
Responsabilidad Penal de los Administradores

*Por Francisco Manzano
26 mayo, 2009*

Francisco Manzano

Magíster en Derecho Empresarial egresado de la Universidad de Alcalá de Henares, España; Magíster en Derechos de los Negocios Corporativos de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Santo Domingo, pendiente de tesis. Abogado del Departamento de Litigio de la prestigiosa firma Russin Vecchi – Heredia Bonetti.

Responsabilidad Penal de los Administradores

Por Francisco Manzano

Es difícil estructurar en nuestro país un análisis académico de la responsabilidad penal de los administradores cuando existe muy poca literatura escrita describiendo y analizando los propios ilícitos que se derivan de la administración de una empresa;¹ lógico es pensar que para evaluar la responsabilidad es necesario considerar los ilícitos por se.

Sin embargo, aun cuando no quiero dar por conocido el conocimiento de cada ilícito prefiero abordar en primeras entregas, una visión integral de la responsabilidad de los administradores a la luz de las nuevas teorías del derecho penal moderno para luego analizar y tratar de clasificar los delitos societarios creados con la nueva legislación de sociedades y hacer mis críticas -positivas y negativas- al respecto.

Aclarado lo anterior, es dable indicar, antes que todo, que la responsabilidad penal de los administradores nace desde el momento en que el derecho penal empresarial² entiende que algunas actividades empresariales u hechos ocurridos en el seno del intercambio de productos, bienes y servicios, deben ser sancionados para lograr una mayor protección y seguridad jurídica por parte del Estado de las transacciones comerciales (tráfico económico); generalmente los nuevos ilícitos van

1 Tenemos que considerar a la empresa definida por la doctrina como "una organización de producción de bienes o de servicios destinados a ser vendidos con la esperanza de realizar beneficios". Según el profesor Jorge Marcelo Ilharrescondo, cita a Fontanarrosa y dice que tal definición desprende las características particulares que estructuran una empresa: a) la empresa es una organización, es decir, un ente complejo; b) apta para producir no sólo bienes materiales sino inmateriales (servicios); c) dichos bienes están destinados al cambio, es decir al mercado general; d) la actividad se realiza con propósitos de obtener beneficios". Ver Rodolfo Fontanarrosa, "Derecho Comercial Argentino", 1. Parte General, Buenos Aires, Argentina, Zaladía Editora, 1988, Pag.174 y 175.

2 Se habla con total libertad en países como Alemania, Francia, Estados Unidos y España, sobre todo, que existe una rama del derecho penal llamada derecho penal de los negocios derivada como sub-rama del derecho penal económico.

dirigidos y la responsabilidad se compromete cuando existe una omisión u acción que afecta un bien jurídico protegido partiendo del incumplimiento de una obligación del deber (obligaciones fiduciarias y lealtad en la administración).

Tradicionalmente las conductas delictivas sancionadas penalmente se correspondían a hechos comunes³ (delitos de lesión) que eran aborrecidos por los individuos de una determinada sociedad, ya sean estos de carácter meramente personal (homicidios, golpes heridas, etc.), patrimonial (robo, abuso de confianza y demás) y los relacionados con el Estado (conspiración, paz pública y delitos de traición); sin embargo, existían conductas cometidas desde el seno de lo que denominamos posteriormente “empresa”, que si bien eran reprochables no eran consideradas como ilícitos penalmente relevantes.

Además, con mucha frecuencia el esquema de los ilícitos contenidos tradicionalmente en los Código Penales Napoleónicos no alcanzan a ser aplicables a los hechos ocurridos actualmente dentro y fuera de una empresa; el crimen se ha organizado para conocer las lagunas de las normas y eso ha impedido más que una construcción eficiente del ilícito desde el punto de vista positivo (definición penal del ilícito en una ley), ha limitado la persecución de estos actos reprochables; se agrega además la indiferencia social por parte de los ciudadanos en esta clase de ilícitos donde no existe un afectado en particular.

