

# Los deberes fiduciarios: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos

Elena B. Fernández Castejón

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal. Universidad Miguel Hernández de Elche*

---

FERNÁNDEZ CASTEJÓN, ELENA B. Los deberes fiduciarios: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-26, pp. 1-35.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-26.pdf>

RESUMEN: En el terreno de la práctica judicial, cada vez son más numerosos los casos en los que están implicados por diferentes delitos agentes internos de la empresa y, más recientemente, las propias organizaciones. De hecho, una de las principales problemáticas actuales a las que se enfrenta la praxis forense es la individualización de la responsabilidad penal en el seno de la estructura empresarial, y quizás por ello sea, también, un campo de investigación vivo en el que la teoría del delito se sigue desarrollando para su mejora como instrumento sistemático y metodológico. El presente trabajo pretende contribuir a la mejora de la individualización de la responsabilidad penal en la empresa a partir de la aplicación en la praxis judicial los deberes fiduciarios, desarrollando su alcance y limitaciones para determinar la responsabilidad penal de los altos directivos. Para dilucidar, clasificar y explicar los criterios objetivos o normas de conducta a los que están sometidos los altos directivos, se analizan los deberes de diligencia, lealtad, así como el deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

PALABRAS CLAVE: Deber fiduciario, deber de diligencia, deber de lealtad, empresa, alto directivo.

TITLE: **Fiduciary duties: scope and limitations for determining the criminal responsibility of directors**

ABSTRACT: In the field of judicial practice, there are more and more cases in which internal agents of the corporation and, more recently, the organizations themselves are implicated by different crimes. In fact, one of the main current problems facing forensic practice is the individualization of criminal responsibility within the corporate structure, and perhaps for this reason it is also a living field of investigation in which crime theory continues to be developed for improvement as a systematic and methodological tool. This work aims to contribute to the improvement of the individualization of criminal responsibility in the corporation from the application in judicial practice of fiduciary duties, developing its scope and limitations to determine the criminal responsibility of directors. In order to clarify, classify and explain the objective criteria or rules of conduct to which directors are subject, the duties of diligence, loyalty and the duty to avoid situations of conflict of interest are analysed.

KEYWORDS: Fiduciary duty, duty of diligence, duty of loyalty, company, director.

Fecha de publicación: 31 diciembre 2019

Contacto: [efernandez@umh.es](mailto:efernandez@umh.es)

*SUMARIO: I. Introducción: la “olvidada” importancia de la individualización de la responsabilidad penal en la empresa. II. Los deberes fiduciarios como “sustrato” de la responsabilidad penal de los altos directivos. III. Clases de deberes fiduciarios y responsabilidad penal de los altos directivos. 1. Deber de diligencia. 2. Deber de lealtad. 3. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés. IV. Hacia la mejora de la individualización de la responsabilidad penal de los altos directivos a partir de los deberes fiduciarios. 1. La superación de la confusión de planos: Los deberes fiduciarios como sustrato para la valoración y la necesidad previa de imputación ordinaria (o extraordinaria). 2. La “delegabilidad” de los deberes del alto directivo. V. Recapitulación y consideraciones finales. Bibliografía.*

---

## **I. Introducción: la “olvidada” importancia de la individualización responsabilidad penal en la empresa**

La determinación de la responsabilidad de la empresa no es desde luego, una cuestión intrascendente, tampoco es accesoria dada la gravedad de las consecuencias jurídicas aplicables. Sin embargo, el hecho de que durante las últimas décadas, al menos desde la puesta en marcha del Código Penal de 1995, y en mayor medida desde establecimiento de la responsabilidad personas jurídicas en 2010<sup>1</sup>, la discusión dogmática en nuestro país en relación con la delincuencia empresarial se haya centrado, no exclusiva pero sí principalmente, en la responsabilidad penal de la empresa, nos ha hecho perder de vista la cuestión esencial en el ámbito de la responsabilidad económico-empresarial: la individualización de la responsabilidad penal en la empresa. Como es sabido, en la actividad empresarial suele ser habitual la intervención de múltiples sujetos que, en muchas ocasiones, ocupan escalones diversos en una estructura empresarial difusa en la que las competencias, las funciones específicas y las responsabilidades no siempre están definidas de forma clara o no siempre existe correspondencia entre las definidas formalmente y las materialmente ejecutadas<sup>2</sup>. La existencia de órganos funcionales similares o de intervenciones fragmentarias dentro de la empresa, conlleva que pueda parecer en ocasiones que ningún individuo comete el hecho delictivo por sí mismo, pero todos lo cometen conjuntamente, surgiendo, en el caso de los órganos colegiados, el problema de la coautoría funcional<sup>3</sup>. Parece claro, por tanto, que lo esencial, cuando hablamos de

<sup>1</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010. Y posteriormente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015, que incluyó una descripción de los llamados “programas de cumplimiento”.

<sup>2</sup> En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 40, 2007.

<sup>3</sup> Sobre la aplicación en la doctrina y la jurisprudencia españolas la teoría de la autoría de Roxin, consúltese: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas: consideraciones críticas”, *Nuevo foro penal*, nº 76, 2011, pp. 15 – 48. Véase, sobre la compleja identificación de los auténticos responsables cuando la jerarquía no está bien definida, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 193; PÉREZ CEPEDA, A. I.: “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y

delitos en la empresa, sigue siendo y será la individualización de la responsabilidad de cada uno de los sujetos, aunque la entidad pueda ser hecha responsable.

No obstante, tratar la responsabilidad de los sujetos en la empresa sin reparar en el Derecho mercantil, no es sólo difícil, sino a mi parecer, inadecuado, principalmente porque se puede errar al pretender aportar soluciones de máximos aplicando el Derecho penal sin reflexionar sobre cómo se han solucionado desde el derecho privado problemáticas similares, y en ocasiones, idénticas. Precisamente en este ámbito, e independientemente de las posibles críticas que se hayan podido verter desde la doctrina mercantil especializada, de forma e incluso de fondo, al régimen de responsabilidad de los altos directivos y los administradores sociales, se puede afirmar que es mayoritario el sector que se inclina por otorgar un carácter eminentemente imperativo a los deberes fiduciarios o de confianza de los altos directivos en la empresa<sup>4</sup>. No se admite, por decirlo de otro modo, que por medio de cualesquiera pactos privados suscritos por los distintos sujetos que puedan formar parte de la alta dirección de una empresa, puedan estos desligarse de los deberes que les son impuestos. Por ello, por el carácter imperativo de estos deberes y por su crucial importancia en el ámbito empresarial, el presente trabajo tendrá como objetivo principal el estudio y análisis del alcance y las limitaciones de los deberes fiduciarios para la aplicación de los mismos en el ámbito del Derecho penal. Los objetivos específicos de este trabajo, serán, por tanto, los siguientes: un primer objetivo, consistente en analizar los deberes fiduciarios de diligencia, de lealtad, así como el deber de evitar situaciones de conflicto de interés en el ámbito económico-empresarial; y un segundo objetivo, con el que se persigue mostrar la aplicación y la influencia que estos deberes han tenido en la praxis judicial española para la mejora de la individualización de la responsabilidad de los altos directivos de la empresa. Para ello, la estructura del presente trabajo, estará conformada por una primera parte, en la que se introducirán los deberes fiduciarios, partiendo de una concepción de los mismos como “sustrato” de la responsabilidad penal de los altos directivos. Posteriormente, en una segunda parte, se clasificarán los distintos deberes fiduciarios de los altos directivos, distinguiendo entre el deber de diligencia, el deber de lealtad y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés. Una vez

participación”, *Revista penal*, nº 9, 2002; y BAIGÚN, D.: “¿Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico?”, *Revista de Ciencias Penales*, nº 1, 1995, Montevideo, p. 42. Este problema también ha sido apuntado por la doctrina americana; véase por todos FISSE, W.: “The Social Policy of Corporate Criminal Responsibility”, *Adel. L. Rev.*, vol. 6, 1981, pp. 372-373.

<sup>4</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C.: “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, en *Indret*, núm. 162, octubre de 2003. Aunque la discusión sobre el carácter imperativo de estos deberes sigue en discusión en la actualidad en la doctrina mercantilista; *cfr.* al respecto, LLEBOT MAJÓ, J. O.: “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J./BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.(DIRS.): *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6ª ed., 2016, pp. 50 y ss., y p. 62; y recientemente también se ha referido a este carácter imperativo, con matices, la doctrina penal; *vid.* COCA VILA, I.: “La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal”, en *Diario La Ley*, 2019, núm. 9371, p. 8.

explicadas las distintas clases de deberes fiduciarios, ya en una tercera parte del trabajo, me centraré en explicar cómo se aplican los mismos en la práctica judicial, suponiendo una importante contribución a la mejora de la individualización de la responsabilidad penal de los altos directivos. Finalmente, tras una breve recapitulación, haré unas consideraciones finales a modo de conclusiones para evidenciar el alcance y las limitaciones de estos deberes fiduciarios para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos.

## II. Los deberes fiduciarios como “sustrato” de la responsabilidad penal de los altos directivos

En el ámbito del Derecho penal empresarial del *common law*, la Teoría de Agencias o *Agency Theory*<sup>5</sup> ha surgido en las últimas décadas como derivación del desarrollo de las reglas jurídicas que regulan las diversas relaciones fiduciarias entre los altos directivos y la empresa. Estos deberes fiduciarios específicos que tienen determinados agentes hacia la sociedad y sus accionistas, derivan de la propia facultad de éstos de actuar a favor de terceros y de la sociedad misma<sup>6</sup>. De esta forma, determinados agentes de la empresa, como son los altos directivos y los administradores, están inmersos en una relación de confianza que supone el cumplimiento de un deber genérico de fidelidad, conocido como deber fiduciario, de lo que deriva que en el *common law* todo aquel que deba cumplir con este deber sea conocido como “fiduciary”.

Estos deberes fiduciarios en el ámbito empresarial han sido desarrollados y delimitados en su alcance y contenido, por los sucesivos pronunciamientos judiciales en el sistema estadounidense. De manera expresa, en un primer momento, los tribunales se refirieron a dos deberes que tenían que cumplir los altos directivos para no infringir las obligaciones fiduciarias derivadas de la relación de agencia que mantenían con la corporación: el *duty of care* y el *duty of loyalty*<sup>7</sup>. Desde un principio, el nivel de exigencia de estos dos deberes impuestos a los altos directivos y administradores, no fue el mismo, más bien al contrario: el estándar del *duty of care* o deber de diligencia, era mínimo, era débil; mientras que el estándar del nivel de lealtad era bastante más exigente<sup>8</sup>. Y ello porque en el caso del *duty of loyalty*, la

<sup>5</sup> Que he traducido como “Teoría de Agencias”, pero que también ha sido traducida en España, sobre todo desde un enfoque económico, como Teoría de la Agencia. He preferido darle la traducción de Teoría de Agencias para que no sea confundida con el enfoque estrictamente económico que se le da a la misma en nuestro país en las últimas décadas. Para un estudio mayor sobre esta Teoría, consúltese la obra FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E. B.: *Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en EE.UU. ¿Un modelo para el Derecho penal español?*, Bosch Penal, Barcelona, 2017.

<sup>6</sup> KLEIN, W. A.; COFFEE, J. C.: *Business organization and finance: legal and economic principles*, 9ª ed., Editorial Foundation Press, Estados Unidos de América, 2004, p. 130.

<sup>7</sup> Sobre este caso, consúltese la obra McMURRAY, M.: “An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule”, *Vand. L. Rev.*, n° 40, 1987, p. 605 y ss.

