
La responsabilidad penal de administradores, órganos ejecutivos y de asesoramiento

PID_00256220

Juan Antonio Lascuráin Sánchez

**Juan Antonio Lascuráin
Sánchez**

Primera edición: febrero 2018
© Juan Antonio Lascuráin Sánchez
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2018
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Diseño: Manel Andreu
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita del titular de los derechos.

Índice

1. La responsabilidad penal de los administradores.....	5
2. La responsabilidad de los órganos ejecutivos.....	15
3. La responsabilidad penal de los órganos de asesoramiento....	17
4. Conclusiones.....	20

1. La responsabilidad penal de los administradores

En este módulo vamos a tratar de aplicar las directrices expuestas en torno a la responsabilidad penal individual por los delitos de empresa a distintas personas, clasificadas en grupos según su función. Procederá en primer lugar referirse a los administradores y después a quienes realizan labores ejecutivas y de asesoramiento. El capítulo final lo dedicaremos a la posible responsabilidad penal del oficial de cumplimiento.

De lo más simple a lo más complejo, procede comenzar reseñando que el administrador de una sociedad comete un delito como autor cuando realiza una conducta típica activa u omisiva prevista como delictiva para cualquiera (delito común) o específicamente para un grupo de sujetos entre los que él se encuentra (delito especial; paradigmáticamente, son los delitos cuyo sujeto activo son «los administradores de una sociedad» –arts. 282 bis, 290, 293, 294 y 295).

Y, como se ha señalado ya, podrá ser autor también si realiza una conducta típica cuyo sujeto típico es la sociedad que administra (art. 31 CP). Debe resaltarse que en ambas vías, directa e indirecta, se asimila la administración de hecho a la de derecho, y debe recordarse lo discutible que es el contorno del primero de los conceptos, como ya se ha indicado.

Lo que ahora interesa es la reflexión de cuándo un administrador puede llegar a responder como autor o como partícipe por el delito que comete otro y, más en concreto, por un delito imputable a la empresa: por un delito cometido por otro administrador o por cualquier empleado en el ejercicio de actividades sociales y a favor de la sociedad.

De la reflexión general anterior y del módulo «La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa: criterios de imputación» se infiere como pauta básica de imputación que un administrador podrá responder de un delito cometido en su empresa si no lo ha evitado, a pesar de que tenía una posición de garantía respecto al proceso en el que se ha desencadenado el delito, o respecto al bien afectado, por seguir la tipología básica de posiciones de garantía que en su día propuso Armin Kaufmann: garantes de control de una fuente de peligro (nuestro dóberman del ejemplo anterior o la empresa química como fuente de riesgos medioambientales) y garantes de protección de bienes jurídicos (los padres respecto a los peligros que puedan acechar a sus hijos menores de edad o la empresa educativa respecto a sus alumnos menores

Ved también

Para más detalles podéis consultar también el módulo «La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa: criterios de imputación» de esta asignatura.

de edad). Las cuestiones que surgen de esta afirmación general son las relativas a cuándo se tiene esa posición de garantía y al hecho de si el deber derivado de la misma es observable por delegación.

Como ya se apuntó en el módulo «La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa: criterios de imputación», resulta discutido el alcance de la posición de garantía de los titulares de una empresa. Si tal posición surge por originar con la propia empresa cursos de riesgo para otros o, más certeramente, por la posesión como propia en el ámbito propio de organización de esa fuente de riesgo que es la empresa, parece que los administradores solo serán garantes de la inocuidad de tales precisos riesgos, imbricados en su actividad, propios de ella. Tal cosa sucederá significativamente con los que se producen para la integridad física y para la salud de los trabajadores, de los consumidores o para el medioambiente. Pero no ocurre, a nuestro juicio, por ejemplo, con los riesgos de corrupción o de blanqueo.

Un segundo fundamento, la delegación, conduce a un segundo tipo de riesgos de los que la empresa puede ser garante: los de lesión de bienes confiados a ella, como puede ser el bienestar de un niño o la integridad de un objeto.

Como también –ojalá que «tan bien»– se expuso en el módulo «La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa: criterios de imputación», los administradores de las personas jurídicas, incluso las pequeñas en personal o actividad, necesitan observar sus deberes de garantía, de protección de los bienes que le son confiados o de la empresa como fuente de peligro, delegando el cuidado en otras personas, que frecuentemente, en cuanto la actividad sea mínimamente compleja, tendrán que delegar a su vez en nuevos delegados. Este mecanismo de delegación, lejos de una estrategia para «escurrir el bulto» de la responsabilidad jurídica, no es sino un modo racional de garantizar la inocuidad del propio círculo de organización.

