

Aproximación a la responsabilidad penal empresarial. De administradores a socios.

Francisco Pont Vergés¹

SUMARIO

La ponencia aborda los criterios de atribución de responsabilidad penal dentro de la empresa con especial foco en directivos y socios.

Palabras clave: responsabilidad penal empresarial. Autoría y participación. Administradores y socios.

Introducción.

El derecho penal tiene por objeto la atribución de responsabilidad a las personas físicas en base a las categorías que se han ido desarrollando en la teoría del delito; esto es, determinar quién es autor, quien es partícipe o simplemente quien no tiene ningún grado de responsabilidad en un hecho criminal.

La llamada criminalidad de empresa, ha expuesto las dificultades que conlleva para el derecho penal adjudicar responsabilidades dentro de las organizaciones, por lo cual se han ensayado diversas teorías en pos de determinar quién es el responsable penal de los ilícitos que se puedan cometer desde y dentro de una persona jurídica.

Por otro lado, de manera reciente ha cobrado fuerza una tendencia a atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Varios países occidentales de tradición continental como anglosajona han adoptado leyes que sancionan penalmente a las personas jurídicas y ello ha permeado en nuestro sistema legal².

Esta tendencia se explica porque vivimos en un mundo de riesgos, donde las interacciones son complejas. El tráfico social implica de por sí la asunción de riesgos tolerables; pero cuando este excede lo permitido allí interviene el derecho penal. Y esos riesgos son generados tanto por personas físicas como por personas jurídicas.

Hoy se considera que el derecho penal tiene una función no solo retributiva, sino también preventiva de dos órdenes: 1) preventiva general, pues se amenaza con un castigo a quien infrinja la ley. El mensaje es: conviene cumplir con la norma y no quebrantarla; y 2) preventiva especial: cometido el ilícito se aplica el castigo con el mensaje hacia el infractor -y a la sociedad- de que es necesario restituir el imperio de la ley.

Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que este mensaje o cometido es aplicable tanto a las personas físicas como a las de existencia ideal.

Por otra parte, el enfoque del derecho penal como ordenador en una sociedad de riesgo tiene otras derivaciones como prevenir el daño adelantando las barreras protectoras de modo de penalizar

1

² En nuestro país tenemos varios ejemplos de ese aserto. La ley 27401 ha establecido un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas para delitos de corrupción, en el que se vinculan privados con lo público. Además, esta ley prevé que las personas jurídicas que contraten con el Estado deben desarrollar programas de compliance, lo cual eventualmente les puede servir como eximente o mitigación de pena.

La ley 26683 introduce en el Código Penal dos supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como veremos en este mismo artículo. Lo mismo dispone la Ley Penal Tributaria (ley 27430) en su artículo 13 y encontramos un régimen particular de sanciones para las personas de existencia ideal en la Ley Penal Cambiaria (nº 19359) y en el Código aduanero.

la generación del peligro sin necesidad de llegar a la lesión del bien jurídico. Por eso la tendencia actual es a proteger bienes jurídicos colectivos y de víctimas difusas como el orden económico y financiero, el medio ambiente, la seguridad común, etc.

Lo hasta aquí expuesto se ve reflejado en la evolución del Código Penal con relación a la criminalidad de empresa.

Si bien la categoría de delitos societarios no existe formalmente en el Código Penal, esta caracterización desarrollada por la dogmática y la jurisprudencia se ha vinculado a los delitos contra la propiedad, típico delito cometido en el seno de una sociedad comercial como la administración fraudulenta (art. 173 inc. 7º) y quiebra fraudulenta (arts. 176 a 180, entre otros).

A su vez, el codificador original sostuvo la necesidad de proteger la buena fé en los negocios y la corrección en el tráfico mercantil y de tal suerte previó los delitos de balance falso (art. 300 inc. 2º) y autorizaciones indebidas en la empresa (art. 301).

Sin embargo, y a raíz de la complejización en el entramado social el legislador se vio en la necesidad de incorporar recientemente al Código Penal, un nuevo título denominado “Delitos contra el orden económico y financiero” (título XIII, ley 26683, BO 21/6/2011).

El bien jurídico tutelado, en este conjunto de delitos es la protección de los mecanismos estatales de intervención en la economía y las instituciones básicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Las conductas previstas son básicamente las de lavado de activos, intermediación financiera no autorizada, financiamiento del terrorismo, cohecho financiero y utilización de información privilegiada.

La particularidad que tiene este título es que extiende la responsabilidad penal por esos hechos a las personas jurídicas (artículos 304 y 313 del CP).