<sup>8</sup> DAVIES, P.: *Introduction to Company Law*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2010, pp. 152-153; SCOTT, K.: “Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project”, *Stanford Law Review*, vol. 35, 1983, p. 927. En España, se refiere a ello, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C.:

actuación supondría un beneficio para el agente (el alto directivo o administrador) proporcional al perjuicio del principal (la empresa); sin embargo, en el caso del *duty of care* únicamente habría perjuicio para el principal (la empresa), sin un beneficio correspondiente para el directivo o administrador<sup>9</sup>. Del desarrollo de estos deberes posteriormente surgirían otros derivados de ellos, como el deber de informarse o el deber de evitar situaciones de conflicto de interés. De este modo, el conjunto de deberes que fueron desarrollándose y delimitándose en su contenido y alcance por la praxis judicial, no sólo acabaría determinando una política jurídica preventiva y de moralización de estos relevantes agentes de la empresa, sino que a su vez, establecería la medida retribucionista que modulaba la posibilidad de resarcimiento de los perjudicados por la conducta ilícita del alto directivo<sup>10</sup>, definiendo al mismo tiempo unas obligaciones normativas cuya violación podría constituir la base desde la que se valorara la existencia de la infracción, por parte de ese sujeto en particular y por la posición en la que se encontraba, de una norma de conducta penal.

Los deberes fiduciarios constituirían, en este sentido, el sustrato de la responsabilidad de los altos directivos; el contenido orgánico de la existencia de una relación de responsabilidad entre ese concreto agente de la empresa y lo que en ella sucede. Y aunque el hecho de que un directivo sea responsable de la infracción de un deber de confianza en relación con un hecho en concreto no le convertiría inmediatamente en penalmente responsable de los “desvalores normativos” asociados a tal hecho, lo que sí puede afirmarse es que la valoración de si, con respecto a un determinado hecho acontecido en el seno de una empresa, ha habido o no por parte del alto directivo la infracción de una regla de conducta penal no podría llevarse a cabo si no se analizaba desde el prisma de si ha infringido o no, y de qué modo, los deberes fiduciarios que definen su relación de responsabilidad con lo que sucede en la empresa.

En efecto, al utilizar el régimen de los deberes fiduciarios y la Teoría de Agencias para dilucidar, clasificar y explicar, los criterios objetivos o normas de conducta a los que están sometidos los altos directivos, no sólo estamos describiendo un régimen jurídico-privado definitorio de las relaciones entre diferentes agentes, sino que estamos haciendo algo más. Estamos afirmando que el hecho de que el agente -una vez imputado el hecho concreto que se adscribe al alto directivo sobre el que estamos dilucidando su posible responsabilidad- con su conducta haya infringido o no, el deber de confianza que corresponda interpretar en el caso concreto, constituye el

*Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, Madrid, 2007.

<sup>9</sup> A ellos se hace referencia en ocasiones como juego de suma cero en el caso del *duty of loyalty* y juego de suma negativa en el caso del *duty of care*, al relacionar la actuación del alto directivo o administrador con el potencial beneficio que pueda obtener de su conducta ilícita.

<sup>10</sup> Consúltense, sobre las posibilidades del resarcimiento de los perjudicados por la actuación antijurídica del alto directivo o el administrador, la obra de ALONSO ESPINOSA, F.: “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 20.

baremo o si se quiere, el estándar que emplearemos para valorar si estaba o no en una posición que le hace responsable en concreto de lo que ha pasado en el seno de la empresa. Es decir, que sólo llevando a cabo el proceso de atribución de responsabilidad de esta forma y empleando estos criterios, se individualizaría la responsabilidad penal de los altos directivos de una forma correcta, pues sólo desde el sustrato de en qué y en qué no deposita la empresa su confianza en el directivo podremos conocer a qué está obligado y a qué no y sólo desde la determinación de esto último podremos construir una argumentación razonable sobre su responsabilidad.

No puede –y esto es importante destacarlo- entenderse conforme a otro baremo el cumplimiento del deber del alto directivo de la empresa que el propio que ampara el compromiso que adquirió con la empresa de la cual está al mando. Esto es lo que fundamenta la necesidad de acudir a la normativa mercantil y lo que justifica el esfuerzo argumentativo que deben hacer los tribunales –también por supuesto, desde el orden penal- de acudir a la Teoría de Agencias para poder justificar la infracción del deber por parte de los administradores.

Ahora bien, con esto no estamos afirmando que es ese contenido normativo derivado de los deberes de confianza el único que conforme la regla de conducta operará para llevar a cabo el juicio de valoración esencial para determinar la responsabilidad penal de los altos directivos de la empresa. Como es obvio, en la *applicatio legis ad factum* el hecho imputado al alto directivo será comparado con el tipo penal de injusto de que se trate (también por las normas de intervención delictiva tan importantes a la hora de individualizar responsabilidades), regla de conducta que, por ser infringida por el directivo en el seno de la actividad de una empresa, será informada a su vez, por los deberes de confianza empresarial. En otras palabras: además de confrontar el hecho imputado con el deber de confianza empresarial, deberá hacerse un juicio de valoración para determinar si el alto directivo realizó el tipo de injusto específico de que se trate, además de comprobar si infringió la norma prohibitiva de intervención –de autoría o participación- para poder atribuir el demérito que su conducta merece.

Todo esto, sin embargo, que en abstracto parece simple, en la praxis judicial no lo es, quizás porque los tribunales tienden a saltarse pasos y no se relacionan las llamadas posiciones de garante en Derecho penal con el sustrato de su contenido normativo y quizás también, porque se confunden planos. Antes, en todo caso, de desarrollar tales problemáticas, es el momento de analizar, cuanto menos a grandes rasgos, cómo puede concretarse en el proceso de valoración de la realización por parte del alto directivo de un injusto penal ese sustrato esencial que constituyen los deberes fiduciarios o de confianza empresarial.

### III. Clases de deberes fiduciarios y responsabilidad penal del alto directivo

Como se ha expuesto muy brevemente en el epígrafe anterior, la Teoría de Agencias construida sobre la base de la relación de agencia existente entre el alto directivo (el agente) y la empresa (el principal) es realmente útil para la singularización de responsabilidades en el ámbito de la empresa. Así, los deberes de confianza o fiduciarios derivados de la relación de confianza o fiducia entre el administrador y la empresa, sirven para allanar el camino en el ámbito penal para la adscripción de responsabilidad del alto directivo. En este sentido, la interpretación de la relación principal-agente de la que parte la Teoría de Agencias, se caracteriza, no sólo por la posición de “dominio” por cuanto vincula con sus hechos la responsabilidad de la empresa, sino que entendiendo la relación de agencia desde un concepto amplio, se caracteriza también por la asimetría informativa que suele darse en estas relaciones a favor del agente, del alto directivo, por cuanto es este último el que está en más estrecho contacto con la actividad empresarial desplegada y quien por tanto, dispone en tiempo real de la información precisa para actuar. Es por ello, que, actuando en el marco de esta relación de confianza, al alto directivo se le imponen determinadas obligaciones que se concretan en los deberes de confianza empresarial, que tendrán, como no puede ser de otra forma, importantes consecuencias prácticas a la hora de atribuir responsabilidad penal a estos, ofreciendo relevantes criterios para la determinación de las responsabilidades individuales de los directivos.

Por todo ello, para concretar estos criterios para la atribución de las responsabilidades de los altos directivos en España, es necesario acudir a la Ley de Sociedades de Capital<sup>11</sup>. Precisamente, la reforma de esta Ley en 2014, en el apartado V de su Preámbulo explica que la “experiencia adquirida en los últimos años” hace que se haya hecho “necesario por tanto regular ciertos aspectos a los cuales se viene otorgando cada vez mayor relevancia”, y a estos efectos justifica la exigencia de “una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés”. Así, para que pueda entenderse la aplicación de los mismos en el ámbito penal, deben de clasificarse de acuerdo con las siguientes categorías genéricas, que desarrollaremos de forma sintetizada para poder adentrarnos en su correcta aplicación en la práctica penal empresarial. Así pues, tres son las principales categorías de deberes fiduciarios o de confianza que van a tener más trascendencia en el ámbito del Derecho penal económico-empresarial: a) el deber general de diligencia; b) los deberes de lealtad; y c) el deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

Pese a que es imposible aquí un análisis detallado de los supuestos de responsabilidad penal de los altos directivos en los que resultarán criterios normativos

<sup>11</sup> Ley Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo 31/2014, de 3 de diciembre.

esenciales los deberes de confianza empresarial, sí podemos dar unas líneas generales sobre cómo deben operar estos concretos deberes en relación con la posible actuación delictiva de tales agentes internos de la empresa para determinar finalmente su responsabilidad penal.

### 1. *Deber de diligencia*

En el actual art. 225 de la LSC, que fue modificado por la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo 31/2014, de 3 de diciembre, se establece el “deber general de diligencia”. Este deber fue fuertemente afectado por la citada reforma, dado que es uno de los que mayor trascendencia tiene para dilucidar responsabilidades en el seno de la organización.

Así, tras la reforma fue ampliado en su formulación, por lo que actualmente, se desgrana a su vez en los siguientes deberes fiduciarios. El primero de ellos, correspondiente al apartado 1 del actual art. 225, es el de “desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”, que bajo la Ley de 2010 se limitaba a exigir que se desempeñara “el cargo con la diligencia de un ordenado empresario”. El segundo de estos deberes, correspondiente al apartado 2 del art. 225, el de “tener la dedicación adecuada” y adoptar “las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”, ha sido de reciente incorporación con la modificación de 2014 con una clara orientación a la cultura del cumplimiento empresarial. Por último, el tercero de ellos, previsto en el apartado tercero del artículo 225, establece el “deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”, mucho más amplio en su formulación que el deber de “informarse diligentemente de la marcha de la sociedad” que se exigía bajo la redacción de 2010.

Las implicaciones penales que tiene este deber general de diligencia, bien merecerían un trabajo aparte. Baste aquí con resaltar la trascendencia que tendrá en el ámbito del Derecho penal económico-empresarial y explicar cómo debe operar el deber de diligencia en relación con la posible actuación delictiva de los altos directivos en el seno de la empresa.

Para ello debemos distinguir previamente entre dos tipos de situaciones delictivas: en primer lugar, aquellas en que la actuación del alto directivo se podría definir como primaria, bien porque el deber de cuya infracción nace el injusto penal se dirige a él mismo, o bien porque el deber del que nace el injusto penal se dirige a la empresa; y en segundo lugar, aquellas en la que la actuación del alto directivo es secundaria porque el deber del injusto penal se dirige genéricamente a cualquier persona y es él mismo o alguien que forma parte de la empresa quien lo ha infringido.

Así, en la primera situación fáctica descrita en la que hemos definido como primaria la actuación del alto directivo porque el deber de cuya infracción nace el injusto penal se dirige a la empresa o al directivo, el contenido del deber de confianza es el que ha servido de base al legislador para establecer específicamente un injusto que expresamente ha tipificado de manera concreta en un determinado delito. Sin embargo, con esto no quiero decir que si el legislador no hubiera tipificado ese concreto delito el deber de confianza no “preexistiera” a su tipificación, pues la relación misma que el sujeto ya tenía con la empresa, la “relación de agencia”, es la que ha servido de base para establecer un injusto penal a este agente en concreto de la empresa y no a otro.

De esta forma, el legislador, para la tipificación expresa de ese delito de lo que parte, es de esta relación de agencia que se concreta en un deber de confianza, que le da sentido y que sirve de sustrato, y por tanto este deber de confianza deberá ser infringido, además de por supuesto, tenerse en cuenta en la *applicatio legis ad factum* para que se valore el hecho imputado conforme a la norma de este delito en concreto como contrario a derecho<sup>12</sup>. Todo ello quedará más claro si se explica a través de casos jurisprudenciales concretos cómo debe correctamente operar el juzgador a la hora de aplicar los criterios de la Teoría de Agencias en relación con los deberes fiduciarios en esta primera situación fáctica que hemos descrito.

Sin ser necesario desarrollar aquí para cada uno de los delitos de los tipificados en nuestro Código penal cómo debería responder el alto directivo de la empresa por la infracción de este deber de diligencia, sí que es necesario establecer cómo, a partir de la correcta aplicación de la Teoría de Agencias debemos determinar cuáles son los criterios necesarios que deben tenerse en cuenta para establecer que efectivamente hay una infracción del deber de diligencia y sobre todo, cómo deben operar estos criterios correctamente para establecer la responsabilidad de los altos directivos para esta primera situación fáctica que hemos descrito.