Desde el punto de vista de la responsabilidad, como ya se analizó en la módulo correspondiente, la delegación no constituye un mecanismo de pura traslación de competencias, sino un medio para generarlas en otro transformando las propias, que pasan a ser mediatas: el delegante sigue siendo garante pero por medio de otro, a quien hay que corregir si desempeña incorrectamente su función y a quien hay que supervisar para ello.

Si el administrador, como es lo habitual, opta por observar su deber de garantía mediante la delegación, lo primero que tendrá que hacer como parte de aquel deber es delegar adecuadamente en una persona capaz y aportarle el dominio material y organizativo necesario para la función delegada. En segundo lugar, es importante adecuar el contenido delegado a las necesidades de seguridad que genera la empresa. En empresas de cierta complejidad la delegación de funciones será a su vez compleja y podrá adolecer de lagunas o de duplicidades no perseguidas. Las primeras comportarán que el deber material originario de seguridad permanecerá en manos del administrador y que podrá tener que

responder por su falta de observancia. Las duplicidades podrán ser intencionadas y advertidas a los delegados, para reforzar la seguridad de ámbitos especialmente peligrosos; en otros supuestos serán abiertamente inconvenientes en la medida en que puedan generar el sesgo de que es irrelevante el cumplimiento de la función, es decir, el delegado puede tener la impresión de que puede omitir su función porque existe otra persona que la desplegará.

Los deberes de corrección del delegado y los instrumentales de vigilancia del mismo son menos inadvertidos que estos deberes de seguridad del administrador consistentes en organizar adecuadamente la delegación. En este punto, en relación con los administradores procede recordar que cuanto mayor sea la complejidad de la empresa y más extensa la cadena de delegaciones, más se identifica ese deber de vigilancia con la mera supervisión o la alta supervisión, y más se tornan en pasivas, de recepción de información frente a la búsqueda de la misma, las actividades propias del delegante inicial.

La Unidad A de una gran empresa dedicada a la gestión y distribución de agua potable se dedica a la depuración de aguas. En la fase de pretratamiento genera determinada cantidad de arenas y de grasas y, posteriormente, en la actividad de decantación, genera determinada cantidad de fangos. B, responsable de calidad y gestión medioambiental de la unidad, decidió establecer un depósito para los fangos en las cercanías de un barrio popular de viviendas. Los residuos permanecían en tal vertedero más de un año a la espera de su eliminación.

Ni el Comité de Gestión, ni el director de la unidad (C), ni el director territorial de calidad y medioambiente (D) corrigieron la situación, a pesar de que en los informes internos constaba el establecimiento de tal depósito y como «probable» su irregularidad. En su preceptivo informe anual al Consejo de Administración, D había omitido toda mención al depósito, a pesar de que era manifiesta la relevancia de este hecho.

Lo que en este punto importa advertir respecto a la responsabilidad penal de los administradores es que la misma puede ser por omitir el cumplimiento de sus deberes de garantía; que la misma puede provenir de no organizar bien la seguridad de su empresa o de no supervisar a sus delegados inmediatos, y que el riesgo penal personal de todo ello procede sobre todo de los delitos realizables no solo dolosamente, con conciencia y voluntad de realización de la conducta típica, sino por imprudencia.

En tales delitos (por ejemplo, contra la salud de los consumidores, o contra la vida o la integridad física de los trabajadores, o contra la seguridad de los trabajadores, o contra el medioambiente) no solo podrá cometer el delito el administrador que tolera conscientemente la situación de inseguridad con la conciencia de que se producirá un evento lesivo o de que ello es altamente probable, sino también si es gravemente descuidado en la manera de delegar o de controlar al delegado. Dicho con un ejemplo: podrá suceder que el administrador de una gran empresa defectuosamente organizada haya de responder como autor de un delito de homicidio imprudente por un accidente mortal de trabajo.

Esta reflexión relativa a la responsabilidad del administrador por la falta de evitación de los delitos de empresa requiere aún tres precisiones.

1) La primera es que se discute si por la propia naturaleza de la administración de una sociedad o por disposición legal existen funciones indelegables. Por ejemplo, el artículo 249 («Delegación de facultades del consejo de administración») de la Ley de sociedades de capital establece que «[e]n ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella».

2) La segunda precisión se refiere a que la responsabilidad penal por un resultado no evitado solo procede cuando así se prevea expresamente en el correspondiente tipo penal o, según el artículo 11 CP, cuando se trate de un delito «que consista en la producción de un resultado». Así, en el ejemplo anterior, si se quiere imputar responsabilidad a un administrador por un delito medioambiental que no ha evitado, habría que demostrar que tal conducta omisiva se encuentra entre las descritas en el artículo 325 CP o que, frente a las apariencias, este contiene un tipo puro de resultado, pues lo que el legislador ha tratado con su extensa descripción de conductas es describir todas las que pueden ocasionar el resultado.

