

Deures dels membres d'un Consell d'Administració
[a propòsit de la STS núm. 234/2010 (Sala Penal), d'11 de març]

I

En Dret penal econòmic no se sol discutir significativament l'existència de dos principis que regeixen, respectivament, les relacions horitzontals i les relacions verticals dels integrants de l'empresa. Així, s'entén que les relacions horitzontals (de divisió funcional del treball) es troben subjectes a la vigència d'un principi de confiança. En canvi, les verticals (de jerarquia) es regeixen per un principi de desconfiança¹.

A les relacions horitzontals –com les que hi ha entre els directius situats a un mateix nivell–, el criteri rector és, segons s'ha indicat, el principi de confiança. No hi ha coincidència, en canvi, pel que fa a la manera de concebre aquest principi. Per a alguns, que l'acullen en la seva formulació més tradicional, una relació està regida pel principi de confiança quan el que actua de conformitat a Dret en el seu àmbit d'organització pot partir de què la resta també ho farà en el seu, llevat de què sigui evident el contrari. És a dir, no hi ha cap deure de vigilància; ara bé, tan aviat com apareixen indicis suficients d'una actuació contrària a Dret en un dels altres directius situats al mateix nivell, sorgeix per al directiu l'obligació de neutralitzar-la. Per aquesta raó, tot i que alguns autors afirmen que el principi de confiança és un principi limitador de les posicions de garantia, es pot afirmar que més aviat es tracta d'un principi de llur extensió, ja que parteix d'una posició de garantia per la pròpia esfera d'organització que s'amplia sense disposició de la llei ni acte addicional d'organització, sinó només pel coneixement sobrevingut del dèficit organitzatiu d'un subjecte situat al mateix nivell. Un element addicional que s'ha de considerar en aquest esquema és el relatiu a la manera en què apareix el coneixement relatiu al dèficit organitzatiu del tercer, ja que aquest pot aparèixer com quelcom segur, quelcom probable i, fins i tot, quelcom possible. En funció de la manera en què aparegui pot generar una responsabilitat dolosa (dol directe de segon grau o dol eventual) o imprudent².

Ara bé, el principi de confiança es pot reconstruir d'una altra manera. Un important sector doctrinal –amb el qual simpatitzo– entén la confiança en el pla horitzontal en un sentit més rígid. En efecte, parteix de què qui actua de manera conforme a Dret en la seva pròpia esfera de competència no té per què neutralitzar els efectes de l'actuació deficient d'un tercer en la seva, per molt que ambdós es trobin en el mateix pla horitzontal i el primer tingui coneixement de la

¹ Sobre aquest, de manera general, cfr. l'excel·lent obra de Mario MARAVER GÓMEZ (2009), *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid.

² Si es que aquesta és possible en el context delictiu de què es tracta.

deficiència en l'actuació del segon. El principi de confiança mereix aquí, més aviat, el nom de principi d'estricta competència, o de separació estricta d'esferes.

D'altra banda, la incidència del principi de desconfiança es tradueix en la imposició als superiors jeràrquics de deures de vigilància sobre els seus subordinats. El deure de vigilància es descompon, en puritat, en dos deures: un deure de vigilar –en sentit estricte– per a obtenir el coneixement de tot allò que duu a terme el subordinat (que pot ser d'intensitat variable)³, i un deure d'evitar l'actuació del subordinat, neutralitzant llurs manifestacions defectuoses un cop conegudes.

Una relació vertical és la que existeix, per exemple, entre un Consell d'Administració i el Conseller Delegat (o les Comissions Executives), o entre el Consell i un directiu. Per a alguns autors, el delictes comès pel conseller delegat es podria imputar a títol de participació per omissió als membres del Consell d'Administració que haguessin infringit els corresponents deures de vigilància. Els referits autors consideren que ens trobem aquí davant de superiors la relació dels quals amb la lesió del bé jurídic passa per una decisió autoresponsable d'un inferior jeràrquic, l'execució de la qual –tot i poder-ho fer– no s'ha impedit. Això manifestaria una infracció del deure de vigilància (*Aufsichtspflichtverletzung*) idèntica a una participació activa i constitutiva, per tant, de participació per omissió. Altres autors, en canvi, sostenen que es tracta d'una coautoria per omissió⁴.

