas.
13. Acción y/u omisión culposa, real o presunta, en el desempeño de sus funciones profesionales.
14. Infracción involuntaria de disposiciones legales o contractuales.
15. Solicitud de reembolso al directivo, por remuneraciones, minutas, honorarios, etc., percibidos indebidamente.

² Iturmendi Morales, Gonzalo. «La Responsabilidad de los Administradores en la Sociedad Anónima», págs. 72 y 73, Revista SEAIDA. Madrid 1993.

16. Desviación de poder: utilizar facultades que corresponden al Administrador con un fin distinto al interés social.

17. Ausencia de poder: ejercicio de las facultades de administrador por quien no está facultado para ello (administrador de hecho).

18. Exceso de poder: extralimitación del ámbito de actuación legítima del administrador.

Personas físicas penalmente responsables en el ámbito societario

Siguiendo al profesor Rodríguez Ramos, «... el criterio básico para seleccionar a las **personas físicas responsables penalmente** por acción u omisión, al margen de que se cumplan los restantes requisitos de **antijuridicidad** y **culpabilidad**», es el denominado «**dominio del hecho**», para determinar qué persona o personas actuaron o debieron actuar de **forma consciente** y **voluntaria** o **tuvieron capacidad** y **debieron de ser diligentes** para **evitar un resultado o situación**, en **relación** con unos **hechos delictivos**.

Son muchos y enriquecedores los supuestos que se pueden desarrollar sobre este particular.

El profesor Suárez Gonzalez³ propone, por ejemplo, la situación en un Consejo donde uno de los Consejeros es **Director Financiero**, que **vota a favor** de la **comercialización** de un **producto** en **base** a la **información facilitada** por otro miembro del Consejo que a su vez es el **Director del Laboratorio** de la empresa. El **producto resulta ser nocivo** para la **salud** y **se piden responsabilidades penales** para **todo el Consejo**, ¿sería considerado responsable o no el Director Financiero?

En otro ejemplo, un **Consejero vota** contra el **uso de materiales menos costosos**, pero que **entrañan un cierto riesgo** para la **seguridad** de las **personas**; el **acuerdo se adopta** por **mayoría** al existir número suficiente de votos. El **edificio construido** con esos **materiales se siniestra** y se **piden responsabilidades penales**. ¿Cuál será la situación de dicho Consejero, será exonerado de responsabilidad o no?

En otro supuesto, se produce una **muerte** por **bajar a un pozo**, **sin adoptar las medidas de prevención establecidas** por las **normas** de la **empresa** (uso de explosímetros, etc.), aquí, el responsable sería el capataz que pudo detener la actividad cuando detectó o pudo detectar la infracción (actual o potencial) a la normativa y además conoció o debió y pudo conocer tal situación.

En definitiva, la **Responsabilidad Penal se determinará** en función de:

- Las **tareas desarrolladas** de acuerdo con las **competencias** asignadas a **cada interviniente** en el **proceso de producción (Responsabilidad horizontal)**.
- La **facultad o capacidad** de una **cada persona inmersa** en el **proceso productivo**, para **organizar el trabajo** de los **demás** y **delegar competencias** en los mismos.

En ambos casos será de **aplicación** el «**principio de confianza**» por el que **cada sujeto interviniente**, puede **confiar** en que los **demás actuarán diligentemente**, a no ser que existan indicios en sentido contrario.

En el caso de **Órganos de Administración**, determinadas corrientes de opinión, señalan que **cada miembro** del mismo debe **actuar como si de un empresario individual se tratara**, **adoptando** todas las **medidas necesarias** para **impedir** no sólo que se **tomen acuerdos**, si no también que se **ponga en práctica** cualquier **hecho** que pueda **afectar negativamente** a la

³ Suárez Gonzalez, Carlos. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. «La Responsabilidad de los Directivos, Órganos y Representantes legales de la Empresa desde una perspectiva comparada». Íbidem (1).

empresa o a **terceros** (acuerdos contrarios a los intereses de la sociedad, omisión del comportamiento debido, etc.).

En términos genéricos, la **Responsabilidad Penal** se **centrará** en la **culpabilidad** y la **imputabilidad** de un **delito**, pudiendo **distinguirse** entre **sujeto activo** y **pasivo** del delito.