Recapitulando, la responsabilidad penal por delitos cometidos en el seno de la empresa puede recaer sobre sus integrantes, personas físicas, o en algunos supuestos especialmente previstos, sobre la propia sociedad comercial.

Desarrollaremos en mayor detalle estos puntos a continuación.

Los sujetos de imputación penal en la empresa.

Vamos a partir de la base de que en la actualidad la mayor parte de las empresas comerciales se constituyen bajo los modelos de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada.

Al momento de buscar quien debe responder por los delitos cometidos en el seno de una empresa, suele mirarse a los ejecutores directos del hecho como empleados o cuadros intermedios, pero también a los administradores en la medida en que son los encargados de conducir a la empresa según el objeto social, la representan jurídicamente, rinden cuentas a los socios y responden por los daños que pudiera causar producto de su mal desempeño. No obstante, hay casos en que la responsabilidad penal puede recaer o extenderse a los socios y ello merece una especial atención.

En el análisis de la responsabilidad de los socios, vamos a excluir a aquellos que forman parte del órgano de administración, pues en ese caso la responsabilidad penal prevalentemente le va a ser atribuida por los actos de administración.

Tampoco corresponde incluir en esta faena a aquellos accionistas/socios sin poder de decisión ora porque son simples inversores ora por tratarse de quienes detentan acciones sin derecho a voto.

Está claro que, conforme a esta dinámica, los socios delegan funciones y por ende la responsabilidad de la administración a los directores o integrantes del órgano de administración, quienes deben informar y rendir cuenta de sus actos, además de ejecutar aquellos que los socios/accionistas le imponen producto de decisiones que toman en el ámbito de las asambleas.

Así pues, está instalado que la delegación implica también transferencia de responsabilidad y que ello es suficiente para eximir de responsabilidad a los socios. Sin embargo, no siempre es así, al menos para los socios o accionista con poder de decisión. Pues estos pueden ordenar un acto ilícito

o con consecuencias dañosas que ejecutan otros, pero ello no los poen a salvo de tener que responder por el mismo. Además, según el grado de competencia que tengan dentro de la configuración de la sociedad, se les puede atribuir la omisión de vigilar el correcto desempeño del órgano de administración, etc.

Criterios de atribución de responsabilidad de las personas físicas. Autoría y participación penal.

El estudio de la criminalidad de empresa, se focaliza en buena parte, en establecer criterios de imputación para aquellos que están en el vértice superior de la organización, aunque las conductas lesivas sean ejecutadas por los dependientes.

Esto puede implicar una demasía porque, para empezar, la responsabilidad penal es personal y por ende quien es imputado por un hecho debe haber participado en su ejecución o haber realizado un aporte con dolo o culpa.

Por otra parte, apuntar sin un análisis riguroso hacia los directivos puede implicar la anulación del sentido de la delegación como mecanismo de funcionamiento y eficiencia de la empresa.

Precisamente la delegación de funciones o definición de ámbitos de competencia tiene el objetivo de establecer responsabilidades diferenciadas dentro de la empresa. Los directivos o socios no pueden ser responsables de todo lo que pase en la empresa, para eso hay responsables de áreas o funciones. Y esto claramente tiene su correlato en la responsabilidad penal.

Ahora bien ¿Cómo se adjudica responsabilidad penal a las personas? Para ello se aplican criterios dogmáticos de la teoría del delito. Me refiero a la categoría de la autoría y participación, la cual está limitada por la ley aplicable al caso y condicionada por la teoría que de aquella se adopte.

Voy a intentar hacer una prieta síntesis de esas teorías.

El Código penal en su artículo 45 dispone que autores son aquellos que toman parte en la ejecución del hecho y que partícipes son aquellos que prestan al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el delito. También define la figura del instigador, como aquel que determina a otro a cometer el delito. Tanto al autor como al partícipe y al instigador el Código manda que se les imponga la pena establecida para cada delito en particular.

El artículo 46 del CP, disminuye la pena de quien presta una colaboración “no esencial” al hecho. Esta forma de aporte se denomina complicidad secundaria.

Pues bien, sobre la base de este articulado se han desarrollado teorías de la autoría y participación para terminar de darle un contorno a esas escuetas definiciones y establecer las diferencias entre uno y otro en casos concretos.

Bajo el modelo clásico del causalismo natural, autor es quien ejecuta de manera directa la acción descrita en el tipo penal y partícipe quien le aporta una ayuda. La colaboración puede ser material y esencial (cómplice primario) o material y no esencial (cómplice secundario). También puede ser un aporte moral o psicológico (instigador).