II

A la vista de l'anterior, una situació peculiar és la que fa referència a les relacions entre els propis membres del Consell d'Administració. Certament, aquests es troben en una relació horitzontal. Però, a diferència del que passa amb els directius, no tenen un superior jeràrquic amb un deure de vigilar llur actuació, almenys a Espanya, on el Dret de societats no regula la figura d'un *Aufsichtsrat*. Així, un mèrit de la STS núm. 234/2010, d'11 de març (MP: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar), és haver plantejat la qüestió de si els membres d'un Consell d'Administració tenen el deure de vigilar-se entre si i, per tant, responen per la infracció d'aquest deure si un d'ells comet un fet delictiu⁵. Que la sentència hagi passat desapercibuda –pel que arribo a veure– és molt més estrany si es considera que compta amb un important vot particular del magistrat Enrique Bacigalupo Zapater. Les dues possibles posicions respecte de la qüestió central apareixen, així, clarament exposades i confrontades.

La posició de la majoria és que els membres del Consell d'Administració no tenen deures de

³ Així, pot ser d'intensitat forta (deure d'inspecció) o feble (mer deure d'estar atent als indicis que pugui oferir l'actuació del subordinat).

⁴ Naturalment, tractant-se de delictes dolosos, la infracció del deure de vigilància hauria de ser alhora dolosa.

⁵ Fet delictiu que, en el cas particular, va consistir en l'apropiació per un administrador –el que duia a terme la gestió més directa de la societat– de les quantitats lliurades per tercers per a la seva inversió en la compraventa d'obligacions hipotecàries.

vigilància recíprocs. Aquesta opinió es construeix sobre tres elements. Dos elements generals: d'una banda, la relació entre els membres d'un Consell i, de l'altra, l'art. 11 CP, que conté la clàusula general d'imputació a títol de comissió per omisió en Dret espanyol. I un element específic del cas: la classe d'activitats que estava duent a terme el conseller que va cometre un delictes d'apropiació indeguda. Pel que fa al primer, es constata l'obvietat de què no hi ha una posició de jerarquia entre uns i altres membres del Consell. El segon, per la seva banda, porta a advertir que la llei –una de les fonts del deure de garant, segons el text de l'art. 11 CP– fa al·lusió a una obligació d'exercir el càrrec amb la diligència d'un ordenat empresari i d'un representant lleial, i d'informar diligentment de la marxa de la societat, el que no arribaria a fonamentar un deure de vigilar totes i cadascuna de les activitats dels altres. L'anàlisi del tercer element permet subratllar que els actes de l'administrador acusat –i després condemnat– “se desarrollaban en el marco del objeto social y, como tales, no presentaban una especial peligrosidad para intereses ajenos que exigiera una especial vigilancia”.

No falten arguments de suport addicionals. Així, encara que s'hagués complert amb hipotètics deures de vigilància, res indica que s'haguessin pogut conèixer i evitar les actuacions delictives del conseller que va cometre activament el delictes (doctrina del comportament alternatiu adequat a Dret). D'aquesta manera es pretén excloure la imputació objectiva del resultat (en aquest cas, del fet delictiu de l'autor). I, finalment, el desconeixement efectiu de l'activitat delictiva d'aquest conseller per part dels altres⁶.

El vot particular assumeix bona part de les premisses i conclusions de la majoria: així, la referència a l'art. 11 CP i l'afirmació de què els membres del Consell d'Administració tenen una posició de garant (respecte de les seves competències pròpies i respecte dels seus subordinats). Però se separa pel que fa al contingut del deure legal (extrapenal) dels administradors que, en virtut de l'art. 11 CP, determinaria l'abast de la seva posició de garantia. En particular, sosté que el concepte d'“ordenat empresari” de l'art. 127.1 de la derogada LSA constitueix un element normatiu “empírico-cultural”, el contingut del qual s'ha de definir d'acord amb els valors culturals vigents en una determinada societat. Per al magistrat Enrique Bacigalupo, “un ordenado comerciante tiene la obligación de vigilar que otros miembros del consejo de administración no distraigan dinero de la sociedad”. Això es derivaria, segons ell, de les modernes exigències del Dret mercantil comptable, de les recomanacions establertes en el Codi Unificat de Bon Govern Corporatiu i dels valors de la cultura empresarial actual.

