

REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL
DE LOS ADMINISTRADORES
DE SOCIEDADES MERCANTILES

Autor: Gonzalo Fernández Isla
Economista-Analista Financiero
Director Gral. de PLEYADE PENINSULAR
Correduría de Seguros de TELEFONICA, S.A.

Madrid, Septiembre de 1994

REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL
DE LOS ADMINISTRADORES
DE SOCIEDADES MERCANTILES

INDICE

	<u>PAGINA</u>
1.- OBJETO	3
2.- CONCEPTOS PREVIOS	3
3.- ANTECEDENTES	5
4.- PRECEPTOS LEGALES DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES EN EL DERECHO ECONOMICO	6
5.- PERSONAS FISICAS PENALMENTE RESPONSABLES EN EL AMBITO SOCIETARIO	9
6.- PAUTAS DE ACTUACION EN ORDEN A "DESORGANIZAR" LA RESPONSABILIDAD	12
7.- DELITOS ECONOMICOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL EN EL TRIENIO 1991-1993	14
CONCLUSIONES	17

REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES

1.- OBJETO

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 nuestras tareas de asesoramiento a la empresa, como Gerentes de Riesgos internos o externos a la misma.

2.- CONCEPTOS PREVIOS

Antes de entrar en el desarrollo formal del objeto de este trabajo, considero oportuno volver a retomar los conceptos que se exponen a continuación, con el fin de partir de un marco de referencia aceptado por todos.

2.1 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, será el socio al que no se le haya excluído en el pacto social, de las funciones de administrar en virtud de lo dispuesto por el Código de Comercio.

En cualquier caso, están excluídos de la normativa laboral por imperativo del artículo 1.3 del Estatuto de Trabajadores.

2.2 DIRECTIVOS

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

Podríamos aquí distinguir dos grupos, según la relación laboral que mantienen:

a) **Especial**

Se encuadrarían 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 1382/1985 de 1 de Agosto, que entró en vigor el 1 de Enero de 1986.

b) **Ordinaria**

Se encuadrarían 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.

3.- ANTECEDENTES

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de Diciembre, establece en su artículo 133 que:

QUIEN	TERCERO	REQUISITOS	FUENTES
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

RESPONSABILIDAD		HECHOS
SOLIDARIAMENTE	-TODOS LOS MIEMBROS DEL ORGANO DE ADMINISTRACION QUE: →	REALIZO EL ACTO ○ ADOPTO ACUERDO LESIVO
	-MENOS LOS QUE PRUEBEN QUE: →	NO HABIENDO INTERVENIDO EN SU ADOPCION Y EJECUCION DESCONOCIAN SU EXISTENCIA ○ CONOCIENDOLA HICIERON TODO LO CONVENIENTE PARA EVITAR EL DAÑO ○ O AL MENOS SE OPUSIERON EXPRESAMENTE A AQUEL (ACUERDO)

EN NINGUN CASO CONFERIRA DE RESPONSABILIDAD: →	-LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL ACTO O ACUERDO LESIVO HAYA SIDO: →	ADOPTADO AUTORIZADO ○ 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 leal.

No entra dentro del objeto del presente trabajo, el abordar el análisis de las Responsabilidades Civiles, Fiscales, etc., por haber sido abordadas por otros autores con profusión en trabajos precedentes (Ejemplo Gonzalo Iturmendi Morales, etc.).

PRECEPTOS LEGALES DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES EN EL DERECHO ECONOMICO

El Artículo 15 BIS del Código Penal establece que "el que actuara como **Directivo u Organo 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**.

(Dejo 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).

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

CONCEPTO

ARTICULOS CODIGO PENAL

DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA 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, 565 y 586 bis

¹Rodríguez Ramos, Luis. "Tendencias Jurisprudenciales en Materia de Responsabilidad de Directivos y Organos y Representantes de las Empresas". Seminario Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y de sus Directivos, Organos y Representantes en el Derecho Europeo. INSTITUTO EUROPEO DE ESPAÑA. MADRID 20 DE JULIO DE 1994.

CONCEPTO**ARTICULOS CODIGO PENAL**

- 1.2. DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA Y EL MEDIO AMBIENTE 341, 352 y 347 bis

DELITOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL:

- 2.1. CONTRA EL TRAFICO JURIDICO Y ADMINISTRACIONES PUBLICAS:
- Falsedades documentales 302 y ss.
 - Delitos contra la Hacienda Pública 349 y ss.
 - Delitos monetarios LEY ORGANICA (LO) 40/79 de 10 de Dic. 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.
- 2.2. INSOLVENCIAS PUNIBLES Y CHEQUE EN DESCUBIERTO 519 y ss. y 564 bis a)
- 2.3. ESTAFAS Y APROPIACIONES INDEBIDAS 528 y 529, 535 y Leyes especiales
- 2.4. MAQUINACIONES PARA ALTERAR EL PRECIO DE LAS COSAS 539 y 540
- 2.5. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL 534 y ss.
- 2.6. DELITOS RELACIONADOS CON PRESTAMOS SOBRE PRENDAS 545 y 546

No se incluyen los delitos relativos a las asociaciones ilícitas (arts. 173 y ss.), 265 respecto a los depósitos de armas y 344 bis a), 6º; 344 bis b) del Código Penal sobre tráfico de drogas, por estimar que se trata de supuestos generalmente ajenos al Derecho penal económico.