Con el finalismo y producto de una elaboración que tiene como principal referente al jurista alemán Claus Roxin, el concepto de autor mutó y dejó de ser quien ejecuta la acción material descrita en el tipo penal. Bajo esta teoría denominada del “dominio del hecho”, es autor quien tiene el señorío en la ejecución y que a su vez puede interrumpirla en cualquier momento. De esta manera se solucionaban los problemas que se suscitaban con la llamada autoría mediata y la coautoría.

La autoría mediata supone que una persona (autor mediato) utiliza a otra para cometer el delito (autor inmediato). Como este último (autor directo o inmediato) actúa por error, coacción o simplemente es inimputable, no resulta punible. Mientras que quien domina el hecho desde atrás es el verdadero responsable.

La coautoría por su parte se configura cuando más de una persona actúa en la ejecución del hecho. Puede suceder que los coautores ejecuten la acción descrita en su totalidad de manera conjunta (dos asesinos disparan contra la víctima al mismo tiempo) pero también que exista una

división de tareas, lo que se denomina coautoría funcional. Cada uno de los que toman parte en la ejecución del hecho realiza un aporte esencial, sin el cual no se podría llevar a cabo (un homicidio en el cual uno abraza a la víctima mientras el otro le asesta una cuchillada).

Ambas variantes en la imputación de responsabilidad resultan útiles si lo proyectamos sobre la actividad de la empresa pues es común que quienes toman decisiones se valgan de otros para su ejecución.

En los últimos tiempos la dogmática penal se ha visto dominada por la teoría de la imputación objetiva basada en el funcionalismo. En materia de autoría y participación esta teoría desarrollada por otro jurista alemán, Gunther Jakobs, ha postulado un enfoque diverso basado en que el factor de atribución son los “roles”, que desempeñan las personas en los contactos sociales. Esta teoría sostiene que las personas cumplen un rol en la sociedad, lo cual implica asumir deberes específicos. Si esos deberes no se cumplen se defrauda una expectativa y ello puede dar lugar a responsabilidad penal, en muchos casos por no haber evitado el delito dentro del marco de sus competencias.

Estos roles pueden ser institucionales (deber de comportarse como un buen ciudadano y no dañar a los demás) o especiales, que son aquellos que se vinculan con actividades específicas y que sitúan al individuo en la posición de garantizar que no se vulneren determinados derechos o se produzcan ciertos daños, producto del rol asignado legalmente (ejemplo, el cajero de un banco tiene el deber de verificar la identidad de quien está retirando el dinero por ventanilla para no entregarlo a quien no corresponde).

Esta teoría se ha mostrado eficiente como forma de explicar la responsabilidad penal de personas que actúan dentro de estructuras complejas, como las organizaciones. En definitiva, quien ocupa un rol dentro de una organización, como podría ser una empresa tiene determinados deberes que lo ponen en la posición de garantizar que no se den determinados resultados (deber de garante) y por lo tanto podrá responder como autor sea directo o por omisión de vigilar o evitar determinadas conductas (omisión o comisión por omisión).

Se entiende así que tanto el órgano de administración como el órgano de gobierno en las sociedades, o para ser específicos, ciertos socios con poder de decisión puedan tener participación en hechos delictivos que se cometen a través de la empresa, sea por autoría directa, sea por un deber residual de vigilancia.

Es bajo ésta última teoría que se comprende mejor el postulado de la “*atribución de responsabilidad por defecto en los deberes de organización*” que se pueden aplicar tanto a las personas físicas que cumplen roles directivos o de decisión en la empresa, como a la persona jurídica misma en aquellos regímenes que admiten la responsabilidad penal autónoma de ésta última.

En efecto, se entiende que la empresa lleva a cabo una actividad que conlleva un riesgo tolerado mientras se mantenga dentro de los márgenes de la ley y la reglamentación. Sin embargo, si el riesgo que crea la compañía excede el permitido y no se hace nada para corregirlo, tanto las cabezas de la empresa como sus responsables operativos pueden ser responsabilizados por no haber organizado la actividad de una manera que no genere riesgos prohibidos.

Por ejemplo, una empresa que se dedica a la intermediación financiera que no tenga mecanismos de detección de actividades sospechosas, o que ponga como director a una persona sin los conocimientos y la expertise suficiente (hombre de paja o prestanombre) hará responsable a los socios o creadores por las maniobras de lavado de dinero que se puedan llevar a cabo y tendrán serias dificultades para eximirse de responsabilidad.

En definitiva, estas teorías de la autoría y participación permiten en mayor o menor medida llegar a atribuir responsabilidad penal a dependientes, administradores y socios. Las más modernas facilitan esa tarea, pues precisamente están pensadas para dar respuesta a los complejos fenómenos sociales actuales.