No obstante, lo que abordamos en las presentes líneas sujeto a ser ampliado en posteriores escritos, es una visión integral y detallada de “cuándo” y “cómo” un administrador

³ Cuando se aborda la problemática del derecho penal tradicional los ilícitos empresariales con frecuencia no encajan, ya que los delitos descritos en nuestros Códigos Penales generalmente están orientados a verse configurada una lesión o daño en concreto, de no ser así lo que se configuraría sería no mas que una tentativa del delito. Estos delitos van dirigidos esencialmente a castigar un daño creado, mientras que los delitos empresariales en su mayoría van destinados a sancionar el hecho de no cumplir con un deber importando en segundo plano si existe o no un daño o lesión en concreto directamente sobre el protegido por la norma.

realmente compromete su responsabilidad en las diferentes vertientes de la responsabilidad penal empresarial, ya sea ésta frente a los socios (responsabilidad penal societaria), o frente a los terceros (responsabilidad penal tradicional o propiamente dicha) o, en su caso, frente a las autoridades administrativas (responsabilidad penal administrativa).

Responsabilidad Penal Societaria

Cada tipo de responsabilidad enmarcada académicamente tiene un aspecto y origen diferente, debido a que cada bien jurídico⁴ protegido por la norma es diferente y la actividad o conducta atípica que sanciona el legislador son igual de disímiles⁵; y es importante delimitar cuando estamos en uno u otro caso, porque lo que un juez va a identificar y lo que las partes deben probar en cada caso será totalmente diferente; además, de que, por su parte, los daños y perjuicios a reparar eventualmente tienen escalas diferentes.

Por un lado, la responsabilidad penal societaria va dirigida a sancionar a los administradores que responden a obligaciones frente a los accionistas, por tanto conlleva estructuralmente una exigencia del cumplimiento de un “deber” y, a su vez, dependiendo del caso, una afectación directa o indirecta a la “propiedad”. De manera que la responsabilidad en este tipo de ilícitos está en su mayoría dirigida a preservar la administración del negocio, la propiedad y el patrimonio de los accionistas frente a aquel que recibe el mandato para administrarlo como bien de familia o como un buen hombre de negocios.

⁴ Se hace referencia a un “bien jurídico protegido” cuando el legislador detrás de sancionar un comportamiento prevé de su parte una protección a favor del hecho sancionado. Es decir, si el legislador sanciona la lealtad empresarial o la administración indebida, es porque protege varios bienes jurídicamente protegidos, en estos casos, la lealtad y la administración pulcra. Esto tiene un interés jurídico de saberse porque de todo ello va a depender la prueba, la persecución y que es lo que verdaderamente está sancionado penalmente para cuando así lo invoque una víctima.

⁵ Cabe advertir que de ocurrir una paridad o igualdad de bienes jurídicos protegidos por diferentes artículos o normas nos encontramos ante concurso de leyes o normas, esto ocurre cuando el legislador protege un bien jurídico con varios ilícitos (ejemplo el derecho de propiedad, a través de la estafa, el robo, el abuso de confianza, etc., en este caso ese derecho se encuentra protegido por varios ilícitos). Evidentemente, para resolver cual es el que aplica se acude al concurso real de infracciones y el mayor desvalor creado por el hecho subsume el desvalor menos afectado en la norma violada.

Es dable aclarar que este tipo de infracciones tienen, como lo veremos más adelante, un elemento de confianza depositado en el administrador que cuando es desquebrajada y éste en tal condición no ha hecho ningún tipo de acción tendente a disminuir su impacto, queda comprometida su responsabilidad penal y civil concomitantemente.

Lo lógico sería pensar que el administrador sea quien debería probar que su actuación estuvo apegada a los mejores intereses de la empresa, pero lo cierto es que lo fáctica y jurídicamente correcto es que la empresa sea quien demuestre el comportamiento ilícito del administrador, habidas cuentas de que tiene en sus manos los medios de prueba y los fondos para ello, si ha lugar; reservando que en algunas circunstancias sea el administrador quien deba probar que su comportamiento apegado a la norma y a una actuación prudente a pesar de los daños; en este último caso, cuando por el tipo de irregularidad ocurrida la empresa no pueda probar el ilícito, ya sea por lo delicado del caso o porque ocurra una destrucción de las pruebas por parte del administrador, corresponde entonces a éste demostrar y probar que su comportamiento sí ha sido correcto, una aseveración en contrario daría lugar a crear un clima empresarial de impunidad en favor de los administradores -que son los que manejan el día a día de la empresa- que no es aceptada por el derecho.