En **cualquier caso** habrá que **probar** que el **sujeto activo: conocía, podía, quería y hacía el hecho delictivo**, u **omitía hacer lo debido y/o determinar el grado** en que haya **participado** en **cada fase, debiendo existir**:

- Causa eficiente.
- Sujeto eficiente.
- Efecto eficiente.

La casuística es sumamente prolija y compleja, y permite hacer un ejercicio analítico para evitar las bases de identificación, análisis y evaluación de los posibles supuestos, de forma activa y planificada, que rebasa el objeto de este trabajo.

Pautas de actuación en orden a «desorganizar» la responsabilidad en el ámbito empresarial

1. Concepto

El concepto de «**desorganizar la responsabilidad**» expresado por el profesor Bacigalupo⁴, viene determinado según el mismo, por la necesidad de cualquier empresa de establecer una or-

ganización que se ocupe de dicho concepto dentro de los distintos niveles burocráticos de la misma, dado que se producen **errores** y surgen **dificultades** en la **determinación** de la **autoría** y **posición** que **ocupa cada interviniente** en la **toma de decisiones** o **ejecución de ilicitudes**.

2. Actuaciones

Sin ánimo de exhaustividad y haciendo un somero ejercicio de reducción y control de riesgos, sería oportuno seguir entre otras las siguientes pautas:

- Elaborar la **lista** de **deberes** societarios y **delitos**, atendiendo a su **naturaleza**, que **puedan afectar** a la **empresa** y sus **directivos**.
- Definir claramente las **normas** y **procedimientos de actuación** pertinentes en cada caso, vinculados con las tareas que comporten los mismos, tanto en su aspecto **general** como **particular y/o personal**.
- Establecer los **poderes** correspondientes en orden a la **delegación** de **competencias**, incluyendo los **mecanismos de seguimiento** y **control precisos**.
- Establecimiento de **mecanismos** y **procedimientos sancionadores internos**.
- Efectuar **auditorías periódicas** y **aleatorias del grado de cumplimiento** de lo antes expuesto (Detección de debilidades en procesos y procedimientos, etc.).
- Elaboración de **informes periódicos** para la **toma de decisiones** y **adecuación de las normas, procedimientos** y **mecanismos de control** en vigor.
- **Actualización de normas, procedimientos** y **mecanismos de control**.
- Establecimiento de un **canal único de comunicación hacia el exterior**.
- **Formación de personal especializado propio** o **subcontratación de servicios externos**.
- **Establecer códigos de conducta** (ética) de la empresa y de sus miembros.

⁴ Bacigalupo Zamapata, Enrique. Catedrático de Derecho Penal y Magistrado del Tribunal Supremo «Omisiones y deberes de vigilancia en el marco de las empresas y sociedades». *Ibidem* (1).

Delitos económicos de contenido patrimonial en el trienio 1991-1993

Para tener una idea de la evolución del número de delitos económicos de contenido

patrimonial, en el período 1991-1993, se ha utilizado como base de referencia la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 1993, que aporta los datos del cuadro 3.

En términos generales se puede destacar, al margen del comportamiento espectacular del número de delitos en el año 1992 en relación con 1991, que en absoluto guarda relación con la evolución de los asuntos gestiona-

Cuadro 3. Número de delitos económicos de contenido patrimonial 1991-1993

Concepto	Número de delitos			% incremento	
	1993	1992	1991	93/92	92/91
I) Delitos de Falsedad en:					
Documentos públicos	3.863	2.016	2.232	91,6	(9,7)
Documentos privados	1.393	1.079	5.234	29,1	(79,4)
Documentos mercantiles	1.497	944	1.531	58,5	(38,3)
II) Hacienda Pública:					
Defraudación a Hacienda	179	92	369	94,5	(75,1)
Subvenciones y desgravaciones	3	3	115	-	(97,4)
Incumplimiento llevanza de libros	8	2	66	300	(97,0)
III) Delitos contra la propiedad					
Alzamiento de bienes	1.773	1.000	1.135	77,3	(11,9)
Quiebra fraudulenta	36	12	5.515	200	(98,8)
Quiebra culpable	6	28	5	-78	460
Insolvencia fraudulenta	2	3	-	-33	-
Insolvencia culpable	-	-	15	-	(100,1)
Estafa	21.094	18.206	24.309	15,8	(25,1)
Cheques en descubierto	17.638	14.214	30.779	24	(53,8)
Infracciones derechos de autor	304	210	11.752	44,7	(98,2)
Infracciones propiedad industrial	306	158	199	93,6	(20,6)
IV) Delitos de funcionarios públicos					
Prevaricación	961	456	683	110,7	(32,2)
Cohecho	196	71	80	176	(11,3)
Malversación de caudales públicos	583	475	554	22,7	(14,3)
TOTAL	49.842	38.969	58.127	27,9	(33,0)