Algunos ejemplos en casos de responsabilidad penal de socios y administradores.

Primer caso. Coautoría por posición de garante.

Los socios de una sociedad comercial, designan como administrador a una persona que solo figura desempeñando el cargo sin tener un manejo real del giro comercial. En el transcurso de su actividad, la sociedad incumple sus obligaciones fiscales.

La Ley Penal Tributaria (n° 27430, en adelante LPT) prevé conductas delictivas que pueden ser atribuidas tanto a personas humanas como para la persona jurídica misma. El artículo 13 de la LPT enumera quienes podrían ser imputados dentro y aún fuera de la estructura societaria, a saber: directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz.

Pero también dispone que cuando los hechos delictivos previstos en esta ley hubieren sido realizados en nombre o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán sanciones que van desde la suspensión de actividades, hasta la cancelación de la personería. Es decir, consagra un supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A primera vista, el sujeto de imputación en el caso traído a estudio sería el administrador, pues así surge de la letra del art. 13 de la LPT y por tanto debería responder a título de autor (art. 45 del CP).

Los socios, en principio se verían perjudicados si el fisco decide imputar a la persona jurídica. Pero a éstos también puede caberles responsabilidad por evasión fiscal, al menos por no haber controlado a los administradores en la gestión de la empresa, deber que asumieron cuando designaron a directores sin poder real al solo efecto de transferirles la responsabilidad en caso de que se presentaran problemas de orden legal en la empresa. Con su accionar la asamblea de socios habría asumido una posición de garante pues pusieron en el mundo una fuente de riesgo que estaban obligados a controlar. Podríamos hablar de una co-autoría mediata donde los administradores terminan siendo instrumentos de los socios si éstos actuaron por error o coaccionados.

Sin embargo, para el caso de que los administradores fueran conscientes de que eran instrumento y dieron su consentimiento para obrar como hombres de paja, en ese caso pasarían a ser también responsables penalmente a título de coautores, pues su aporte fue esencial para la consumación del ilícito en cuestión o cualquier otro que pudieran haber cometido de común acuerdo.

Segundo ejemplo. Transferencia de responsabilidad, eximición de responsabilidad del administrador.

Ante la insuficiencia de fondos para cubrir los gastos del giro ordinario de la actividad, una sociedad comercial se ve imposibilitada de pagar los aportes previsionales, por lo que durante un par de meses deja de cumplir con la obligación correspondiente por un monto mayor a los \$ 100000 que dispone como piso de punibilidad el artículo 7° de la LPT³. Frente a ello el administrador se dirige a la asamblea de socios y solicita la integración del dinero para cumplir con esa obligación, pero los socios se niegan a hacerlo.

Este es un caso interesante, pues implica ponderar institutos de la parte general del Código Penal que habitualmente son difíciles de aplicar al ámbito del derecho penal de la empresa.

Como en el caso anterior, la sociedad podría responder penalmente de manera autónoma en base a lo establecido en el art. 13 de la LPT.

Por su parte y teniendo en cuenta cual es el rol del administrador, es cierto que tiene el manejo de la actividad diaria de la empresa y es quien toma las decisiones de negocios. Por ello responde solidaria e ilimitadamente con su patrimonio por la mala administración (art. 59 de la ley 19550). Este

³ Las condiciones objetivas de punibilidad son un requisito externo a una conducta tipificada como delito, necesaria para que la misma sea punible. En el caso del delito en cuestión \$ 100.000 al mes, es el monto mínimo que tiene que retenerse para que la conducta sea perseguida penalmente. Si no se llega a esa cantidad, la conducta no es castigable penalmente.

rol que le asigna la ley de sociedades sumado a los normado en el art. 13 de la LPT constituye la base de imputación penal para el administrador, a título de autor.

Aquí cabe preguntarse qué responsabilidad podría caber a los socios y en tal sentido no se puede desconocer que cuanto más grande y compleja es la estructura de la empresa, la delegación de funciones al administrador y dependientes aleja a los socios de una imputación penal.

Sin embargo, si el administrador pone en conocimiento de los socios la dificultad para incumplir con la obligación de depositar los aportes y los únicos que están en condiciones de revertir la situación son éstos, habrá una transferencia de responsabilidades de abajo hacia arriba (bottom up). Resumiendo, al administrador no le podría ser exigible cumplir con una obligación cuando el órgano de gobierno no le da los medios para hacerlo, máxime si demuestra que la dificultad para pagar no se ha debido a una mala gestión en los negocios.