Lo cierto es que este tipo de responsabilidad va dirigida no sólo con la intención de preservar un derecho a la propiedad de quien se sienta afectado (los socios) por el ilícito, sino que la protección de la norma se extiende indirectamente a encarar un espectro “social” relevante, ya que la propia sociedad de manera indirecta se ve afectada por el comportamiento sancionado cuando se ve obligado a través del aparato represivo del Estado (tribunales) a cerrar u ordenar el cese temporal de las actividades comerciales de la empresa, de igual manera los trabajadores verían afectados sus ingresos debido a la posible pérdida de sus trabajos.

No obstante, por la configuración propia de este tipo de responsabilidad (societaria), los trabajadores, los acreedores y demás relacionados, en principio no tienen legitimación activa para iniciar persecuciones penales, debido a que en estos sólo quienes han aportado al patrimonio social de la empresa y por otorgar mandato, poder y confianza al administrador, son los que retienen la legitimación activa para perseguir penalmente los ilícitos societarios definidos en la Ley de Sociedades y demás legislaciones complementarias.

La responsabilidad de los administradores frente a los “trabajadores” no se compromete vía responsabilidad societaria, ya que su relación es temporal y directamente con la sociedad como persona jurídica diferente que es quien realmente los han contratado.

Aprovecho la ocasión para aclarar, que aun cuando los administradores comprometen su responsabilidad penal frente a los trabajadores por el incumplimiento de alguna ley creada a su favor (Seguridad Social, Laboral, etc.), no lo hacen dentro de la responsabilidad penal societaria, sino dentro de la responsabilidad penal de derecho común, la cual tiene sus propias reglas y sus medios de pruebas.

Como ejemplo de lo anterior, están los casos de no inscripción a la seguridad social, violación a la libertad sindical y violación a la protección del salario, etc., pero, reiteramos, este tipo de responsabilidad está enmarcada dentro de la responsabilidad penal frente a terceros o propiamente dicha; ya que en este último caso la protección jurídico-penal no va dirigida a salvaguardar el patrimonio ni proteger las violaciones al mandato que reciben los administradores de los accionistas, sino que violenta otros bienes jurídicos protegidos; he aquí la importancia de retener la diferencia del bien jurídico protegido para entender cual tipo de responsabilidad es imputable en cada caso.

Ahora bien, conviene preguntar ¿porqué es dable analizar la responsabilidad de los administradores dentro del derecho societario? La respuesta se enmarca dentro de las reformas que se han incorporado en nuestro país recientemente, y estamos hablando de la tan controversial Ley 479-08 del 11 de diciembre de 2008, que regula las Sociedades Comerciales y Empresas de Responsabilidad Limitada (en lo adelante “Ley de Sociedades”).

Si se hace un examen jurídico detenido de la ley indicada podremos encontrar a partir del Título III, las disposiciones penales relativas a las sociedades comerciales y a las empresas individuales de responsabilidad limitada; en ese contexto jurídico-penal se tratan las infracciones que los administradores sociales pudieran cometer en la formación de la sociedad, vigencia, disolución y liquidación societaria.

No escondo mi pesar por los tantos ilícitos creados en la norma, que a veces me hace reflexionar si se trata de una ley eminentemente societaria o el desprendimiento de la parte del Código Penal de un Estado dirigido a sancionar los delitos societarios.

En España, por citar un ejemplo, las Leyes tanto de Sociedades Anónimas como de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no prevén articulados penales sino que remiten al Código Penal Español; nos sorprende cuando estudiamos al Profesor Luzon o Silva que evidencia que en el Código Penal Español sólo existen no más de cuatro o seis artículos específicos relacionados con los delitos societarios (existen otros que indirectamente les aplican). Evidentemente, en esos pocos ilícitos se enmarcan hechos tan genéricos que los abarca casi todos, tal como nosotros hemos hecho con los 5 artículos que regulan nuestra responsabilidad civil; en resumidas cuentas todo trata de una laboriosidad e ingeniería legal de la jurisprudencia.