3) El tercer comentario hace al tipo de responsabilidad en la que incurriría el mal delegante en función del tipo de deber que infrinja. Si la delegación es defectuosa porque no se delega una función o porque se delega en persona incompetente, lo que sucede es que el deber de garantía no se traslada ni se transforma, sino que permanece en su situación original en el que se pretendió delegante, que responderá en su caso como autor del delito no evitado. Como veremos a continuación, genera más discusión el título de responsabilidad (autor o partícipe) del delegante que no corrige al delegado o que no lo vigila.

Resulta interesante al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo 1329/2001. Puede sorprender *a priori* que se impute al «empresario» (administrador y copropietario) el resultado de muerte de un trabajador que cayó por un hueco destinado a una escalera y que se diga de él que:

«necesariamente tenía que conocer el empresario acusado la omisión de las debidas medidas de protección del hueco de escalera por donde cayó el trabajador. Él tenía que visitar la obra y tenía que saber que no había medidas adecuadas de protección respecto de tal hueco. Él tuvo que ver los tablonos colocados al respecto, notoriamente insuficientes como ya se ha dicho, y pese a ello permitió que la obra continuase con tan manifiesto peligro» (f. D. 7).

La imputación se explica mucho mejor si se atiende al hecho de que el encargado de obra «llevaba de baja en la empresa por accidente laboral» y que el trabajador «que aparece en los hechos probados como encargado de la obra (...) en realidad no ejercía como tal» (f. D. 8); con esto entendemos que, decaída una delegación válida, el delegante no procedió a su sustitución, por lo que mantuvo su deber de seguridad originario.

Hasta este momento hemos presupuesto que el administrador garante que no evita el delito de empresa de un empleado suyo podría tener que responder del mismo a título de autor. Este último inciso puede parecer contraintuitivo, pues más bien parecería que el indebido no impedimento del delito de otro tiene un significado de participación en el mismo, por mucho que el omitente sea garante.

Ya se argumentó en su momento, en el módulo «La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa: criterios de imputación», por qué debemos desechar esta intuición: porque cuando, como sucede en el caso de la empresa, el que comete el delito es un delegado del omitente que actúa en el ámbito de este y bajo su dependencia, la falta de impedimento del delito del empleado es también obra propia, descontrol de la esfera propia de organización. De otro modo, como ya se señaló, el delegante del delegado, que es partícipe del partícipe, quedaría impune; en los delitos de empresa la prevención se empobrecería de un modo preocupante, pues en las cadenas de delegaciones los delitos de los eslabones más bajos solo podrían responsabilizar al delegante inmediato.

Por mucho que se considere autpr al partícipe necesario (art. 28, párr. 2.º CP), procede recordar que la importancia de la distinción entre autoría y participación reside en que esta puede ser no necesaria y merecer una pena inferior (art. 63 CP), en que la participación imprudente es siempre impune (art. 12 CP), y en que, como se ha visto, la autoría puede quedar restringida a cierto tipo de sujetos.

Junto con la cuestión anterior, la de la índole de la responsabilidad del garante-delegante que incumple su deber de supervisión, es muy controvertida la relativa a si tiene responsabilidad penal como partícipe el administrador que no impide el delito de un empleado en el ejercicio de sus actividades sociales en un ámbito en el que la sociedad no tenga una posición de garantía y en el que, por tanto, el administrador tampoco la ostente. Recuérdese que un sujeto participa por omisión en un delito cuando, sin ser garante, incumple un deber específico de actuación cuya observancia hubiera impedido o dificultado la comisión de un delito por parte de un tercero, y que el presupuesto de esta afirmación es el de que no todo deber es un deber con las mayúsculas que supone el deber de garantía, a cuya infracción asociamos la imputación del resultado no evitado. La pregunta siguiente es, entonces, si el administrador de una sociedad tiene un deber específico al margen de sus deberes de garantía de impedir que se cometan delitos desde su sociedad.

El derecho administrativo estatuye obligaciones de cumplimiento para los administradores, pero solo para determinadas actividades y riesgos (para el mercado de valores, para la seguridad de los trabajadores, de blanqueo de capitales); cabría pensar también que tales obligaciones se derivan del genérico deber de diligencia de los administradores que proclama el derecho de sociedades;

se discute, asimismo, una tercera fuente para tal deber de evitación de delitos: la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que comportaría para los administradores deberes de prevención penal.