Para la teoría finalista, acá existe un problema de culpabilidad: el administrador hizo todo lo posible por pagar, pero no contó con los medios y por ende se vio compelido a no cumplir.

Si aplicamos la teoría de la imputación objetiva, la norma tributaria busca que el obligado pague, pero también se entiende que no hay infracción penal si el obligado carece totalmente de posibilidad de cumplir, por ende, no se le podría imputar objetivamente el resultado si el administrador acredita que no creó, ni incrementó el riesgo, sino que este fue generado por los socios al negar los fondos. En suma, el administrador podría invocar la eximente del artículo 34 inc. 2º del Código Penal.

Paralelamente cuando el administrador agotó los recursos, puso la carga del pago en el órgano de gobierno, éste a sabiendas no integró el dinero y por ende estaría asumiendo la responsabilidad por dicha conducta. En estas circunstancias los socios podrían ser responsables a título de coautores del delito de apropiación indebida de los aportes de la seguridad social⁴.

Tercer caso. Responsabilidad del administrador como autor directo y de los socios por instigación.

A propuesta del socio director de una sociedad anónima, la asamblea de socios por mayoría decide comprar parte de sus propias acciones, fuera de los supuestos habilitados por el art. 220 de la ley de sociedades. A tal fin, le da el mandato al director para que ejecute la compra en lugar de repartir dividendos.

Este es un acto contrario a la ley y estatutos de la sociedad que, aunque no necesariamente podría implicar una administración infiel de fondos, sancionado por el Código penal en el artículo 301 con prisión de seis meses a dos años. En efecto, se trata de un delito de los llamados especiales ya que pueden ser cometidos únicamente por un determinado grupo de personas que ocupan una posición particular; en este caso el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima que prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o los estatutos de los que pueda derivar un perjuicio.

Sin dudas en este caso que traemos como ejemplo, el administrador (o directorio) ha prestado su concurso con la decisión de la asamblea y sería punible por dicha conducta, en la medida en que puede provocar un perjuicio a los accionistas minoritarios o terceros.

Ahora bien, cabe preguntarse si los socios que votaron por la compra de acciones por parte de la sociedad tienen algún grado de responsabilidad.

⁴ La retención de aportes de la seguridad social del artículo 7º de la ley penal tributaria (art. 279 de la ley 27430) es un delito doloso de omisión, es decir incurre en él quien omite llevar a cabo el depósito en tiempo de los aportes retenidos a los empleados. Cabe destacar que se trata de dinero de los empleados que debe ser integrado al sistema de seguridad social por el empleador que está obligado a hacer la retención. Se trata de un delito formal basta, con el no pago para que se configure y los incumplimientos mensuales configuran cada uno un delito independiente.

Considero que la respuesta es positiva, pues a partir de la decisión de la asamblea el director estuvo en condiciones de disponer la adquisición de acciones. En este sentido, hay que reparar en el modo en que está redactado el tipo penal, pues los verbos típicos son prestar concurso o prestar consentimiento, lo cual significa que se trata de completar la acción de otros. Y es aquí donde cabe extender la responsabilidad penal de los socios que tomaron la decisión pues sin ella el director no podría haber llevado a cabo adquisición de acciones.

En este caso el título de participación de los socios en el ilícito puede reconducirse por la figura de la instigación (art. 45 del CP) pues fueron quienes determinaron al director a que llevara a cabo una conducta prohibida.

Conclusión:

A modo de síntesis podemos decir que la responsabilidad penal por hechos cometidos en el seno de una sociedad comercial puede extenderse tanto a administradores como a socios, dependiendo de las circunstancias de hecho y de la ley aplicable al caso según las reglas de la autoría y participación penal.

Bibliografía:

- Roxin, Claus “Derecho Penal, parte general” ed. Civitas.
- Jakobs, Gunther “Teoría de la imputación objetiva” editorial Ad Hoc.
- Creus, Carlos “Derecho Penal, parte general” editorial Astrea.
- Ilharescondo, Jorge Marcelo “Delitos societarios” Editorial La Ley.
- Abello Gual, Jorge Arturo “Delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del socio” publicado en la revista jurídica Dialnet.
- Arocena, Gustavo “El objeto jurídico de los fraudes al comercio y a la industria en el Código Penal Argentino” Publicado en la Revista del CIIDPE el 2/3/2021.
- Turienzo Fernández, Alejandro “Consideraciones acerca de la Responsabilidad penal por omisión de los socios en relación con la criminalidad corporativa” Revista de Estudios Penales y Criminológicos de la Universidad de Santiago de Compostela <https://doi.org/10.15304/epc.42.7421>.