Cuadro 4. Asuntos civiles y penales gestionados en las distintas instancias judiciales 1991-1993

Año	Pendientes inicio de año	Ingresados	Resueltos	Pendientes fin de año
TRIBUNAL SUPREMO				
Asuntos Civiles				
1991	4.053	3.696	2.239	5.510
1992	5.510	4.016	2.795	6.731
1993	6.731	3.324	3.464	6.591
Evolución (%) 89-93	250,39	14,94	60,52	148,25
Evolución (%) 92-93	22,16	-17,23	23,84	-2,08
Asuntos Penales				
1991	11.017	4.863	8.553	7.327
1992	7.327	5.903	7.787	5.443
1993	5.443	5.132	6.513	4.062
Evolución (%) 89-93	-65,18	-41,83	-36,62	-71,35
Evolución (%) 92-93	-25,71	-13,06	-16,36	-25,37
AUDIENCIA NACIONAL				
Asuntos penales				
1991	373	576	376	473
1992	473	585	741	317
1993	317	671	669	319
Evolución (%) 89-93	-25,59	141,37	91,69	-10,14
Evolución (%) 92-93	-32,98	14,70	-9,72	0,63
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA				
Asuntos Civiles y Penales				
1991	116	484	477	123
1992	123	344	348	119
1993	119	473	434	158
Evolución (%) 89-93	-	124,17	228,79	100,00
Evolución (%) 92-93	-3,25	37,50	24,71	32,77

dos en las distintas instancias judiciales, la importancia del número de **estafas y cheques en descubierto**, que representan en conjunto en 1993 el 77,7 por 100 del total de delitos económicos de contenido patrimonial cometidos en dicho año; les siguen en importancia de los **delitos de falsedad documental**, que suponen el 13,5 por 100 de los **citados delitos** en el mismo año. Los delitos atribuidos a Funcionarios Públicos por contra, sólo representan el 3,5 por 100.

Si bien se conoce la frecuencia de estos delitos, se desconoce la intensidad asociada a cada uno de ellos.

Por otra parte, se echan en falta los datos relativos a Delitos Contra la Salud Pública y el Medio Ambiente, que en muchos casos, salvo en conductas dolosas o culposas, son los que más claramente afectan o pueden afectar a la empresa y sus miembros.

No obstante, la información anterior permite calibrar una parte de la magnitud del delito

económico, pero no se puede descartar que sólo es visible la punta del iceberg y existe una masa muy superior, enterrada por la necesidad de preservar la imagen de la empresa, su cuota de mercado y otros aspectos específicos del desarrollo de cada entidad.

Conclusiones

Si bien los **riesgos** de incurrir en **Responsabilidades Penales** no son **transferibles**, por principio, por estar vinculados a la persona física sujeto activo o pasivo del delito, **existe**, no obstante, la **posibilidad** dentro del ejercicio profesio-

sional del **Gerente de Riesgos**, de **poner su metodología al servicio de la empresa con el fin de adoptar las medidas preventivas** aconsejables, para «**desorganizar**» la **responsabilidad** en aquellos aspectos que sea posible y razonable, **distinguiendo** de forma clara y precisa al **delincuente**, de **aquél** que por **razones de su cargo o función** hubiera podido delinquir por **acción u omisión de normas de vigilancia y control y/o protección**, etc., por **no haber establecido** unas **pautas de actuación**, que le permitan **liberarse** total o parcialmente de las **responsabilidades** que le fueran **imputables**.

La tarea que se enfrenta es ardua y, como siempre, el resultado positivo tiene que derivarse de la **labor** de un **equipo** multidisciplinar con un **objetivo común: la empresa**. ■