Profundizando un poco más tal 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 resume en los siguiente puntos:

- 1.- *Dishonesty*: 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 calumnias.
- 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.- *Breach of duty* o incumplimiento del deber por parte del directivo.
- 11.- *Breach of fiduciary duty* o quebrantamiento de la confianza depositada en el directivo.

²Iturmendi Morales, Gonzalo. "La Responsabilidad de los Administradores en la Sociedad Anónima" Pgs. 72 y 73 Revista SEIDA. MADRID 1993.

- 12.- Negligencia, error, declaraciones equivocadas.
- 13.- Acción y/o 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.
- 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.

5.- PERSONAS FÍSICAS PENALMENTE RESPONSABLES EN EL ÁMBITO SOCIETARIO

Seguendo al profesor Rodríguez Ramos³, "...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**.

³Artículo citado pag. 5 y siguientes.

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

El profesor Suárez González⁴ 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** ¿Cual 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 explosiómetros, 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**).

⁴Suárez González, Carlos. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. "La Responsabilidad de los Directivos, Organo y Representantes legales de la Empresa desde una perspectiva comparada". Ibidem (1)

- La **facultad** o **capacidad** de 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 **Organos 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 solo que se **tomen acuerdos**, si no también que se **ponga en práctica** cualquier **hecho** que pueda **afectar negativamente** a la **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, para que entre todos hagamos un ejercicio amplio de identificación, análisis y evaluación de todos los posibles supuestos, de forma activa y planificada, que rebasa el objeto de de este trabajo.

6.- PAUTAS DE ACTUACION EN ORDEN A "DESORGANIZAR" LA RESPONSABILIDAD EN EL AMBITO EMPRESARIAL

6.1 CONCEPTO

El concepto de "**desorganizar la responsabilidad**" expresado por el profesor Bacigalupo⁵, viene determinado según el mismo, por la necesidad de cualquier empresa de establecer una organización 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**.

6.2 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**.

⁵Bacigalupo Zapata, 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)

- 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 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.

7.- DELITOS ECONOMICOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL EN EL TRIENIO 1991-1993

Para darnos una idea de la evolución del número de delitos económicos de contenido patrimonial, en el período 1991-1993, utilizaremos como base de referencia la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 1993.

<u>CEPTO</u>	<u>1993</u>	<u>1992</u>	<u>1991</u>	Δ % <u>93/92</u>	<u>92/91</u>
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)
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)
Delitos contra la propiedad					
alzamiento de bienes	1.773	1.000	1.135	77,3	(11,9)
quiebra fraudulenta	36	12	5.515	200	(99,8)
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)
Delitos de funcionarios públicos					
reparación	961	456	683	110,7	(32,2)
robo	196	71	80	176	(11,3)
diversión de caudales públicos	583	475	554	22,7	(14,3)
TOTAL	49.842	38.969	58.127	27,9	(33)

**ASUNTOS CIVILES Y PENALES GESTIONADOS EN LAS DISTINTAS
INSTANCIAS JUDICIALES**

TRIBUNAL SUPREMO

<u>AÑO</u>	<u>PENDIENTES INICIO DE AÑO</u>	<u>INGRESADOS</u>	<u>RESUELTOS</u>	<u>PENDIENTES FIN DE AÑO</u>
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	23,94	-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	476	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

A. 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

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 correlaciona con la evolución de los asuntos gestionados en las distintas instancias judiciales, la importancia del número de **Estafas y cheques en descubierto**, que **representan** en conjunto en **1993** el **77,7%** del **total de delitos económicos de contenido patrimonial** cometidos en dicho año; les siguen en importancia los **Delitos de Falsedad Documental**, que suponen el **13,5%** de los **citados delitos** en el mismo año.

Los delitos atribuidos a Funcionarios Públicos por contra, solo representan el 3,5%.

Si bien **conocemos** la **frecuencia de estos delitos**, **desconocemos** 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 nos permite calibrar una parte de la magnitud del delito económico, pero desconocemos si estamos viendo solo 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 profesional 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**.

Considero que la tarea es árdua y como siempre el resultado positivo, tiene que derivarse de la **labor** de un **equipo** multidisciplinar con un **objetivo común**: la **empresa**.

Madrid, Septiembre 1994