Esa inflación de regulación penal hace que ningún administrador se escape a ser sancionado penalmente en algún momento de su actividad empresarial, lo que no es propio, más cuando en la actualidad el Estado se inclina más a una supervisión efectiva que a un sancionamiento penal propio.

No obstante, procede analizar desde el punto de vista académico la construcción de la responsabilidad penal de los administradores en la nueva Ley de Sociedades.

a) Elementos que componen la responsabilidad penal societaria

El administrador como sujeto responsable

En el esquema actual de nuestra legislación la responsabilidad penal societaria se encuentra en su mayoría en la nueva Ley de sociedades, sin embargo, en algunas otras legislaciones tenemos ilícitos penales especiales para cuando la administración se trate de sociedades de sectores “regulados”, tal es el caso de la materia bancaria, seguros, telecomunicaciones, entre otras. Además, se agregan ilícitos derivados de leyes que no están dirigidas a un sector en específico sino que son de la generalidad y común a cualquier sociedad comercial; estamos en estos casos cuando hablamos de leyes de lavados, de competencia, y de infracciones contenidas en nuestro derecho penal clásico (cheques, tránsito, delitos de abuso de confianza, estafa), entre otras.

Antes de pasar a analizar al administrador como sujeto responsable, debemos ver ¿dentro de qué tipo de delitos cae la responsabilidad de los administradores?, la respuesta no la encontramos en nuestra ley de sociedades sino del análisis que hace la doctrina y la jurisprudencia extranjera, y enmarca a este tipo de responsabilidad dentro de lo que denominan “delitos especiales”. Esto es importante retenerlo ya que sólo

pueden cometer estos ilícitos y por ende ser responsables de ellos, quienes administren y ostenten la condición de “administradores” o “gerentes” jurídicos o de hecho; no pueden considerarse responsables aquellos que no ejercen funciones de administrador ya sea como administrador único, solidario, mancomunado, colegiado o de hecho.

Esto así, porque, la responsabilidad tiene lugar sólo cuando el administrador actúa en su carácter de tal, es decir, cuando actúa como órgano social, pues las sociedades (anónimas o limitadas) adoptan una estructura orgánica y no contractualista, por lo que a la responsabilidad derivada del incumplimiento de las funciones inherentes al cargo, quedan sujetas las personas físicas titulares de la condición de órgano y no cuando actúa como mero socio o particular. Es decir, no será responsable como administrador, por ejemplo, cuando vende acciones ocultando la existencia de ciertas deudas tributarias de la sociedad.⁶ Ahora bien, legalmente es quien debe ser considerado como administrador en una sociedad comercial, para así individualizarlo e imputarle una conducta atípica sancionable a luz del derecho penal.

La actual ley de sociedades da una definición de lo que se debe considerar como administrador, y señala en su artículo 26 que **“los administradores o gerentes tendrán a su cargo la gestión de los negocios sociales, además representarán a la sociedad, salvo que la ley, el contrato de sociedad o los estatutos sociales atribuyan las funciones de representación a alguno o algunos de ellos o establezcan cualquier otra modalidad de representación para la actuación frente a terceros”**.

Desde el punto de vista de la ley, un administrador es quien está a cargo de la gestión de los negocios sociales,

6 Roberto García González, “El administrador como sujeto Responsable”, Noticias Jurídicas, Revista Digital; web site <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho Mercantil/200802-25897463154623.html>

de ahí se parte que es la persona que toma la dirección del patrimonio.

Por su parte, la Ley prevé el principio de la delegación de sus poderes de administración (artículo 25 de la LS) pero estos quedan responsables frente a la sociedad de los actos que deleguen, pero se debe aclarar que esta responsabilidad si bien podría ser penal debemos de verla dentro del contexto de la personalidad de la pena y persecución penal, ya que si el delegado comete una infracción penal, sólo su responsabilidad penal queda comprometida; ahora bien, cabe preguntarnos ¿cuándo la responsabilidad penal del delegante queda comprometida?, la respuesta está en el tipo de delito cometido, ya que si se trata de delitos de omisión (propia o impropia) que conlleva una obligación de deber o de cuidado frente al delegatario, se compromete su responsabilidad.