Creo que la respuesta debe ser afirmativa: existen tales deberes específicos de control de los administradores, por lo que su incumplimiento generará responsabilidad de los mismos como partícipes si son conscientes de que tal incumplimiento está posibilitando o facilitando la comisión del delito por parte de un empleado. La raíz legal del deber radica en el propio artículo 31 bis del Código penal, que atribuye deberes de control de determinadas actividades delictivas a las personas jurídicas que deben entenderse dirigidos a sus administradores. Sería difícil en otro caso entender la existencia de ese deber específico en los órganos de cumplimiento – por ejemplo, en el *compliance officer*–, que, en ausencia de prescripción legal, tendrá que recibirse de algún titular originario. Esta cuestión se clarifica en el Proyecto de reforma del código penal, que, por un lado, se refiere expresamente a «los deberes de supervisión, vigilancia y control» de los administradores (art. 31 bis 1.b PCP) y, por otro, como enseguida se referirá, crea un delito especial de administradores consistente precisamente en incumplir tales deberes (art. 286 bis.6 PCP).

Es importante subrayar que en este fundamento está uno de los límites del deber: el administrador solo podrá responder como partícipe omisivo en relación con los delitos que pueden generar responsabilidad penal para las personas jurídicas, es decir, podrá responder solo de ciertos delitos, cuando se cometan en el ejercicio de las actividades sociales y en provecho de la persona jurídica. La otra frontera lo será con los deberes de garantía: si lo que infringe el administrador es uno de tales deberes, entonces responderá como autor por omisión.

Actualmente se proyecta incluir en el Código penal un nuevo precepto dirigido a penar al «representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito».

La condición para la punición (que es de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años) es que se haya dado «inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas», siempre que además la misma hubiera sido «evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida». Se propone sancionar asimismo a la comisión imprudente con una pena de multa (de tres a seis meses), sin que en ningún caso la pena por esta omisión dolosa o imprudente pueda superar la pena del

delito que no haya sido impedido u obstaculizado. Esta propuesta constituiría el nuevo artículo 286 bis, 6, bajo el título «Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas».

Con este precepto de mera conducta peligrosa, el legislador trata de cerrar el círculo de la responsabilidad de los administradores en relación con los delitos de otros que favorecen a la empresa que administran, pues, como dice la exposición de motivos, «no tienen que ser responsables de los mismos». «¿Cómo no van a serlo?», se preguntará el lector, «si ya se los sanciona como autores cuando no evitaban los delitos respecto a los que tienen una posición de garantía y como partícipes respecto a los demás delitos».

La ampliación de la responsabilidad que conseguiría el nuevo precepto respondería a la técnica de tipificación del delito de peligro abstracto, consistente en penar a quien realiza determinada conducta estadísticamente peligrosa con independencia de si ocasiona un resultado lesivo o un concreto peligro de que el mismo se produzca. Esa ampliación es aún mayor si se sanciona, además, el comportamiento meramente imprudente.

Así, en relación con los delitos respecto a los que el administrador no tiene posición de garantía y en relación a los que sí pero que son de exclusiva comisión dolosa, el administrador omitente no tendrá ya que saber que se va a cometer un delito y que se está contribuyendo al mismo. Si tal delito se menciona en el precepto no es como un resultado que tenga que quedar abarcado por el dolo o la imprudencia del autor, sino como una pura condición objetiva de punibilidad destinada a seleccionar objetivamente las omisiones probadas y realmente graves.

Esta incisividad en el empleo del derecho penal es, desde luego, discutible. Lo que no lo parece es la insoportable vaguedad de los contornos del precepto. Esto no es porque no especifica algo que se infiere de su redacción y de su remisión al artículo 31 bis, que se refiere solo al control de los delitos imputables a la persona jurídica, tipificados como tales y realizados en nombre o por cuenta de la misma, o en el ejercicio de actividades sociales, y en su beneficio directo o indirecto; sino, sobre todo, porque queda en una nebulosa cuál es la conducta penalmente prescrita a la vista de que, por una parte, no hay un resultado que delimite la conducta –en los delitos de resultado solo es típica la conducta respecto de la que es previsible que se produzca ese resultado–, y por otra, frente a lo que sucede respecto a la prevención de otros riesgos en un ámbito de riesgo permitido, como por ejemplo los laborales, no existe una regulación extrapenal que detalle, o al menos concrete, en qué consisten las reclamadas conductas de vigilancia y de control.

Hasta ahora se ha hecho referencia a la responsabilidad de los administradores en el entendido de que son únicos, de que actúan en solitario, o de que son varios y actúan unánimemente. Pero se intuirá ya que existe un problema de determinación de la responsabilidad penal cuando las decisiones delictivas del

consejo no lo sean por tal unanimidad. ¿Tienen la misma responsabilidad, o alguna, los administradores que votan en contra, o que se abstienen, o que no acuden al consejo?