Comenzaremos explicando qué implicaciones prácticas supone la correcta aplicación de la Teoría de Agencias en la situación en la que se deba analizar concretamente el deber de diligencia que debe tener el alto directivo o administrador en la gestión de asuntos económicos. Resulta en este sentido esencial, aplicar los postulados de la Teoría de Agencias para analizar este deber de diligencia en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresa-

<sup>12</sup> Esto podría tener cierto paralelismo, aunque desde luego, no es lo mismo, a la distinción que hace CORCOY BIDASOLO entre deber de cuidado y regla técnica, en CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989. En CORCOY BIDASOLO, M.: “Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n° 13, 2003.p. 38. Explica la autora que “En este punto son de gran utilidad las normativas sectoriales de seguridad sin que ello suponga que el deber de control del riesgo, desde una perspectiva penal, sea equiparable, sin una posterior valoración, al cumplimiento o incumplimiento de una norma extra-penal”. “Ello es así porque mientras las normas sectoriales tratan de prevenir, en abstracto, hipotéticos riesgos, la norma penal lo hace siempre en concreto, es decir, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso”.

rial, desde el prisma del estándar de diligencia que se exige al alto directivo en nuestra legislación. Sobre este estándar, indica la Ley de Sociedades de Capital en su art. 226, que “el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”. Este estándar establecido por nuestro legislador tiene un sorprendente paralelismo con los criterios que exige la *Business Judgment Rule*, contemplada en la subsección 4.01c) del *Principles of Corporate Governance* del American Law Institute<sup>13</sup> para establecer la responsabilidad de los altos directivos y administradores en la empresa.

El importante papel que desempeña aquí el deber de diligencia concretado en un determinado estándar es, por un lado, dar contenido al deber que establece el tipo penal en concreto para saber cómo debe éste interpretarse, pero más allá de eso, aun cuando el tipo penal fuera extremadamente taxativo y describiera perfectamente en qué consiste el deber de diligencia, sería este deber de diligencia mismo el que habría servido anteriormente como base para dar sentido a la creación del injusto penal. Habría sido, por tanto, de nuevo, la confianza que el principal (la empresa), deposita en el agente (el alto directivo), la que habría servido de sustrato al legislador para tipificar para este sujeto en concreto y no para otro de la empresa, la prohibición de llevar a cabo esta conducta infringiendo el deber. Y ello porque otro sujeto de la empresa (que no tuviera la potestad que tiene el directivo y que le confiere la Teoría de Agencias) no tendría la capacidad material de llevar a cabo ese injusto. Es el alto directivo el que tiene el deber de diligencia y es él, por tanto, el que debe ser castigado.

En este sentido, se puede evidenciar la correcta aplicación de este deber de diligencia, así como los criterios que del mismo se derivan, en la STS 220/2016 de 15 de marzo<sup>14</sup> (ROJ: STS 1175/2016), ponente, D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca. En este caso, asiste razón al tribunal al acudir al artículo mencionado de la LSC para delimitar el contenido y alcance del deber de diligencia, en el caso de un administrador que despatrimonializa la sociedad a través de cesiones de hipotecas, ventas, compras, utilización de testafierros y terceras personas interpuestas, extracciones de dinero, etc., dejando a la sociedad sin activos, pasando finalmente parte

<sup>13</sup> Que implica que el alto directivo o administrador cumplirá con el deber de diligencia, de buena fe, cuando: “1) is not interested in the subject of the business judgment; 2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and 3) rationally believes that business judgment is in the best interests of the corporation.”. véase: AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (Proposed Final Draft 1992), Part IV, *Duty of care and the Business Judgment Rule*, p. 134 y ss. En España, sobre esto, puede consultarse, entre otros, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “El deber de diligencia”, en ESTEBAN VELASCO, G.: *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 419 y ss.

<sup>14</sup> STS 220/2016 de 15 marzo. (ROJ: STS 1175/2016), que confirma la SAP de Castellón (Sección 2ª), 396/2013 de 5 diciembre (ROJ: SAP CS 1252/2013).

del activo de aquella, a empresas del propio administrador o gestionadas por él. Y es que, uno de los tipos penales en concreto que es de aplicación para la conducta de este administrador, el delito de alzamiento para favorecer a determinados acreedores contemplado en el artículo 259 del Código Penal, no explica qué debe entenderse por deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, pero sí que hace referencia a él de forma expresa.

Así pues, siguiendo los postulados de la Teoría de Agencias para comprobar si el administrador ha infringido su deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, sería esencial como hemos dicho, acudir al criterio o estándar que para este caso determina la Ley de Sociedades de Capital. Así pues, si como dice la Ley este estándar “se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”, utilizando este criterio para valorar el hecho imputado al acusado, cual es despatrimonializar la sociedad a través de cesiones de hipotecas, ventas, compras, utilización de testaferros y terceras personas interpuestas, extracciones de dinero, etc., dejando a la sociedad sin activos, pasando finalmente parte del activo de aquella, a empresas del propio administrador o gestionadas por él, se puede interpretar claramente que el acusado lo ha incumplido. Por tanto, los criterios que deben tenerse en cuenta para comprobar si el sujeto ha incumplido con su deber de diligencia son los siguientes: que el alto directivo haya actuado de buena fe, que haya actuado sin interés personal en el asunto objeto de decisión, que lo haya hecho con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Aunque estos criterios, son sobre los que se valorará la conducta en la *applicatio legis*, no serán los únicos: se deberá interpretar conforme al hecho imputado que también se den los otros requisitos que exige el tipo del artículo 259 para valorar la conducta del sujeto imputado como contraria a derecho. Así, será necesario valorar conforme al hecho imputado para la aplicación del artículo 259 que el sujeto se encuentre además en una situación de insolvencia actual o inminente y realice, entre otras, las siguientes conductas: “participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos” (art. 259 en su apartado 5<sup>a</sup>), o “realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial”, lo que correctamente hace la Sentencia<sup>15</sup>.

Este estándar o criterio da contenido al deber que establece este tipo penal en

<sup>15</sup> STS núm. 220/2016 de 15 marzo. (ROJ: STS 1175/2016), que confirma la SAP de Castellón (Sección 2<sup>a</sup>), núm. 396/2013 de 5 diciembre (ROJ: SAP CS 1252/2013).

concreto para saber cómo debe interpretarse. Sin embargo, no es sólo ésta la utilidad de la Teoría de Agencias, pues debe tenerse en cuenta además otra de las implicaciones que supone partir de esta teoría en el ámbito penal: aun cuando el tipo penal fuera extremadamente taxativo y describiera perfectamente en qué consiste el deber de diligencia, sería la relación de agencia la que habría servido anteriormente como base para dar sentido a la creación del injusto penal, pues habría sido la confianza que el principal (la empresa), deposita en el agente (el directivo o administrador), la que habría servido de sustrato al legislador para tipificar para este sujeto en concreto y no para otro de la empresa, la prohibición de llevar a cabo esta conducta infringiendo el deber. Así pues, aun cuando hubiera una modificación en el contenido o el alcance de este deber de diligencia (estableciendo un estándar más rígido-más exigente- o más flexible -menos exigente-) en el ámbito mercantil, y ello tuviera implicaciones también en el estándar de cumplimiento que debe exigirse al directivo en el ámbito penal, habría una implicación más “estática” derivada de la Teoría de Agencias: la relación de agencia entre el directivo y el principal, seguiría siendo el sustrato que habría llevado al legislador a tipificar esa conducta para ese sujeto y no otro de la empresa. Esto último se entenderá más claramente a partir de la correcta aplicación de la Teoría de Agencias a un caso por todos conocido: el Caso Afinsa<sup>16</sup>, en el que también se evidencia la correcta aplicación de este deber de diligencia, así como los criterios que del mismo se derivan.

Concretamente, el hecho imputado para uno de los administradores de Afinsa fue manipular las cuentas anuales ocultando en el pasivo las deudas contraídas con los clientes y sobrevalorando en el activo su stock filatélico, de tal manera que quien leyera aquellos documentos societarios no pudiera determinar su situación de insolvencia, obteniendo una imagen de gran solvencia, debido a la liquidez que generaban los contratos, que no se correspondía con la realidad. Cuando se llevaron a cabo los hechos que dieron lugar a este procedimiento judicial, era otro el estándar de diligencia que debían cumplir sus directivos, y por tanto fue otro el estándar que se tuvo en cuenta para dar contenido al deber sobre el que valorar los hechos imputados a estos; sin embargo, la relación de agencia entre el alto directivo y el principal, seguía siendo el sustrato que fundamentaba que se impusieran a los directivos y administradores y no a otros agentes el cumplimiento de estos deberes de confianza. Para valorar en este caso el hecho imputado como contrario a derecho, teniendo en cuenta una correcta aplicación de la Teoría de Agencias habría que valorar (además de si realizaron los demás elementos del injusto concreto que fuera de aplicación, en este caso el art. 290 CP) si el administrador había incumplido al menos dos deberes fiduciarios: el deber de información, derivado del deber de

<sup>16</sup> SAN (Sección 1ª nº 22/2016 de 27 julio, de 2016 (ROJ: SAN 2770/2016).

transparencia en la información económico-financiera<sup>17</sup>, y el deber de cumplir su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de un leal representante, conforme a la aplicación de los artículos 225, 226 y 227 de la Ley vigente entonces<sup>18</sup>. En este sentido, puede deducirse claramente cómo el hecho que se imputa al acusado (manipular las cuentas anuales ocultando en el pasivo las deudas contraídas con los clientes y sobrevalorando en el activo su stock filatélico, de tal manera que quien leyera aquellos documentos societarios no pudiera determinar su situación de insolvencia, obteniendo una imagen de gran solvencia), se puede interpretar como un incumplimiento de los deberes fiduciarios anteriormente referidos, por lo que el administrador infringió el deber de diligencia y por tanto se le debe atribuir el demérito, como correctamente hace el tribunal en el Caso Afinsa<sup>19</sup>.

Así, a pesar de que el ex – presidente de Afinsa defendiera en el juicio que la empresa era solvente y el negocio legal, si comparamos los hechos que se le imputan con los deberes de confianza empresarial infringidos, podemos establecer claramente que en este caso la conducta llevada a cabo por el mismo fue contraria a derecho por infracción del deber de información, derivado del deber de transparencia en la información económico-financiera, y el deber de cumplir su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de un leal representante. Otra vez, el papel que desempeñaría aquí el deber de diligencia sería por un lado, dar contenido al tipo penal en concreto para saber cómo debe éste interpretarse, pero también servir como sustrato para la creación del injusto penal, pues ha sido la confianza que el principal (la empresa) deposita en el agente (el directivo), la que ha servido de base al legislador para tipificar para este sujeto en concreto y no para otro de la empresa, la prohibición de llevar a cabo esta conducta.

Es necesario resaltar en este punto que no se pretende aquí, hacer una distinción teórica sobre la categorización de determinados tipos penales sobre la base al deber infringido, como sí se hace desde las teorías del deber jurídico especial<sup>20</sup> para la

<sup>17</sup> Al que se refiere la sentencia, como aquel “que, en una economía de mercado, obliga a los agentes económicos y financieros, para permitir la seguridad del tráfico mercantil, servir de garantía a los socios y a quienes contratan con la empresa y prevenir perjuicios patrimoniales. En el mismo sentido, también la STS 259/2013 de 19 de marzo (ROJ: STS 1445/2013), la STS 1458/2003 de 7 noviembre (ROJ: STS 6956/2003), la STS 655/2010 de 3 noviembre (ROJ: STS 5780/2010).

<sup>18</sup> SAN (Sección 1ª nº 22/2016 de 27 julio, de 2016 (ROJ: SAN 2770/2016); en este sentido también, la STS 765/2013 de 22 octubre (ROJ: STS 5037/2013).

<sup>19</sup> SAN (Sección 1ª nº 22/2016 de 27 julio, de 2016 (ROJ: SAN 2770/2016).