En estos casos, nos encontramos con los delitos de obligación de comunicación que prevé la Ley de Sociedades, cuando obliga a que los administradores comuniquen al Registro Mercantil la información requerida, es tanto responsable el delegatario como el delegante si no hizo sus esfuerzos para que el primero de estos cumpla con la obligación que estaba a su cargo, en este caso estamos frente a una omisión de un deber reprochable penalmente.

Sin embargo, también tenemos al “administrador de hecho” como sujeto responsable penalmente; en este caso, el legislador ha sido sabio al definir al administrador como la o las personas que tengan a su cargo la gestión de una determinada empresa, de ahí que cuando una persona gestione los destinos del patrimonio social, será la responsable directa frente a los socios aun cuando no esté nombrado por los órganos sociales que corresponda; por tanto un administrador no podrá eximirse de responsabilidad al invocar que por su condición irregular (falta de nombramiento por los órganos, nulidad del mandato o del

nombramiento como tal, irregularidad del mismo, vencimiento del periodo para el cual fue nombrado, etc.) no debe ser considerado responsable.

El administrador de hecho sólo puede ser considerado no responsable cuando comunica e inscribe la cesación de sus funciones ante el Registrador Mercantil, de lo contrario siempre compromete su responsabilidad.

Quid del consejo de administración, de los administradores conjuntos, solidarios y mancomunados.

Tiene particular importancia saber que nuestro sistema legal prevé que sólo es responsable por el hecho personal, sin embargo cuando el ilícito proviene de una administración conjunta como en el caso de las Sociedades Anónimas a través del consejo de administración o en las de Responsabilidad Limitada donde existan gerentes conjuntos, solidario o mancomunados, es importante saber cuándo y cómo se compromete la responsabilidad.

Aunque en algunos casos el hecho puede ser imputado a todos los miembros de un consejo de administración, la obligación de un juez debe estar en individualizar el grado de participación de cada administrador; esto quiere decir que cuando la obligación es exigida de manera general a todos los miembros, la imputación penal recae sobre todos al mismo tiempo, pero quienes estén más obligados a cumplir tal cuestión o sepan de la irregularidad con mayor vehemencia son los que deben ser sancionados más drásticamente e, inclusive, ser los demás liberados cuando se acojan circunstancias atenuantes.

Un ejemplo de lo anterior está en las entidades bancarias o de intermediación financiera, donde se les exige al consejo

de administración (por ser obligatoriamente Sociedades Anónimas) que comuniquen informaciones y datos a la Superintendencia de Bancos dentro de un periodo determinado de tiempo, entre otras obligaciones más; en este caso, todos los miembros del consejo de administración son responsables de tal incumplimiento ya que todos por igual están obligados a cumplir con ese precepto legal.

No puede un administrador dentro de un consejo para liberarse de responsabilidad penal, decir que él no tenía la administración ni el control real para cumplir esa obligación, o, en su caso, que no podía determinar si la información era o no válida de la contenida en los informes financieros, ya que él en su condición de administrador no sólo participa de los beneficios del negocio sino también que por su condición asume ciertas obligaciones dentro de las cuales está indagar siempre que los datos ofrecidos y aprobados por él en el consejo son verídicos. Si alberga alguna duda, debe dejarla constar en las reuniones que se celebren al respecto.

De manera pues, que dentro de los parámetros legales una cosa es ser responsable y otra es valorar el grado de responsabilidad que haya incurrido, de ahí que el legislador obliga a que se determine el grado de participación e intervención en los hechos para graduar su penalidad o su exclusión (Párrafo V del artículo 12 de la LS).

Finalmente, los administradores pueden ser responsables conjuntos por las actuaciones de los demás, y para eximirse deben probar que ellos han hecho todo lo posible para impugnar y dar conocimiento a los socios de que esa determinada actuación era impropia y merecía reproche, en caso contrario, debe responder por el grado de participación o conocimiento del ilícito.

b) Del elemento de la culpabilidad en los administradores

Para el derecho penal empresarial no basta con que el administrador ejecute un hecho perjudicial para la sociedad, sino que ese hecho se cometa a sabiendas de que se está causando un daño y con conocimiento de causa de que es perjudicial para los intereses que administra; esto implica que se debe probar el conocimiento de causa o la intención del administrador en la comisión del hecho, la llamada conciencia de lo que se está haciendo perjudica.