Para la determinación de la responsabilidad civil (*rectius*: social), la regla mercantil afirma que «[t]odos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo 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 aquél» (art. 237 LSC). Además, posibilita que los administradores impugnen los acuerdos nulos y anulables del consejo en el plazo de treinta días desde su adopción (art. 251 LSC). Se trata de criterios inspirados en la lógica indemnizatoria, que permite tanto operar con presunciones distintas de la presunción de inocencia, como asignar la reparación del daño irrogado a quien tenga mayor cercanía con el mismo.

Las cosas son distintas cuando se trata de penar, dado lo que ello supone para el ciudadano. No hay más presunción que la de inocencia, con su estricta regla de desvirtuación –la culpabilidad ha de constar más allá de toda duda razonable–, ni más asignación del daño que la que supone la imputación, la directa atribución del daño al sujeto penado.

En este sentido, parece claro que tendrán responsabilidad penal aquellos administradores respecto de los que se pruebe plenamente que han votado a favor de la resolución delictiva, y que en principio no la tendrán quienes no lo hayan hecho, sea porque no hayan acudido a la sesión, sea porque se hayan abstenido o porque hayan votado en contra. El contenido concreto de tal responsabilidad dependerá del sentido típico que tenga el acuerdo y de si el mismo se adopta. Así, si el delito se comete mediata o inmediatamente con el propio acuerdo y el acuerdo se adopta, serán coautores del mismo todos los que lo han acordado con su voto favorable. Podrá suceder que no se adopte y que el voto tenga entonces un significado de intento delictivo (tentativa). Y podrá suceder también que el acuerdo tenga el sentido de un acto preparatorio o de una inducción al delito de otro.

Los administradores *A*, *B* y *C* forman el consejo y deciden por unanimidad negar a un socio minoritario antes de la junta información relevante sobre su gestión y sobre la situación patrimonial de la sociedad (art. 293 CP).

Los administradores *A*, *B* y *C* forman el consejo y deciden por unanimidad asignar un generoso porcentaje de una operación en el extranjero a un mediador local para que con la parte que estime necesaria soborne a las autoridades locales (art. 424.1 CP).

No parece relevante para la asignación de responsabilidad el hecho de que el voto se emita cuando exista ya una mayoría suficiente para el acuerdo penalmente antijurídico. Tampoco el que se trate de un voto secreto, por mucho que ello vaya a suponer importantes problemas de prueba (al respecto, véase

el interesante voto particular del magistrado Viver i Pi-Sunyer a la Sentencia del Tribunal Supremo 136/1999, en el conocido caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna).

Más complicada es la respuesta a la cuestión de la responsabilidad penal por omisión de los consejeros que no se adhieren al acuerdo pero que nada hacen por evitarlo. ¿Son autores del delito, partícipes en el mismo o carentes de responsabilidad penal?

Esta constituye una nueva cuestión abierta, un nuevo reto del derecho penal de empresa a la teoría del delito, para cuya respuesta podría aventurarse en la siguiente hipótesis. En relación con los riesgos propios de la actividad empresarial (por ejemplo, para el medioambiente o para la seguridad de los trabajadores), que son riesgos que proceden del círculo de organización del consejero, por mucho que se trate de un sector del mismo codominado por los consejeros que activan el acuerdo ilícito, no creemos que quepa negar su posición de garantía.

Es una cuestión distinta el contenido del deber que emana de esta posición, que es el propio de control de una fuente de riesgo propia, pero no la vigilancia y corrección de los demás administradores como si de una relación de delegación se tratara. Y cuestión distinta es que pueda verse en este caso, a diferencia de lo que sucede con un delegante, una implicación propia de participación y no de autoría, lo que puede ser especialmente relevante si su actitud en relación con el delito es imprudente, impune para la participación. Quiere decirse con ello que el administrador tiene un deber de garantía, pero que el mismo no comporta vigilar a los demás administradores y que resulta discutible que si no evita el delito de un colega tenga que responder como autor y no como partícipe.

El consejero *A* ordena que se restrinjan gastos esenciales en la seguridad de una obra en construcción. El consejero *B* no se entera de esta decisión, o se entera y no hace nada por revocarla.

En relación con los riesgos de comisión de delitos que no sean los propios de la actividad de la empresa (que, en tal sentido, no sean delitos de empresa), el administrador, según lo ya visto, no tiene una posición de garantía, pero sí que tiene, cuando se trate de ciertos delitos en favor de la empresa, un deber de vigilancia y control *ex* artículo 31 bis del Código penal, que hace que su tolerancia dolosa comporte una participación omisiva en el mismo: supone la infracción de un deber específico que posibilita o facilita el delito del consejero.