<sup>20</sup> Conforme explica GÓMEZ MARTÍN, V.: “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Nuevas bases para una distinción necesaria”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 14, 2012, p. 1, “De acuerdo con una de las líneas de pensamiento más extendidas entre la doctrina alemana, el elemento diferencial de los delitos especiales frente a los comunes reside, precisamente, en su injusto. Los delitos especiales se caracterizan por un contenido de injusto especial, distinto al injusto propio de los delitos comunes, y únicamente realizable, a título de autor, por los sujetos específicamente previstos en el tipo.” En este magnífico trabajo especifica GÓMEZ MARTÍN que esta tesis ha sido articulada, fundamentalmente, a través de cuatro ideas: a) la *norma especial* (cuyos principales representantes son BINDING y NAGLER (BINDING, K.: “Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Band 1: Normen und Strafgesetze, 4”, *Auflage*,

asunción de un criterio material que fundamente los delitos especiales. Lo que se pretende únicamente es diferenciar fenomenológicamente dos situaciones fácticas en las que el deber de diligencia opera de formas distintas para poder explicar el papel que el mismo desempeña para la atribución de responsabilidad del alto directivo. En las dos situaciones fácticas a las que nos hemos referido al principio de este apartado, por tanto, el deber de diligencia opera de forma distinta porque el injusto penal se dirige al alto directivo de forma también, distinta: en la primera situación se dirigirá directamente a él, mientras que, en la segunda de las situaciones, el injusto se dirige genéricamente a cualquier persona, y por ello hemos definido la actuación del alto directivo como *secundaria*.

Así, en relación a la segunda situación fáctica que describíamos, aquellas en la que la actuación del alto directivo es secundaria porque el deber del injusto penal se dirige genéricamente a cualquier persona y es él mismo o alguien que forma parte de la empresa quien lo ha infringido, el papel que desempeñaría en este caso el deber de diligencia es distinto. No serviría para dar contenido al tipo delictivo en concreto aplicable al hecho imputado, sino más bien su función sería establecer que dentro del ámbito de competencia del alto directivo, es decir, la empresa (o utilizando la terminología de la Teoría de Agencias, el principal), él tiene que cumplir con su deber de diligencia para que no se le atribuya la responsabilidad por los delitos que se cometan en el seno de la estructura empresarial. En este sentido, por tanto, el deber de diligencia, establecería los requisitos que debe de cumplir un alto directivo “diligente” para que no sea considerado responsable por los delitos cometidos en el seno de la empresa.

Así pues, para los supuestos que se incluirían en esta segunda situación fáctica, siguiendo una correcta aplicación de la Teoría de Agencias en el *common law*, tres son los deberes o criterios que deben ser cumplidos, por cuanto se le imponen al alto directivo para poder afirmar que su conducta ha sido diligente:

a) El deber de asegurar que la información y los sistemas de informes existentes en la sociedad, están razonablemente designados para proveer a los ejecutivos principales una medida acorde, sobre la base de información certera que les permita

*Leipzig*, 1922, p. 126; NAGLER, J.: *Die Teilnahme am Sonderverbrechen: ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Engelmann, 1903, p. 4 y ss., p. 111 y ss.); b) *el deber jurídico especial*, bien en la concepción de Welzel y Kaufmann (WELZEL, H.: *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 11ª ed., Walter de Gruyter & Company, Berlin, 1969, p. 49 y ss.; KAUFMANN, A.: *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Dapalma, Buenos Aires, 1977, p. 141) o siguiendo la Teoría de los Pflichtdelikte (por todos, ROXIN, C.; CUELLO CONTRERAS, J.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.; COBO DEL ROSAL, M.: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2000); c) *la posición especial* (por todos, VOGLER, T.: *Zur Bedeutung des [par.] 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt*, FS Lange, 1976, p. 277 y ss.); y, d) el dominio normativo del hecho (entre otros, SCHÜNEMANN, B.: *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, vol. 86, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971, p. 146; y en España, por todos, GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, tomo I, Teoría General*, Editorial Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985, p. 403 y ss.; y RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción*, op. cit., p. 139 y ss.).

hacerse una opinión informada respecto del estado de cumplimiento de las normas vigentes por parte de la sociedad, así como del desempeño de los negocios sociales<sup>21</sup>. Este deber se asemeja bastante a la actual redacción del apartado 3 del art. 225 de la Ley de Sociedades de Capital que establece el “deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”.

b) El deber de imponer medidas que aseguren, o al menos permitan, tener un conocimiento razonable del funcionamiento de los asuntos sociales<sup>22</sup>. Este deber tiene cierta similitud con el apartado 2 del art. 225, que establece el deber de adoptar “las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”.

c) El deber de vigilancia y supervisión, al que se refieren como *the highest standard of foresight and vigilance*<sup>23</sup> e implica a su vez dos subdeberes:

i) El deber de vigilar que haya un cumplimiento efectivo de las normas vigentes por parte de la sociedad, así como un adecuado desempeño de los negocios sociales.

ii) El deber de estar preparado ante determinadas eventualidades previsibles por la propia naturaleza de las actividades que se desarrollan en la empresa, para imponer las medidas adecuadas para su resolución y que éstas se lleven a cabo.

Respecto a este último deber, el deber de vigilancia, ya ha destacado Silva Sánchez, que “la actuación en el ámbito de estructuras organizadas de empresa también afecta a la autorresponsabilidad de los agentes, dando lugar a la génesis de posiciones de garantía de terceros (ya sean de protección, ya de vigilancia)”<sup>24</sup>. Pero advierte, que, si “esto es así, la referida afectación de la autorresponsabilidad debería contemplarse asimismo como un factor de disminución de la pena”<sup>25</sup>. Sin entrar ahora en este debate, por cuanto no es objeto de este trabajo la responsabilidad de los de “abajo” sino la responsabilidad de los de “arriba”, lo que sí debemos desta-

<sup>21</sup> Consúltese sobre este deber el Caso *In re Caremark International, Inc.-Derivative Litigation*, Del. Chancery, CA 13670 (Chancellor Allen, Sept. 15, 1996) y el Caso *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company* 188 A.2d 125, (Del., 1963).

<sup>22</sup> En este sentido, el caso *In re Caremark International, Inc.-Derivative Litigation*, Del. Chancery, CA 13670 (Chancellor Allen, Sept. 15, 1996).

<sup>23</sup> Véase al respecto, BAIRD, A. C.: “The New Park Doctrine: Missing the Mark”, en *North Carolina Law Review*, vol. 91, 2013, pp. 962-963. Para algunos autores, el Tribunal, al realizar estas consideraciones, aun cuando su intención era confirmar la línea de *Dotterweich*, se aparta de la *strick liability* y parece exigir un cierto grado de comportamiento negligente del administrador al no ejercer debidamente sus facultades de control, lo que ha podido generar confusión entre los Tribunales que, posteriormente, han aplicado dicha doctrina de una manera no siempre coincidente. Véase, SEPINWALL, A.: “Responsible Shares and Shared Responsibility: In Defense of Responsible Corporate Officer Liability”, *Colum. Bus. L. Rev.*, vol. 2014, 2014; pp. 385-389. También, PETRIN, M.: “Circumscribing the Prosecutor’s Ticket to Tag the Elite-A Critique of the Responsible Corporate Officer Doctrine”, en *Temp. L. Rev.*, vol. 84, 2011, pp. 288-289.

<sup>24</sup> Especialmente SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Teoría del Delito y Derecho penal económico-empresarial”, op. cit..

<sup>25</sup> Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La actuación en una empresa como atenuante del delito”, *InDret*, nº 2, 2009.

car, como afirma el autor, es que cuando “el subordinado actúa en el marco de una estructura jerárquica, con un responsable superior”<sup>26</sup>, si bien es cierto que “se produce una desviación de la responsabilidad moral «hacia arriba», como puso de relieve el experimento Milgram<sup>27</sup>, también lo es que, como ha destacado Miró Llinares que “la responsabilidad atribuida al trabajador no elimina per se la atribuida a quien tiene una obligación de vigilancia sobre él”, pues lo “importante, en todo caso, es que el sujeto se mantenga en el límite de lo permitido, dentro de lo cual imperaría la exclusión de responsabilidad”.

Con todo ello, en esta segunda situación fáctica que describíamos, aquella en la que la actuación del alto directivo es secundaria porque el injusto penal se dirige genéricamente a cualquier persona y es él mismo o alguien que forma parte de la empresa quien lo ha infringido, vamos a explicar cómo deberían operar a partir de una correcta aplicación de la Teoría de Agencias los deberes que se imponen a los altos directivos para atribuirles responsabilidad. En esta segunda situación fáctica, como he ido indicando, nos encontramos ante la determinación de responsabilidad penal a los altos directivos en relación con un injusto penal que no tutelará ningún interés jurídico consistente en la especificación de un concreto deber del empresario o de la empresa, sino algún otro tipo de bien jurídico que, sin embargo, puede ser lesionado o puesto en peligro no sólo por parte de quien realiza la conducta tipificada formalmente por el precepto (generalmente activa, aunque no sólo) sino, también, por parte de quien, al infringir el deber de confianza que le obliga a tutelar que no se lesionen o pongan en riesgo tales intereses, omite aquello que podría haber evitado tal peligro o lesión. En estos casos, la Teoría de Agencias debería servirnos para diferenciar entre la mera confirmación (*ex post*) de que el alto directivo no ha vigilado adecuadamente que otro agente de su empresa cometa un delito, en cuyo caso habría una infracción de naturaleza mercantil, de aquellos otros supuestos en los que, por nacimiento de una posición de garante, al alto directivo le corresponde ser considerado responsable por la infracción de su deber de vigilancia. En este sentido, el nacimiento de la posición de garante devendría en este caso cuando, independientemente de que *ex post* sea obvio que la vigilancia no era la adecuada, pueda decirse *ex ante* que la misma no lo fuera. Y ello, aplicando la Teoría de Agencias, se concreta, como hemos dicho, sobre la base de la valoración del grado de cumplimiento del deber de exigir y recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria, el deber de imponer medidas que permitan un conocimiento razonable del funcionamiento de los asuntos sociales y el deber de vigilar

<sup>26</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Teoría del Delito y Derecho penal económico-empresarial”, op. cit.

<sup>27</sup> “Dicho experimento, llevado a cabo en 1974 por el psicólogo Stanley MILGRAM, de la Universidad de Yale, puso de relieve que el 85% de las personas, cuando se encuentran en un contexto de obediencia, tienden a hacer lo que se les ordena, pues se genera un desplazamiento de la responsabilidad hacia aquél que imparte las órdenes”. Citado por *Ibid.*.

que hubiera un cumplimiento efectivo de las normas vigentes por parte de la sociedad, así como un adecuado desempeño de los negocios sociales.