Sin embargo, la regla anterior sufre excepciones ya que algunos de los ilícitos contenidos en la ley de sociedades están concebidos dentro de una “responsabilidad objetiva”, es decir que sólo se debe probar la existencia del hecho y queda como tal configurada la infracción. Un ejemplo de estos casos son los delitos de omisión referente a la falta de comunicación de información al Registro Mercantil y la violación u obstaculización del derecho de información de los socios.

En los delitos que llevan la coletilla “a sabiendas”, el legislador exige que se deba de probar necesariamente –aun en algunos casos difíciles- la intención o culpabilidad del agente infractor, en este caso, que el administrador a actuado con conocimiento de causa de que su comportamiento es reprochable penalmente.

Basta con poner en mora a un administrador para la restitución de sumas, cumplimiento de una obligación, para derivar la mala fe de su comportamiento; o, en su caso, de que advierta la retractación de un hecho y éste no lo hace.

En este tema de la culpabilidad de los administradores, soy de opinión, que existen muchos delitos de responsabilidad objetiva contenidos en la ley de sociedades, y eso coloca en suma desventaja al administrador porque muchas de sus

actuaciones las hace por mandato del socio mayoritario (que en la práctica tiene el control de la empresa) y ante un ilícito de responsabilidad objetiva que no necesita de la intención para configurarse, necesariamente hace responsable al administrador aun cuando haya advertido o hecho lo imposible para no violar la norma.

Además, entiendo que la jurisprudencia debe en su momento desarrollar la teoría de la aceptación y renuncia implícita de la acción, que es cuando un administrador comete un ilícito y los socios se dan cuenta pero no ejercen ningún tipo de acción dentro de un tiempo razonable y no se deja ese comportamiento abierto por siempre para luego someter a chantaje al administrador. Pero cada caso deberá ser evaluado en su momento oportuno y la jurisprudencia es quien deberá analizar y sentar principios que se adecuen a la realidad empresarial dominicana, de lo contrario, si se importan decisiones de otras jurisdicciones y se aplican mecánicamente, entonces no habremos logrado nada.

La culpabilidad es tan importante, que cuando a un consejo de administración le es exigida una obligación conjunta, la responsabilidad recaerá en cada administrador dependiendo del grado de culpabilidad de cada uno, pudiendo en cualesquiera de los casos ser responsables unos y otros no, correspondiendo siempre a los jueces que valoran el caso, determinar soberanamente esta cuestión sin censura de la casación salvo desnaturalización de los elementos de la causa.

Finalmente, siempre son culpables y penalmente responsables aquellos administradores que hayan actuado o dejen de hacer algo que la ley, el contrato o la costumbre, expresamente o implícitamente obliga o manda a no hacer.

c) El daño o perjuicio

Es necesario, para la configuración de la responsabilidad penal de todo administrador, la existencia de una lesión real a los derechos de los socios, ya sea al patrimonio, al derecho de información, o al deber de lealtad y cuidado que se debe. No puede en ningún caso exigirse responsabilidad que no derive una consecuencia lesiva, excluyéndose toda violación virtual o abstracta de un derecho.

En este caso, estamos hablando de que si determinado comportamiento no ha generado una lesión jurídica, no puede exigirse responsabilidad.

Un ejemplo de lo anterior sería un administrador que recibe una cantidad en una transacción más de lo debido y se lo apropia, aunque se comete una infracción penal, la empresa y sus socios no son víctimas de ellos a menos que se reclame judicialmente a ella y este comportamiento genere un daño lesivo comprobable, y directamente vinculante con la acción cometida.

Finalmente, es importante resaltar que en los delitos de omisión que conllevan el cumplimiento de ciertas obligaciones no es necesario el daño real, ya que basta con que se demuestre que el administrador no cumplió con la obligación puesta a su cargo.