Presupuesto de lo anterior es algo que está latente *ex Constitutione* en el vigente artículo 31 bis y explícito en el artículo 31 bis del Proyecto de Código penal: el hecho de que el legislador penal asigna también a las personas jurídicas y a sus administradores deberes de control de los coadministradores con relación a la comisión de ciertos delitos en provecho de la empresa, y que si se observan tales deberes no puede haber responsabilidad penal de la persona jurídica,

so pena de quebrar el principio de culpabilidad. Dicho con otras palabras, el inciso del párrafo segundo del artículo 31 bis 1 relativo a que el delito del empleado se «ha podido realizar por no haberse ejercido sobre él el debido control atendidas las circunstancias del caso» debe entenderse implícito en el primer párrafo, como requisito de imputación a la empresa del delito del administrador.

2. La responsabilidad de los órganos ejecutivos

A veces es necesario justificar la existencia de un epígrafe. Esta es una de esas ocasiones, pues puede pensarse que lo afirmado para la responsabilidad penal individual de los administradores es, *mutatis mutandis*, aplicable a los órganos ejecutivos de la empresa, pues en cierto modo la administración es el primer nivel ejecutivo. Cabe pensar sin más una responsabilidad penal individual de los órganos ejecutivos por delitos de otros en la medida en que ostenten una posición de garantía en cuanto a delegados de los administradores o de otros garantes (de otros delegados). Y podría pensarse que respecto a otros delitos su responsabilidad puede devenir de su participación pasiva, de un «dejar pasar» la evitación del delito debiendo proceder a tal evitación. Creemos, sin embargo, que ello no es del todo correcto.

La primera precisión se refiere a la distinción de los ejecutivos de los administradores. El administrador puede ser el empresario en el sentido más rico de la palabra, como persona que reúne la propiedad y la gestión estratégica. Y puede serlo, y lo es habitualmente en las grandes empresas, en un sentido más restringido, como «encargado» solo de lo segundo. Actúa así en realidad como un delegado de la propiedad, muchas veces altamente difusa, pero la índole global de la delegación y su identificación con la empresa hace que podamos identificar la razón de su posición de garantía no tanto en la asunción de una delegación, como en el dominio de una fuente de riesgo como propia.

Los órganos ejecutivos son los que realizan la gestión operativa, por mucho que esta gestión admita niveles muy diversos que responden a cadenas de delegación de funciones. Las personas que ostentan tales órganos responderán obviamente de los delitos que cometan mediante la realización de la correspondiente acción u omisión típicas. Pero también podrán responder de los delitos de otros miembros de la empresa en la medida en que no los eviten infringiendo un deber de garantía. Tal deber de garantía no procede ya como en el caso de los administradores del dominio como propio de una fuente de riesgo, sino de la asunción de una delegación. Serán garantes entonces si se les ha «transmitido» tal deber –que, debe insistirse, no existe respecto a cualesquiera riesgos delictivos que existan en la empresa, sino solo respecto a los propios de la misma– y en la medida en que se haya hecho tal transmisión. A su vez, podrán delegar funciones y transformar su deber en uno de vigilancia y corrección del delegado.

No procede reiterar lo que ya se expuso con detalle en el módulo «La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa: criterios de imputación». Solo cabe recordar dos aspectos. El primero es que el contenido del deber de vigilancia del delegado depende de diversos factores y que uno de los principales respecto al delito finalmente no evitado es la cercanía al acto de ejecu-

ción constitutivo del mismo. En las cadenas de delegaciones, el delegante de la ejecución debe controlar la ejecución, pero el delegante del delegante solo debe asegurarse de que este, a su vez, controle al ejecutor.

El segundo recordatorio hace a la delegación defectuosa. Si el delegado es incapaz o no se le facilita el dominio necesario para proceder a la delegación, esta no se produce y el delegante mantiene su deber originario de evitación directa (o, en su caso, de control inmediato). Sin embargo, si el delegado es consciente de su incapacidad o de su imposibilidad y mantiene formalmente sus competencias, podrá tener que responder también como garante por injerencia: por haber generado la situación de peligro consistente en la incompetente ostentación de una función.

El constructor *A* encarga la dirección de ejecución de una obra a *B* en la creencia de que *B* es arquitecto técnico. Pero *B* carece de tal titulación y de la formación necesaria para ejercer la función delegada.

¿Tiene responsabilidad penal el directivo que no impide un delito cuya evitación no forma parte de su deber de garantía? De nuevo en el terreno de lo discutible, y a diferencia de lo que sucede con los administradores, consideramos que no, salvo que ostenten específicas labores de cumplimiento, como analizaremos en el epígrafe correspondiente a los órganos de cumplimiento. La sencilla razón es que no ostentan un deber específico de evitación.

En relación solo con los delitos contra los derechos de los trabajadores, entre los que de manera significativa está el delito contra la seguridad de los trabajadores, el artículo 318 CP establece de un modo algo críptico que cuando «se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello». Si el primer inciso parece una regulación específica de la responsabilidad del representante para que alcance a «los encargados del servicio», el segundo admite dos interpretaciones.