La aplicación de estos concretos deberes, como referencia valorativa adecuada para la construcción de la posición de garante del alto directivo y para su responsabilidad en este tipo de supuestos, se puede observar en el siguiente supuesto que fue enjuiciado en la STS 234/2010, de 11 de marzo (ROJ: STS 1303/2010)<sup>28</sup>. Los enjuiciados eran tres administradores de una empresa cuya principal actividad era la compraventa y promoción de inmuebles y tramitación de préstamos hipotecarios y compraventa de obligaciones hipotecarias. Uno de los acusados, Valeriano, ocupaba de forma efectiva la administración, si bien los tres socios formaban parte del consejo durante los últimos diez años y también fueron acusados. Conforme al relato de los hechos se entregaron a Valeriano determinadas cantidades de dinero para ser invertidas en la compraventa de obligaciones hipotecarias, sin que el acusado las destinara a este fin, y de esta circunstancia, según se desprende de los hechos probados, los otros dos administradores sólo tenían conocimiento del “desequilibrio patrimonial de la entidad desde, al menos, el balance de 1997” y por lo tanto, en esa fecha “tenían ya conocimiento de que la sociedad no podía responder al pago de los altos intereses pactados<sup>29</sup>”. No obstante, permitieron que durante el ejercicio de 1997 y 1998 el acusado Valeriano recibiera dinero para invertir en obligaciones hipotecarias por lo menos en catorce operaciones, por una cantidad total cercana a las 80.000.000 de pesetas. Lo relevante del supuesto de hecho, pues, consiste en la determinación de si, una vez se les puede haber imputado el hecho (omisivo) de no actuar ante el conocimiento de lo que estaba llevando cabo el otro administrador, estos dos administradores incumplieron con su deber de diligencia y pueden ser responsables por apropiación indebida (delito por el que habían sido acusados), al permitir que Valeriano llevara a cabo esta conducta y omitir su deber de diligencia de impedir los actos llevados a cabo por Valeriano. Aplicando la Teoría de Agencias, empleando en primer lugar los criterios de la misma que desarrollan el deber de vigilancia, y partiendo del primer criterio de los mencionados anteriormente, deberíamos plantearnos si cumplieron con el “deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria” que les sirviera para el cumplimiento de sus obligaciones. Lo cierto es que la información que tenían ambos acusados de que la sociedad no podía responder al pago de los altos intereses pactados era insuficiente para el que se debe exigir a los administradores en estas circunstancias, pues el cumplimiento de exigir la información “adecuada y necesaria”, habría conducido sin duda al conocimiento de la concreta conducta peligrosa por parte de Valeriano. Así, asiste razón al voto particular de

<sup>28</sup> STS 234/2010, de 11 de marzo (ROJ: STS 1303/2010), ponente Colmenero Menéndez de Lúcar. En este mismo sentido, la STS 257/2009, de 30 de marzo (STS 2087/2009I), y la STS 725/2010, 14 de julio de 2010 (ROJ: STS 4332/2010).

<sup>29</sup> STS 234/2010, de 11 de marzo (ROJ: STS 1303/2010), ponente Colmenero Menéndez de Lúcar.

esta sentencia, del que es ponente el Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater, al considerar que es “difícil admitir que un miembro del consejo de administración desempeña su cargo diligentemente cuando se le exige de comprobar la legalidad de la actuación de los otros”, “especialmente cuando existen razones -como en este caso- para sospechar una distracción de dinero en perjuicio de los inversores”<sup>30</sup>. Así pues, en este caso se evidencia de nuevo como una correcta aplicación de los criterios que del deber fiduciario de diligencia se derivan, puede ser enormemente útil para la individualización de responsabilidad penal en la empresa.

Por otra parte, la Teoría de Agencias también nos da criterios para interpretar cuando un alto directivo infringió su deber de diligencia desde la perspectiva del incumplimiento del deber de vigilancia. Conforme al caso *Caremark*<sup>31</sup>, para poder interpretar que se ha infringido el mismo, los demandantes deben probar que: i) los directivos o administradores sabían o debían saber que infringían la ley, ii) los directivos administradores no tomaron ninguna medida razonable para prevenir o remediar la situación, y iii) que ello produjo el resultado concreto. Aplicando tal doctrina al supuesto, tampoco parece que cumplieran con el deber de imponer medidas que aseguraran, o cuanto menos permitieran, tener un conocimiento razonable del funcionamiento de los asuntos sociales<sup>32</sup>, adoptando “las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”. En este sentido, no llevaron a cabo acción alguna ni adoptaron ningún acuerdo social a fin de evitar dicho desequilibrio, próximo a la pérdida de casi la mitad del capital de la sociedad, por lo que infringieron también el segundo de los deberes que se imponen desde la Teoría de Agencias.

Por último, la Teoría de Agencias también impone un deber de vigilar que hubiera un cumplimiento efectivo de las normas vigentes por parte de la sociedad, así como un adecuado desempeño de los negocios sociales. En el caso analizado parece evidente la infracción de este último deber.

La Teoría de Agencias y su aplicación concreta de los deberes fiduciarios, nos ofrece pues, criterios concretos para determinar que, en este caso, los administradores habían incumplido el deber de vigilancia. Ahora bien, ¿les hace eso penalmente responsables? Tal y como he ido señalando a lo largo de este trabajo, el incumplimiento de todos estos deberes, que les incumbían, les habría hecho cuanto menos responsables por la infracción del deber de diligencia que constituye el contenido valorativo del injusto. Ahora bien, el tipo penal de la apropiación indebida es doloso y difícilmente puede imputársele a estos administradores

<sup>30</sup> En este sentido, el voto particular del Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater, en la STS 234/2010, de 11 de marzo (ROJ: STS 1303/2010), ponente Colmenero Menéndez de Lúcar.

<sup>31</sup> Caso *In re Caremark International, Inc.-Derivative Litigation*, Del. Chancery, CA 13670 (Chancellor Allen, Sept. 15, 1996).

<sup>32</sup> Caso *In re Caremark International, Inc.-Derivative Litigation*, Del. Chancery, CA 13670 (Chancellor Allen, Sept. 15, 1996).

ningún hecho de los que constituyen el injusto con conocimiento. Sí podría haber una imputación extraordinaria de la infracción del deber de diligencia, pero no existiendo la responsabilidad imprudente en el delito de apropiación indebida por el que fueron acusados, debieron ser absueltos, como finalmente lo fueron en base a otros argumentos<sup>33</sup>.

Es claro que la infracción del deber de vigilancia como sustrato de la posición de garante que puede fundamentar la valoración de que se ha realizado un determinado injusto por parte del alto directivo o administrador constituirá, generalmente, un argumento para la responsabilidad a título de imprudencia cuando no pudiendo decirse que el sujeto conocía la realización del injusto por parte de otro sí le incumbía, por el deber de confianza al que está obligado, estar en una posición como para evitarlo. Habrá responsabilidad dolosa, en cambio, cuando pueda probarse, quizás en menos casos, que el sujeto conocía los hechos realizados por el otro sujeto y, al infringir el deber de vigilancia que le obliga en este caso a impedir la realización de la infracción, pueda hacerse responsable como autor o partícipe de los mismos. En la determinación del tipo de intervención, tiene menos que decir la Teoría de Agencias.

En el caso que acabamos de analizar, se incumplían los tres subcriterios que suponen el adecuado cumplimiento del deber de diligencia por parte de los altos directivos en la empresa. No obstante, una cuestión de interés, para terminar, en relación con dichos subcriterios que, como hemos visto, nos ofrece la Teoría de Agencias, es la cuestión de si éstos son alternativos o deben de cumplirse todos para dar lugar a la infracción del deber de diligencia del que deriva la responsabilidad del alto directivo.

Es decir, ¿qué pasaría si se incumple sólo uno de los tres?, ¿y si se incumplieran sólo dos? Tal y como operan estos deberes en la jurisprudencia estadounidense al aplicar la Teoría de Agencias, no es necesario que todos los subcriterios se incumplan de forma completa para poder declarar que ha habido una infracción del deber de diligencia, pero tampoco el incumplimiento de un solo deber o de dos determinaría *per se* que cabe atribuir responsabilidad al alto directivo. Es decir, el incumplimiento de los tres subcriterios supondría la responsabilidad del alto directivo a título de imprudencia cuanto menos (evidentemente, si cupiera la responsabilidad imprudente por el delito que fuera de aplicación en el caso concreto), pero si no son todos los deberes de diligencia que ha incumplido el administrador, la responsabilidad del administrador sería, por así decirlo, “modulable” pues estos subcriterios se retroalimentan entre sí. Así pues, esta modulación se debería ir estableciendo *case by case* dependiendo de la intensidad o gravedad del injusto concreto que fuera de aplicación, como así lo hace la jurisprudencia del *common law*, pues los estándares

<sup>33</sup> STS 234/2010, de 11 de marzo, ponente Colmenero Menéndez de Luarca (ROJ: STS 1303/2010).

o criterios del deber de diligencia cuando la infracción del deber de diligencia no es grave (es decir, no se incumplen todos), tienden a ser más flexibles.

## 2. *Deber de lealtad*

En una correcta aplicación de la Teoría de Agencias en el *common law*, el deber fiduciario de lealtad que incumbe al alto directivo se debe entender como el deber de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad<sup>34</sup>. Este deber asimismo se desgrana en varias obligaciones que nos servirán como criterios para determinar si el alto directivo ha llevado a cabo una conducta desleal y son los siguientes:

1) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

2) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

3) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto.

4) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

En este sentido, en los casos en el que el deber de cuya infracción nace el injusto penal se dirige al alto directivo, el contenido del deber de lealtad es el que ha servido de base al legislador para establecer específicamente un injusto que expresamente ha tipificado de manera concreta en un determinado delito. Sin embargo, de nuevo, con esto no queremos decir que, si el legislador no hubiera tipificado ese concreto delito, el deber de lealtad no “preexistiera” a su tipificación, pues la relación misma que el sujeto ya tenía con la empresa, la “relación de agencia”, es la que ha servido de base para establecer un injusto penal a este agente en concreto de la empresa y no a otro. Esto se ve claramente en la tipificación del delito de administración desleal<sup>35</sup> del artículo 252 del CP. Así pues, para la tipificación de este delito en concreto el legislador parte de esta relación de agencia que se concreta en un deber de confianza, que le da sentido y le sirve de sustrato. Por tanto, este deber de confianza deberá ser

<sup>34</sup> Véase, sobre este deber el Caso Smith v. van Gorkom, 488 A.2d 858, 864 (Del., 1985).

<sup>35</sup> Sobre la necesaria referencia a la Ley de Sociedades de Capital para interpretar los requisitos del tipo del art. 252 en concreto y si se han infringido o no por parte del sujeto las facultades excediéndose de su cargo, también GALLEGO SOLER, N.: “Administración desleal (art. 252)”, en CORCOY BIDASOLO, M.: *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 528. Sobre otras cuestiones en relación con del delito de administración desleal, consúltese: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión”, *Nuevo foro penal*, n.º 83, 2014, pp. 15 – 38.

infringido, además de por supuesto, tenerse en cuenta en la *applicatio legis ad factum* que se valore el hecho imputado conforme a la norma de este delito en concreto como contrario a derecho.

En este sentido, podemos ver la influencia del deber de lealtad en nuestra jurisprudencia, así como la correcta aplicación de los criterios anteriormente referidos, en la STS 782/2008 de 20 noviembre (ROJ: STS 6791/2008). En esta sentencia se enjuicia un caso de administración desleal del art. 252 en el que el alto directivo llegó a desviar cantidades superiores a los cien mil euros –en ocasiones, a su propia cuenta corriente-, de una empresa para la que trabajaba a otra en la que también era director comercial<sup>36</sup>. En la citada resolución se tuvieron en cuenta los criterios anteriormente enunciados para saber si este sujeto se excedió en el ejercicio de sus facultades y si cumplió con el deber de lealtad al que hemos hecho referencia y que en España guarda un claro paralelismo con los que se imponen en la propia normativa mercantil<sup>37</sup>. En este sentido, el deber de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, fue claramente incumplido por el sujeto. Es más, ejercitó sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le habían sido concedidas, incumpliendo también este criterio al que hemos hecho referencia, derivado del deber de lealtad.

Y es que no se pueden entender de otra forma estos delitos en los que de la infracción del deber de lealtad nace el injusto penal que se dirige al alto directivo o administrador, que explicando a partir de la Teoría de Agencias el contenido del deber de lealtad que ha servido de base al legislador para establecer específicamente un injusto que expresamente ha tipificado de manera concreta en un determinado delito. Asiste pues, razón al tribunal al declarar que “con carácter general, el deber de lealtad puede surgir, no sólo por su proclamación expresa en un texto escrito, sino por el ejercicio, sin oposición, de un ámbito funcional que no puede ser explicado sin la confianza de quien encomienda sus intereses a un tercero y sin la promesa de lealtad de quien asume ese encargo”<sup>38</sup>.

### 3. *Deber de evitar situaciones de conflicto de interés*

Por último, la relación de confianza de la que parte la Teoría de Agencias supone la imposición al alto directivo del deber de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.<sup>39</sup>

Este deber asimismo se desgrana en varias obligaciones o criterios que deben ser cumplidos, por cuanto se le imponen al alto directivo para poder afirmar que no que

<sup>36</sup> STS 782/2008 de 20 noviembre (ROJ: STS 6791/2008).