Por un lado, que se refiera a los mismos sujetos para establecer su responsabilidad también por omisión, y no solo por acción. O, por otro lado, que se refiera a otros órganos ejecutivos de la empresa que sin tener responsabilidad directa en la situación delictiva pueden denunciarlas: merecerían la misma pena porque serían partícipes necesarios por omisión. Sería entonces el propio artículo 318 CP el que estaría estableciendo un deber específico de cumplimiento en esta materia.

3. La responsabilidad penal de los órganos de asesoramiento

En una economía productiva y financiera cada vez más compleja deviene necesario que los administradores y los órganos ejecutivos de las empresas se sirvan de asesores especializados. Cuando tal necesidad es recurrente, es también usual que los asesores pasen a formar parte del organigrama empresarial con funciones de facilitación de información especializada y de consejo en esos mismos ámbitos. El interrogante penal surge cuando su labor sirve para la adopción de una decisión delictiva; la pregunta consiste en si puede hablarse entonces de complicidad, cooperación necesaria o incluso inducción al delito, y sancionar correspondientemente al asesor.

A es el asesor fiscal de la empresa C. Informa a B, administrador de la misma, de cómo debería tributar conforme al impuesto de sociedades. Le informa también de cómo pagar menos con una interpretación discutible de las normas tributarias. Y le informa también de cuál debería ser la estrategia, con facturas falsas y empresas interpuestas, para defraudar a Hacienda. B opta por hacer esto último siguiendo los pasos diseñados por A.

Sobre todo en relación con la función que despliega el servicio de prevención de riesgos laborales respecto a la indemnidad de los trabajadores, se ha reflexionado acerca de si, en determinados contextos altamente especializados y ajenos a la formación de los órganos decisores, el rol del técnico asesor se torna fácticamente en un papel de decisor. Si bien es cierto que el asesor como tal no tiene una posición de garantía como delegado de seguridad, sino que su misión consiste en informar y aconsejar a tal delegado, podría diferenciarse de esta situación la del técnico cuya misión en determinado contexto se revela ejecutiva; un contexto en el que el monopolio de la información, la dificultad de su adecuada transmisión y la ausencia de un control real posterior de su dictamen deshacen el proceso asesoría-decisión y sitúan fácticamente el dominio de los acontecimientos en manos del técnico.

En estos casos, frecuentemente de difícil delimitación, el ejecutivo decide lo que el técnico informa por conveniente; esto es: delega en él, convirtiendo su acto en un acto ejecutivo. Piénsese, por ejemplo, en el rol que puede desempeñar un médico en determinadas decisiones acerca de las condiciones de seguridad en la prestación del trabajo.

En la doctrina penal, con cierto reflejo en la jurisprudencial, se da hoy una seria reflexión acerca de los límites de la responsabilidad penal a título de participación por parte del asesor cuya información o consejos son utilizados por los órganos ejecutivos para la comisión del delito. Esta reflexión suele enmarcarse en la relativa a la impunidad de las «conductas neutras» –así etiquetada, no sabemos si con demasiada fortuna. En realidad, la cuestión se remite a la de la frontera del riesgo permitido; a la cuestión de si por razones de expansión

de la libertad y de los beneficios de determinadas actividades sociales debemos tolerar (*rectius*: permitir) determinadas conductas, aunque las mismas sean peligrosas para determinados bienes jurídicos.

En concreto, de lo que se trata ahora es de no asfixiar las labores de asesoramiento, sobre todo jurídico, bajo la amenaza de pena si tal asesoramiento sirve a una decisión delictiva.

A la hora de fijar esa frontera del riesgo permitido algunos autores proponen un baremo subjetivo. En la conocida propuesta de Claus Roxin, sobrepasa esa frontera e incurre en responsabilidad penal como partícipe el asesor que sabe con seguridad que su aportación será utilizada para cometer un delito, pero no responde el asesor que tiene tal utilización solo como probable, incluso si esa probabilidad es muy alta, propia de lo que denominamos dolo eventual.

Otros autores, como Robles Planas, tratan de realizar una delimitación objetiva. El mero suministro de información no podría verse así como ilícitamente contributivo al delito, salvo en los casos en los que su conformación vira hacia el consejo y este se adapta al proyecto delictivo del ejecutor. Luzón Peña ha llamado recientemente la atención acerca de la imbricación de los parámetros objetivos y subjetivos, pues podrá ser el conocimiento del asesor del destino seguro de su información lo que nos permita afirmar que la misma tiene su sentido delictivo.

Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre «los llamados actos neutrales [...], comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos» (SSTS 34/2007, de 1 de febrero, f. D. único; 91/2014, de 7 de febrero, f. D. 10). Lo son si suponen la «realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc.» (SSTS 34/2007, f. D. único; 1300/2009, de 23 de diciembre, f. D. 5; 974/2012, de 5 de diciembre, f. D. 8; 91/2014, f. D. 10). Concibe su posición como mixta para la diferenciación «de actos neutrales de los que no lo son, exigiendo que el sujeto conozca la verdadera naturaleza y finalidad del acto, y que este objetivamente sirva y coadyuve a la facilitación del delito, lo que supone un aporte necesario a tal fin» (STS 165/2013, de 26 de marzo, f. D. 26), pues «resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero» (STS 91/2014, f. D. 10).

Así, ha tenido la oportunidad de referirse a la acción «del gerente de una sucursal bancaria y a la intermediación profesional de un abogado en operaciones bancarias (STS 797/2006) y a la participación de operarios que realizaron trabajos de su oficio que sirvieron para acondicionar un vehículo empleado en el transporte de droga (STS 928/2006). En estos supuestos es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada» (STS 974/2012, f. D. 8). Y así ha considerado que «no cabe duda de la tipicidad penal de las conductas de los abogados que asesoran sobre el modo de ocultar los bienes delictivos o que se involucran en actividades de blanqueo o conocen que el cliente busca asesoramiento para tales fines. [...] No entra dentro de las funciones de asesoramiento legal de un letrado el de diseñar estrategias para la recuperación de un dinero a través de conductas dirigidas a la ocultación de la naturaleza, origen, etc., de la ilicitud del bien sobre el que se actúa» (STS 56/2014, de 6 de febrero, f. D. 20).

Procede recordar que el asesor participe en un delito especial (solo cometible por personas con rasgos que él no posee) podría ver reducida su pena en virtud del artículo 65.3 CP.

Queda aún la cuestión de la responsabilidad omisiva del asesor. ¿Qué pasa con el asesor jurídico de una empresa que no hace nada para evitar el delito de otro miembro de la empresa del que él tiene conocimiento? Penalmente, nada (salvo que se dieran las peculiares circunstancias de una omisión del deber de impedir determinados delitos del artículo 450 CP: se trata de un delito contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad sexual si la evitación es factible con una intervención inmediata y carente de riesgo propio o ajeno). No es un órgano ejecutivo y por ello no es el garante delegado de un garante delegante. Y tampoco es un órgano de cumplimiento: no es un *gatekeeper*, no tiene un deber específico de impedimento cuya omisión pueda verse como una participación omisiva en el delito. Tanto es así que algunos ordenamientos han decidido establecerlo por ley (así, el estadounidense mediante la Ley federal Sarbanes-Oxley).

4. Conclusiones

1) El administrador de una empresa podrá responder como autor por el delito de un empleado a favor de la empresa cuando tenga al respecto una posición de garantía por tratarse de un riesgo propio de la actividad productiva de su empresa o por ser el afectado un bien que se había confiado a la misma. Incumplirá su deber de garantía si delega mal, si no vigila al delegado o si no le corrige. Si el tipo penal así lo contempla, podrá tener responsabilidad por imprudencia.

El administrador de la empresa responderá como partícipe omisivo si tolera la comisión de un delito a favor de la empresa en un ámbito en el que la misma no es garante.

El Proyecto de Código penal propone que constituya delito el comportamiento del administrador que omita la implantación de un sistema de control de los delitos en su empresa. Es una mala propuesta por la vaguedad de la conducta exigida. Si no obstante se aprueba, asistiremos a una relevante ampliación de la responsabilidad, no solo porque se sanciona también la omisión imprudente, sino porque se desliga tal conducta del conocimiento que tenga de su autor acerca de si se está cometiendo o se va a cometer un delito.

Si se trata de una decisión colectiva de los administradores, solo cometen el delito correspondiente quienes la hayan adoptado con su voto. Quienes no voten a favor pero no impidan el delito podrán responder como autores o como partícipes si se trata de uno de los delitos respecto a los que tienen un deber de garantía, y como partícipes, si se trata de un delito imputable a la persona jurídica.

2) Los órganos ejecutivos responderán como autores por un delito no evitado en la medida en la que se trate de un ámbito de garantía cuyo control se les haya delegado. No responderán penalmente ni como autores ni como partícipes por la falta de evitación de otro tipo de delitos.

3) Los órganos asesores solo responden como partícipes en los delitos de los administradores o de los ejecutivos si sobrepasan el riesgo permitido (si su asesoramiento no es «neutro»). Se discute si tal cosa depende de criterios subjetivos (el asesor sabe seguro de la utilización delictiva de su asesoramiento), objetivos (el consejo se adapta a un plan delictivo) o mixtos, como sostiene el Tribunal Supremo.

La falta de impedimento por parte de asesor del delito que conoce que se va a cometer no es delictiva.