<sup>37</sup> Arts. 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>38</sup> STS 782/2008 de 20 noviembre (ROJ: STS 6791/2008).

<sup>39</sup> En este sentido, los casos *In re Walt Disney Co. Deriv. Litig.*, 906 A.2d 27 (Del. 2006); *Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritte*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

ha infringido el deber de evitar situaciones de conflicto de interés. Estos criterios son los que a continuación se enumeran:

1) Abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia.

2) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

3) Desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

Resalta en este sentido, especialmente por la trascendencia que tiene para el delito de corrupción privada, el deber de abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, “salvo que se trate de atenciones de mera cortesía”. Esta última cláusula pues, debería dejar fuera del ámbito de lo típico actos ampliamente aceptados en nuestra sociedad, como el envío de cestas de Navidad a clientes o la propina a un camarero. Cuestión más discutible sería la de la atipicidad en este sentido también, de una de las figuras más controvertidas en este ámbito: la del “visitador médico”, el representante de las empresas farmacéuticas que visita a los médicos para hablarles de los nuevos medicamentos y ofrece regalos; y más allá de este supuesto, podría plantearse también la cuestionable atipicidad del ofrecimiento de regalos al director de una sucursal bancaria para que siga dispensando un trato flexible en la concesión de un préstamo hipotecario<sup>40</sup>. En todos estos casos, la correcta aplicación de los deberes fiduciarios conforme a la Teoría de Agencias establece que, en los casos en el que el deber de cuya infracción nace el injusto penal se dirige al alto directivo, el contenido del deber de evitar situaciones de conflicto es el que ha servido de base al legislador para establecer específicamente un injusto que expresamente ha tipificado de manera concreta en un determinado delito. Sin embargo, con esto no queremos decir que, si el legislador no hubiera tipificado ese concreto delito, el deber de evitar situaciones de conflicto no “preexistiera” a su tipificación, pues la relación misma que el sujeto ya tenía con la empresa, la “relación de agencia”, es la que ha servido de base para establecer un injusto penal a este agente en concreto de la empresa y no a otro. La influencia del deber fiduciario de evitar situaciones de conflicto de interés en nuestra jurisprudencia, así como la correcta aplicación de los criterios anteriormente referidos, quedan evidenciadas en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 344/2016, de 14 junio (ROJ:

<sup>40</sup> Supuesto planteado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 74, 2012, p. 227.

SAP V 2711/2016). En esta resolución se enjuicia un caso de corrupción en los negocios, en el que el tribunal explica que se absuelve a dos altos directivos por no darse el segundo de los criterios anteriormente enumerados, indicando que no “ha habido ningún ofrecimiento a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa o cualquier otra de las entidades mencionadas en el precepto, de alguna ventaja o beneficio que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo con ello las obligaciones que tuviera contraídas.”

#### **IV. Hacia la mejora de la individualización de la responsabilidad penal de los altos directivos en España a partir de los deberes fiduciarios**

Hemos visto que para poder confrontar correctamente la actuación del sujeto en el ámbito de la empresa con la norma que ha sido infringida, deberíamos, por su enorme utilidad, recurrir a la aplicación e interpretación de los deberes fiduciarios o de confianza. Sin embargo, si estos deberes no se aplican de manera apropiada podríamos volver a caer en algunos de los errores frecuentes que se dan en la práctica judicial a la hora de individualizar la responsabilidad penal. En lo que sigue, trataré de poner de manifiesto cómo aplicar correctamente estos deberes fiduciarios para la determinación de la responsabilidad de los altos directivos.

##### **1. *La superación de la confusión de planos: Los deberes fiduciarios como sustrato para la valoración y la necesidad previa de imputación ordinaria (o extraordinaria)***

Los deberes fiduciarios o de confianza empresarial deberán operar, como se ha ido apuntando en el epígrafe anterior, en la *applicatio legis ad factum* para valorar el hecho imputado en comparación con la descripción normativa. Lo que esto implica es que la mera posición de los altos directivos no justifica por sí sola la identificación del actuar que supone ya la realización del injusto. Es necesario, antes que ello, imputar el hecho al sujeto, para poder afirmar que con el conocimiento que este tenía sobre el hecho imputado, ha infringido un determinado deber de confianza empresarial (dolo) o está en una posición de incumbencia, consistente en no estar en una situación potencial de cumplir o incumplir el mismo (imprudencia)<sup>41</sup> y, sobre la base de su infracción de este estándar –partiendo, como se ha referido, de la normativa mercantil- y en relación al tipo penal concreto que sea de

<sup>41</sup> Obviamente, sostener la imprudencia sobre la base una imputación extraordinaria, apoyada en que al sujeto le incumbe estar en una situación potencial de cumplir o no cumplir el mismo, no es contrario a otras posiciones en la doctrina que fundamentan la imprudencia como infracción del deber de cuidado. Tampoco este trabajo tiene la finalidad de fundamentar la categoría de la imprudencia, pues no se ha analizado la misma en este trabajo con la profundidad que sí lo han hecho otros autores. Véase en este sentido, para un profundo análisis de la imprudencia, la obra de CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, op. cit..

aplicación, se podrá decir entonces que el sujeto imputado ha realizado el injusto (doloso o imprudente)<sup>42</sup>.

Los altos directivos, por la esencial función que desempeñan en la empresa, tienen obligación de conocer aquello que se supone intrínsecamente relacionado con su cargo en la misma. De ahí deriva una responsabilidad mercantil y un deber jurídico que será de gran relevancia a la hora de establecer potenciales responsabilidades penales. Sin embargo, esto no le convierte, obviamente, en responsable, cuanto menos a título de dolo, por la realización de todo aquello que no pueda imputarse que se ha representado. Lo cierto, es que algunas resoluciones parecen confundir planos, al no diferenciar la necesaria prueba de aquel “deber de conocer” con la propia representación del hecho injusto, derivando esto en una ausencia (o práctica inexistencia) de argumentación de la responsabilidad subjetiva de los altos directivos como si el mero “deber de conocer” fuera suficiente ya para tal forma de responsabilidad penal<sup>43</sup>. Esto se hace bien bajo tal afirmación directa de identificación entre deber de conocer y conocimiento<sup>44</sup>, o bien con el supuesto apoyo teórico de la doctrina de la ignorancia deliberada<sup>45</sup>. Sin embargo, es necesario resaltar en este punto que es absolutamente imprescindible, como sí hacen algunas sentencias<sup>46</sup>, la argumentación acerca de la atribución al sujeto de conocimiento respecto

<sup>42</sup> Sobre la necesidad de tener en cuenta la parte subjetiva del injusto en el caso concreto, por ejemplo, de los casos de “responsabilidad por el producto”, se pronuncia CORCOY BIDASOLO, M.: “Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización”, op. cit., p. 39, explicando muy acertadamente que “en tanto en cuanto en Derecho penal rige el principio de responsabilidad subjetiva, los únicos peligros que pueden llegar a ser relevantes para el Derecho penal serán aquéllos que debían ser conocidos por el sujeto en cuyo ámbito de dominio se encuentren”. Este argumento es utilizado magistralmente por la autora para destacar que en el concreto ámbito de la responsabilidad por el producto “no sería legítimo considerar jurídico-penalmente relevante un riesgo desconocido, atendiendo al estado de los conocimientos científicos vigentes en el momento en que se fabricó o distribuyó el producto, en sentido contrario a lo que sucede en derecho civil, donde cabe exigir responsabilidad por riesgos desconocidos. *Ibid.*, p. 39.

<sup>43</sup> Sobre el riesgo de objetivización de la responsabilidad penal derivado de la identificación entre el conocimiento atribuido y la existencia de deberes de conocer o de información específicamente derivada del cargo de administrador, se ha pronunciado BACIGALUPO, en su trabajo BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Problemas actuales del dolo”, en JORGE BARREIRO, A.; BAJO FERNÁNDEZ, M.; SUÁREZ GONZZÁLEZ, C.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 78 y ss.

<sup>44</sup> SAP de Vizcaya de 21 de abril de 2010 (ROJ: SAP BI 640/2010), que enjuicia un supuesto de fraude a la Hacienda Pública, en la que se dice que los imputados se situaron en una “posición de ignorancia deliberada respecto de las actividades que pudiera desarrollar dicha sociedad y desentendiéndose de su actividad. El dolo, al menos eventual, aparece del momento en que se prestan a actuar como testaferros aceptando que dicha sociedad, como pantalla jurídica, pudiera ser utilizada para defraudar acreedores o a la propia hacienda pública.” De forma más alarmante, la de la SAP de Asturias de 18 de mayo de 2004 (ROJ: SAP O 1801/2004), en la que el tribunal afirma que no puede aceptarse un desconocimiento “en personas como la allí acusada, administradora única de la empresa, que no puede ignorar el aspecto fiscal de su gestión” y que se apoya para ello en antiguas sentencias del Tribunal Supremo, como la STS de 2 de marzo de 1988 (ROJ: STS 17160/1988), y la de 31 de mayo de 1993 (STS 3527/1993).

<sup>45</sup> MIRÓ LLINARES, F.: “Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, op. cit., pp. 201-252. También sobre esta cuestión, FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, *InDret*, nº 3, 2015.

<sup>46</sup> Así sucede en la STS 2031/2002 de 4 diciembre (ROJ: STS 8115/2002), en la que se acusa por un delito medioambiental al administrador único de la empresa. Señala al respecto el Tribunal Supremo que «el puesto ocupado en la empresa le hace conocer el funcionamiento de la misma y tener el dominio de su

al hecho injusto. La misma importancia tiene una correcta adscripción del proceso al agente para determinar cuál es el hecho imputado, que una correcta confrontación del hecho imputado con la norma adecuada. En este sentido, la regla de imputación señalada por Ragués i Vallès referida a las características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos puede ser de utilidad siempre que, de nuevo, no se confunda deber con representación imputada. Así, el alto directivo, por su posición en la empresa, por su conocimiento de quienes la conforman, etc., tendrá algunos conocimientos intrínsecamente ligados a él<sup>47</sup>, pero no más que éstos pueden en principio atribuírsele si no se apoyan con declaraciones y otros instrumentos probatorios que permitan atribuir un conocimiento específico al directivo. Conocimiento que tendrá que ser referido, lógicamente, en una primera fase al hecho mismo que se le ha atribuido (*imputatio facti*), pero también y después de la *applicatio legis*, al propio deber de confianza empresarial que ha infringido para poder confrontar su conducta con la norma e interpretar que efectivamente la ha infringido (*imputatio iuris*), en el orden sistemático que estableció Hruschka<sup>48</sup> y que tiene un importante paralelismo con los tipos de reglas que se aplican para la atribución de responsabilidad en Estados Unidos.

funcionamiento”. Añade el Alto Tribunal que el sujeto “mantenía en la empresa una determinada posición, “status”, con dominio de la actuación fabril realizada y con conocimiento de la normativa específica que le obligaba a determinados comportamientos en materia de medio ambiente, pues la actividad era peligrosa para el bien jurídico y, por lo tanto, eran conocedores, o debieron serlo, de las específicas prevenciones dispuestas por el ordenamiento en prevención de los riesgos que su actividad representaba. En definitiva, infringieron el deber establecido en la normativa que, dada la actividad febril, conocían». De modo similar, la STS 954/2010 de 3 noviembre (ROJ: STS 6020/2010), en la que el Tribunal Supremo rechaza el desconocimiento del administrador, si bien en este caso aludiendo a la cualidad de «economista» del mismo, así como a otros criterios que podrían ser indicios de conocimiento y por tanto, de una probable responsabilidad dolosa: “teniendo en cuenta que era economista, ya tenía una empresa anterior de la que era administrador y su profesión era la de agente de Bancos, dedicándose a la financiación de préstamos, lo que implica que tenía conocimientos económicos y sabía lo que supone constituir una empresa y la responsabilidad que conlleva ser su administrador, así como las consecuencias de la celebración de contratos y las obligaciones de cumplimiento derivadas de los mismos».

<sup>47</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R.: *El dolor y su prueba en el proceso penal*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 429 y ss.

<sup>48</sup> HRUSCHKA, J.: “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, op. cit., p. 343; HRUSCHKA, J.: “Imputation”, *BYU L. Rev.*, 1986. Para una mayor profundidad sobre esta cuestión, consúltese, SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “La imputación al sujeto de sus defectos de imputación”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Ara Editores, Lima, 2006, pp. 241-268; SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005; edición latinoamericana, 2009. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, op. cit. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “Las incumbencias como normas de conducta”, en ŠILAR, AUGIER, S.: *Racionalidad práctica. Intencionalidad, normatividad y reflexividad*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Mutilva Baja (Navarra), 2009. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Practical Rationality. Intentionality, Normativity and Reflexivity*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Mutilva Baja (Navarra), 2009, pp. 157-163. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias”, en LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 535-561. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación”, 2014, pp. 119-138, 139-159; SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “Teoría del delito, imputación

## 2. La “delegabilidad” de los deberes del alto directivo

La Teoría de Agencias y los deberes fiduciarios y de confianza empresarial que se derivan de la misma, sirven además para determinar cuáles son aquellos que por su contenido son “indelegables”. Estos deberes “indelegables” a los que nos referimos desde una perspectiva práctica de individualización de la responsabilidad penal, se han planteado desde nuestra tradición jurídica haciendo referencia, sobre todo, desde una perspectiva opuesta a la desvinculación de la posición de garante<sup>49</sup> del alto directivo. Decimos que es una perspectiva opuesta porque el desarrollo de la doctrina del *civil law* se ha centrado en determinar si es posible que los directivos y administradores puedan desvincularse completamente de la posición de garante en caso de que haya delegación de la misma, para determinar si por delegación se puede llegar a la imposibilidad de exigirle a éste responsabilidad. Es decir, la dogmática penal en nuestra tradición jurídica se ha centrado más en determinar cómo se puede hacer una delegación efectiva y qué deberes son delegables, que en determinar (de forma opuesta) qué deberes son indelegables.

Es evidente, que para la determinación de la delegabilidad de estos deberes que supone la desvinculación de la posición de garante, residualmente algunos autores se han pronunciado sobre aquellos que no son delegables<sup>50</sup>. Veamos pues, muy

extraordinaria e incumbencias”, op. cit.. SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “¿Incumbencias en Derecho Penal?.-Depende”, *InDret*, nº 1, 2015.

<sup>49</sup> Por todos y a modo de resumen, BACIGALUPO ZAPATER, E.: “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, *Cuadernos de Derecho Judicial: La responsabilidad penal de las sociedades – Actuación en nombre de otro – Responsabilidad de los consejos de administración*, nº 7, 1994, p. 63 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 216, 270 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Libro homenaje al Prof. Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 209 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Responsabilidad penal en la empresa*, op. cit.; CUADRADO RUIZ, M. Á.: *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario: análisis crítico del art. 363 del Código penal*, Bosch, Barcelona, 1998; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, op. cit., p. 17 y ss.; MIR PUIG, S.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, y allí particularmente los trabajos de FRISCH (pps. 99 y ss. [110 y ss.]) y BOTTKE (pp. 129 y ss.); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: “Repercusión de la ‘responsabilidad por el producto’ en los principios garantizadores y la dogmática penales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2006, p. 110 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *El caso colza: responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “«Riesgos normales» y «Riesgos excepcionales». Observaciones sobre la exclusión de la tipicidad de las conductas peligrosas”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. 2, Universitat de Valencia, Institut de Criminologia, Valencia, 1998 (entre otros muchos trabajos de este autor); DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Omisión e injerencia en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 843, 2012, p. 6; BACIGALUPO SAGGESE, S.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa: perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Experiencia, Barcelona, 2005, p. 25 y ss, 28 y ss. En este sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 217-250.

<sup>50</sup> En este sentido, *Ibid.*

someramente y sólo a los afectos de explicar posteriormente qué aporta en este ámbito la Teoría de Agencias, cuáles han sido algunas de las posiciones más destacadas en nuestra doctrina.

De acuerdo con Dopico Gómez-Aller, con la delegación, el administrador “no extingue su posición de garante, sino que la modifica. Así, los que eran deberes de control y evitación de sucesos lesivos pasan a convertirse en deberes de supervisión y vigilancia de la labor del delegado a quien se han transferido las tareas de control y evitación”<sup>51</sup>. Para el autor, esta delegación “no puede servir para eludir su responsabilidad por su propia actuación: la delegación no extingue, sino que transforma el deber de garante en su contenido y alcance. Al transferir la ejecución directa de la tarea, le transmite también la responsabilidad por una gran parte de sus consecuencias; pero el delegante conserva, a su vez, un núcleo de responsabilidad, transformando casi siempre en una responsabilidad de vigilancia y control, que puede adoptar distintas formas”<sup>52</sup>. En sentido similar explica Feijoo, que “la delegación de deberes empresariales de los niveles superiores a los niveles inferiores de la empresa no extingue los deberes de los primeros, sino que los transforma. Dicha transformación es fruto de la tensión entre el mantenimiento residual de deberes de control, supervisión y vigilancia y la propia responsabilidad de los subordinados en el cumplimiento de sus funciones (no existe el deber general de tratar a los subordinados como personas irresponsables mientras tengan una capacidad mínima para desempeñar funciones)”. Por tanto, existe una clara tendencia doctrinal a afirmar que, tal y como expone Meini “la delegación de funciones no impide apreciar que la posición de garante originaria no se extingue ni permanece inalterada, sino que se modifica: sobrevive en el delegante una competencia con arreglo a la cual debe supervisar que el delegado cumpla con lo que se le ha encomendado, y, si no es así, a corregirlo o a cambiarlo”<sup>53</sup>. Y en sentido similar se expresan Demetrio Crespo<sup>54</sup>, Piña Rochefort y Cox vial, entre otros<sup>55</sup>. No obstante todo lo expuesto, parece que aunque la mayoría de los autores tiene claro que al delegante de funciones le corresponde siempre un deber residual procedente de la posición de garante inicial u original, concretado en la vigilancia y el control del delegado (y por tanto, nunca se

<sup>51</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del compliance officer por infracción del «deber de control»: una aproximación tópica”, en ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A.: *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 27.

<sup>52</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Prevención de la delincuencia empresarial”, op. cit., p. 164.

<sup>53</sup> MEINI MÉNDEZ, I.: “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos”, op. cit., p. 908.

<sup>54</sup> DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, 2008, pp. 61-68.

<sup>55</sup> PIÑA ROCHEFORT, J. I.: “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013; VACADÍE, M.; MAURICIO, D.: “Autoría Y Dominio Del Hecho En Los Delitos Económicos (Perpetratorship and Domain in Economic Crimes)”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, n° 97, 2013.

podrá delegar completamente el deber de vigilancia a efectos de exoneración de responsabilidad penal), casi nadie parece indicar de forma precisa los criterios en los que se debe de materializar esa vigilancia residual. Sólo Sánchez Vera entiende que se pueden afirmar tres situaciones distintas y a partir de ahí establece las posibles responsabilidades de los administradores<sup>56</sup>.

Ya se han explicado, al hablar del contenido del deber de diligencia, los criterios que se deben cumplir para determinar, sobre la base de la Teoría de Agencias, si hay una infracción o no del deber, dándole contenido por tanto a un deber de vigilancia que consideramos absolutamente necesario a la hora de determinar la responsabilidad penal de los altos directivos y administradores para estos casos en la práctica judicial. Así, a nuestro parecer, y tal como operan estos deberes en la jurisprudencia estadounidense al aplicar la Teoría de Agencias, no es necesario que todos los subcriterios se incumplan de forma completa para poder declarar que ha habido una infracción del deber de vigilancia, pero tampoco el incumplimiento de un solo deber o de dos determinaría *per se* que cabe atribuir responsabilidad al alto directivo por infracción de su deber de vigilancia. Es decir, el incumplimiento de los tres subcriterios supondría la responsabilidad del alto directivo a título de imprudencia cuanto menos (evidentemente, si cupiera la responsabilidad imprudente por el delito que fuera de aplicación en el caso concreto).

Debe resaltarse en este punto que los subcriterios que anteriormente se han puesto para incumplir con el deber de vigilancia, son el mínimo exigible para un alto directivo, y el incumplimiento de los tres deberes al imputarle, aunque fuera extraordinariamente, un determinado hecho y valorar su conducta conforme a los mismos, supondría una infracción grave del deber de diligencia que consideramos merece la responsabilidad del alto directivo a título de imprudencia cuanto menos. Y todo ello porque ha incumplido al mismo tiempo con su conducta el deber de exigir y recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria, el deber de imponer medidas que permitan un conocimiento razonable del funcionamiento de los asuntos sociales y el deber de vigilar que hubiera un cumplimiento efectivo de las normas vigentes por parte de la sociedad, así como un adecuado desempeño de los negocios sociales. Sin embargo, por otro lado, si no son todos los deberes de

<sup>56</sup> Estas tres situaciones son: a) “los consejeros y en general los altos directivos de una sociedad mercantil son garantes, y una pretendida desvinculación por su parte de forma unilateral y sin respetar los presupuestos de la imputación objetiva (básicamente: riesgo permitido y principio de confianza) conduce a responsabilidad”; b) “para los supuestos en que la desvinculación por delegación sea en escenarios que podríamos llamar de no-riesgo u operaciones mercantiles cotidianas y no particularmente peligrosas, el garante podrá desvincularse de su posición, como siempre respetando los presupuestos de la imputación objetiva, pero de todas formas, si el sujeto acaba teniendo conocimiento *ex post* de que la situación se ha tornado en peligroso, «recupera» -por así decir- la posición de garante de la que se había desvinculado lícitamente *ex ante*”; c) Otro “grupo de casos sería aquel en el que no es permitida la desvinculación ni siquiera por delegación, porque se entienda que se trata de situaciones peligrosas desde un punto de vista mercantil y, por tanto, que el garante no puede delegar”; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico”, *op. cit.*, pp. 217-250.

diligencia que ha incumplido el alto directivo, la responsabilidad de este sería, por así decirlo, “modulable” pues estos subcriterios se retroalimentan entre sí. Así pues, esta modulación se debería ir estableciendo *case by case* dependiendo de la intensidad o gravedad del injusto concreto que fuera de aplicación, como así lo hace la jurisprudencia del *common law*, pues los estándares o criterios del deber de diligencia cuando la infracción del deber de diligencia no es grave (es decir, no se incumplen todos), tienden a ser más flexibles. De este modo, la delegabilidad de este deber de vigilancia sería posible, siempre que no se infringieran los tres subdeberes al mismo tiempo en la conducta del alto directivo, lo que supondría un abandono y dejadez absoluta de su deber como tal.

Lo relevante a los efectos que interesan para el presente trabajo y otra de las grandes aportaciones de la Teoría de Agencias, es el establecimiento de unos deberes indelegables (*non-delegable duties*) también para los altos directivos. El desarrollo de la Teoría de Agencias en este sentido implica la imposición –legal o jurisprudencial- de deberes no delegables a los altos directivos. Estos deberes que el principal no puede delegar en ningún caso, son derivaciones del deber de vigilancia (con el contenido y subcriterios que ya hemos expuesto) pero sólo para determinados casos en concreto, no para todos. Así, para determinados casos puntuales establece la Teoría de Agencias que el deber de vigilancia tiene un estándar más alto y, por tanto, el alto directivo no puede delegar o desvincularse de esa posición de garante, pues tiene, por su relación de agencia para con el principal, la empresa, unos deberes indelegables. Estos casos son principalmente, los siguientes: a) Los casos de peligro inherente. El deber de cuidado es indelegable cuando el alto directivo se involucra en actividades que sabe o tiene razones para saber que son inherentemente o intrínsecamente peligrosas. Estas actividades no tienen por qué ser anormalmente peligrosas o extremadamente peligrosas. Ejemplo de ello serían las industrias cuya actividad social supone el manejo de explosivos o fuegos artificiales, ácidos fuertes, líneas de alto voltaje en un área de alojamiento público o venenos. b) Los casos de riesgo peculiar. La idea se ha ampliado para abarcar no sólo los casos de peligro inherente, sino también los casos de actividades en que se crea un riesgo “peculiar” o especial de daño sustancial en ausencia de precauciones especiales. En este caso el alto directivo puede ser hecho responsable de su propia negligencia al no prever en el contrato a partir del cual pretende delegar sus funciones, las precauciones especiales que se deben tener en cuenta a la hora desarrollar la actividad o al no supervisar el trabajo del contratista en los casos de especial peligro. c) Los casos que establezca la Ley. En este sentido, en España, por ejemplo, la Ley de Sociedades de Capital, en

su art. 529 ter, establece determinados deberes para el consejo de administración de las sociedades cotizadas que son “indelegables”<sup>57</sup>.

Con todo ello, parece que la Teoría de Agencias construida sobre la base de la relación de agencia existente entre el alto directivo y la empresa es realmente útil para la singularización de responsabilidades en el ámbito de la empresa. Así, los deberes de confianza o fiduciarios derivados de la relación de confianza o fiducia entre el alto directivo y la empresa, pueden y deben servir de gran ayuda para allanar el camino en el ámbito penal para la adscripción de responsabilidad del administrador societario. Obviamente, siempre que, en la praxis judicial, esta individualización de la responsabilidad penal de los altos directivos se haga sin confundir planos y relacionando las posiciones de garante con el sustrato de su contenido normativo.

## V. Recapitulación y consideraciones finales

Tanto si se asume que el Derecho penal debe cumplir una finalidad preventiva general positiva o negativa, como si se entiende que la sanción penal responde exclusivamente a una finalidad retributiva, la determinación de los agentes individuales responsables de los diferentes injustos perpetrados en el seno de la estructura empresarial sigue teniendo una gran relevancia. En este sentido, hemos visto cómo la Teoría de Agencias, partiendo de la concepción de la empresa como un conjunto de contratos, que derivan en el desarrollo de reglas jurídicas que regulan las diversas relaciones fiduciarias entre el alto directivo y la empresa, puede servirnos de gran ayuda para individualizar la responsabilidad penal en el seno de la estructura empresarial.

Los deberes fiduciarios o de confianza empresarial en este sentido, suponen el fundamento teórico o sustrato de lo que después, aplicado a cada tipo penal, nos

<sup>57</sup> Establece este artículo, lo siguiente: “1. El consejo de administración de las sociedades cotizadas no podrá delegar las facultades de decisión a que se refiere el artículo 249 bis ni específicamente las siguientes: a) La aprobación del plan estratégico o de negocio, los objetivos de gestión y presupuesto anuales, la política de inversiones y de financiación, la política de responsabilidad social corporativa y la política de dividendos. b) La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control. c) La determinación de la política de gobierno corporativo de la sociedad y del grupo del que sea entidad dominante; su organización y funcionamiento y, en particular, la aprobación y modificación de su propio reglamento. d) La aprobación de la información financiera que, por su condición de cotizada, deba hacer pública la sociedad periódicamente. e) La definición de la estructura del grupo de sociedades del que la sociedad sea entidad dominante. f) La aprobación de las inversiones u operaciones de todo tipo que por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico o especial riesgo fiscal, salvo que su aprobación corresponda a la junta general. g) La aprobación de la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia de la sociedad y su grupo. h) La aprobación, previo informe de la comisión de auditoría, de las operaciones que la sociedad o sociedades de su grupo realicen con consejeros. (Art. 529 ter de la Ley de Sociedades de Capital).

servirá para individualizar la responsabilidad penal del alto directivo. Y ello, porque no puede entenderse conforme a otro baremo, el cumplimiento del deber del alto directivo, que el propio que ampara el compromiso que éste adquirió con la empresa de la cual está al mando. Esto es lo que fundamenta la necesidad de acudir a la normativa mercantil y lo que justifica el esfuerzo argumentativo que deben hacer los tribunales –también por supuesto, desde el orden penal- de acudir a la Teoría de Agencias para poder justificar la infracción del deber por parte de los altos directivos.

Por todo ello, a lo largo de este trabajo se ha cumplido con el objetivo general y los objetivos específicos propuestos, analizando el alcance de los deberes fiduciarios para la aplicación de los mismos en el ámbito del Derecho penal. Concretamente, se han explicado los distintos deberes fiduciarios que incumben a los altos directivos: el deber de diligencia, el deber de lealtad, así como el deber de evitar situaciones de conflicto de interés en el ámbito económico-empresarial. Asimismo, se ha mostrado la aplicación y la influencia que estos deberes han tenido en la praxis judicial española para la mejora de la individualización de la responsabilidad de los altos directivos de la empresa.

Los criterios que en el presente trabajo han sido analizados pueden ser de gran ayuda para reforzar en la praxis judicial española el sistema de individualización de la responsabilidad en el seno de las organizaciones empresariales, precisamente ahora que las mismas pueden ser responsables penales de los hechos delictivos. Y ello porque sigue siendo absolutamente necesario mantener el “levantamiento del velo”, la técnica de individualización de la responsabilidad en el seno de una organización y la búsqueda de criterios dogmáticos que mejoren su aplicación a los nuevos supuestos de delincuencia empresarial, sin renunciar a los principios clásicos de la Teoría del Delito.

## **Bibliografía**

- ALONSO ESPINOSA, F.: “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BACIGALUPO SAGGESE, S.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa: perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Experiencia, Barcelona, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Problemas actuales del dolo”, en Jorge Barreiro, A.; Bajo Fernández, M.; Suárez Gonzzález, C.: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Cizur Menor, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, *Cuadernos de Derecho Judicial: La responsabili-*

- dad penal de las sociedades – Actuación en nombre de otro – Responsabilidad de los consejos de administración*, nº 7, 1994.
- BAIGÚN, D.: “¿Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico?”, *Revista de Ciencias Penales*, nº 1, 1995, Montevideo.
- BAIRD, A. C.: “The New Park Doctrine: Missing the Mark”, *North Carolina Law Review*, vol. 91, 2013.
- BINDING, K.: “Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Band 1: Normen und Strafgesetze, 4”, *Auflage, Leipzig*, 1922.
- COCA VILA, I.: “La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal”, en *Diario La Ley*, 2019, núm. 9371.
- CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989.
- CORCOY BIDASOLO, M.: “Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 13, 2003.
- CORCOY BIDASOLO, M.: *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- CUADRADO RUIZ, M. Á.: *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario: análisis crítico del art. 363 del Código penal*, Bosch, Barcelona, 1998.
- DAVIES, P.: *Introduction to Company Law*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2010.
- DEMETRIO CRESPO, E.: “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, 2008.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión”, *Nuevo foro penal*, nº 83, 2014.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas: consideraciones críticas”, *Nuevo foro penal*, nº 76, 2011.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Omisión e injerencia en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 843, 2012.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del compliance officer por infracción del «deber de control»: una aproximación tópica”, en Arroyo Zapatero, L.; Nieto Martín, A.: *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Prevención de la delincuencia empresarial”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 12, 2012.
- ESTEBAN VELASCO, G.: “La administración de las sociedades de capital.”, *Revista de Derecho de sociedades*, nº 36, 2011.

- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 40, 2007.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, *InDret*, nº 3, 2015.
- FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E. B.: *Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en EE.UU. ¿Un modelo para el Derecho penal español?*, Bosch Penal, Barcelona, 2017.
- FISSE, W.: “The Social Policy of Corporate Criminal Responsibility”, *Adel. L. Rev.*, vol. 6, 1981.
- GALLEGO SOLER, N.: “Administración desleal (art. 252)”, en Corcoy Bidasolo, M.: *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, 2012.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Nuevas bases para una distinción necesaria”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 14, 2012.
- GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, tomo I, Teoría General*, Editorial Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985.
- HRUSCHKA, J.: “Imputation”, *BYU L. Rev.*, vol. 1986, 1986.
- HRUSCHKA, J.: “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en Del Mismo: *Imputación y Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- KAUFMANN, A.: *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Dapalma, Buenos Aires, 1977.
- KLEIN, W. A.; COFFEE, J. C.: *Business organization and finance: legal and economic principles*, 9ª ed., Editorial Foundation Press, Estados Unidos de América, 2004.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Libro homenaje al Prof. Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- LLEBOT MAJÓ, J. O.: “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en Rojo Fernández Río, A. J./Beltrán Sánchez, E.M.(Dirs.): *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6ª ed., 2016.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MCMURRAY, M.: “An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule”, *Vand. L. Rev.*, nº 40, 1987.
- MEINI MÉNDEZ, I.: “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 52, 1999.
- MIR PUIG, S.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996.

- MIRÓ LLINARES, F.: “Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, *Cuadernos de política criminal*, nº 113, 2014.
- NAGLER, J.: *Die Teilnahme am Sonderverbrechen: ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Engelmann, 1903.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: “Repercusión de la ‘responsabilidad por el producto’ en los principios garantizadores y la dogmática penales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2006.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *El caso colza: responsabilidad penal por productos alterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “«Riesgos normales» y «Riesgos excepcionales». Observaciones sobre la exclusión de la tipicidad de las conductas peligrosas”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. 2, Universitat de Valencia, Institut de Criminologia, Valencia, 1998.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C.: “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, en *Indret*, núm. 162. octubre de 2003.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C.: *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, Madrid, 2007.
- PÉREZ CEPEDA, A. I.: “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *Revista penal*, nº 9, 2002.
- PETRIN, M.: “Circumscribing the Prosecutor’s Ticket to Tag the Elite-A Critique of the Responsible Corporate Officer Doctrine”, *Temp. L. Rev.*, vol. 84, 2011.
- PIÑA ROCHEFORT, J. I.: “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en Silva Sánchez, J.M.; Miró Llinares, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- RAGUÉS I VALLÉS, R.: *El dolor y su prueba en el proceso penal*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “El deber de diligencia”, en Esteban Velasco, G.: *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- ROXIN, C.; Cuello Contreras, J.; Serrano González de Murillo, J. L.; Cobo del Rosal, M.: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7a ed., Marcial Pons, Barcelona, 2000.
- RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “La imputación al sujeto de sus defectos de imputación”, en Sánchez-Ostiz, P.: *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Ara Editores, Lima, 2006.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005; edición latinoamericana, 2009.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “Las incumbencias como normas de conducta”, en ŠILAR; AUGIER, S.: *Racionalidad práctica. Intencionalidad, normatividad y reflexividad*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Mutilva Baja (Navarra), 2009.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: *Practical Rationality. Intentionality, Normativity and Reflexivity*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Mutilva Baja (Navarra), 2009.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias”, en Luzón Peña: *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, La Ley, Madrid, 2010.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación”, 2014.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “¿Incumbencias en Derecho Penal?.- Depende”, *InDret*, nº 1, 2015.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico”, en Silva Sánchez, J.M.; Miró Llinares, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- SEPINWALL, A.: “Responsible Shares and Shared Responsibility: In Defense of Responsible Corporate Officer Liability”, *Colum. Bus. L. Rev.*, vol. 2014, 2014.
- SCHÜNEMANN, B.: *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, vol. 86, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971.
- SCOTT, K.: “Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project”, *Stanford Law Review*, vol. 35, 1983.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La actuación en una empresa como atenuante del delito”, *InDret*, nº 2, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Teoría del Delito y Derecho penal económico-empresarial”, en Silva Sánchez, J.M.; Miró Llinares, F.: *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, en Bacigalupo: *Empresa y delito en el nuevo CP*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- VACADÍE, M.; MAURICIO, D.: “Autoría y Dominio Del Hecho En Los Delitos Económicos (Perpetratorship and Domain in Economic Crimes)”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, nº 97, 2013.
- VOGLER, T.: “Zur Bedeutung des [par.] 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikte”, en Warda, G.; Waider, H.; Von Hippel, R.; Meurer, D.: *Festschrift für Richard Lange*, Berlín, 1976.
- WELZEL, H.: *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 11ª ed., Berlín, 1969.