III

Tot i que les divergències entre la posició majoritària i la minoritària semblin tenir un contingut

⁶ Certament, la sentència assenyala: “Puede plantearse si es posible hacer equivalente al conocimiento seguido de la omisión, la situación de quien no sabe a consecuencia de su incumplimiento consciente de su obligación, o de su negligencia, pues estaba obligado a saber, o al menos a realizar los actos de vigilancia que conducirían a saber. Dicho más precisamente, si quien omite los deberes de vigilancia sobre la actividad de terceros respecto de los que tenga alguna autoridad (para ordenar una conducta o impedirla), que le permitirían conocer el riesgo y actuar para evitar el resultado, es responsable de éste por omisión”. Però a continuació ho descarta per no donar-se, al seu parer, els pressupòsits per a afirmar l'existència d'un deure de vigilància que pogués ser infringit.

fonamentalment teòric, personalment penso que en elles és fonamental una discrepància fàctica⁷. En concret, la relativa al coneixement, per part de la resta de membres del Consell, de l'actuació del conseller que va cometre el delictes d'apropiació indeguda. La sentència no només nega aquest coneixement sinó que fins i tot té dubtes sobre que s'hagués pogut assolir, d'haver-se dut a terme hipotètiques conductes de vigilància. El vot particular, per la seva banda, assenyala justament el contrari. D'una banda, indica que hi havia raons "para sospechar una distracción de dinero en perjuicio de los inversores"; de l'altra, assenyala que els membres del Consell tenien –el 1997– coneixement de què la societat no podia respondre al pagament dels alts interessos pactats, tot i que van permetre que, amb posterioritat, el conseller en qüestió rebés diners per a invertir en obligacions hipotecàries⁸.

Doncs bé, aquesta discrepància és decisiva, ja que si la majoria hagués considerat provat el coneixement dels altres membres del Consell d'Administració sobre les actuacions del conseller que va distreure les quantitats lliurades, hauria pogut condemnar-los sense necessitat d'assumir l'existència d'un deure de vigilància en la relació horitzontal interna al Consell. D'altra banda, assentat aquest coneixement, el vot particular tampoc necessita del recurs al deure de vigilància – i llur infracció– per a condemnar els consellers ometents. Bastarà amb el recurs al principi de confiança en la seva concepció tradicional i, en concret, el cessament de la seva incidència protectora quan apareixen indicis de l'actuació defectuosa d'un altre individu que es troba situat en el mateix pla horitzontal.

Precisament, al meu parer, aquesta concepció del principi de confiança no és correcta, de manera general, per a totes les relacions situades en un pla horitzontal. Per exemple, per al cas dels directius entre si. Aquí hauria de regir l'altra versió del principi de confiança: la més rígida, que podem anomenar principi de competència o de separació d'esferes.

En canvi, la concepció clàssica del principi de confiança troba el seu àmbit d'aplicació en grups humans d'estructura horitzontal però amb una major vinculació entre els seus integrants. En efecte, l'acolliment del principi de confiança en la seva formulació convencional requereix partir d'una relació entre garants en la que cadascun tingui el deure propi i, a més, el deure de subsanar l'incompliment del deure aliè.

Per a decidir si en un determinat espai regeix el principi de confiança o un altre principi més desvinculant de responsabilitats, cal precisar quina és l'especificitat de les relacions entre garants. Aquesta relació no pot ser la que genera deures de vigilància d'un sobre l'altre (aquí regeix la desconfiança) ni tampoc una en la que regeixi amb claredat el principi de separació d'esferes (aquí regeix la neutralitat, és a dir, la inexistència d'una possibilitat d'extensió del deure en funció del coneixement).

Una situació intermèdia es pot donar en determinades interaccions en el si d'un grup ben definit,

⁷ Que s'ha de considerar derivada de diferències pel que fa a la valoració de la prova. Sabut és que la racionalitat de la valoració de la prova del coneixement és revisable en cassació.

⁸ El que, per cert, apunta més a una estafa que a una apropiació indeguda.

amb relacions estretes, fungibilitat relativa dels rols, igualtat, reciprocitat i un objectiu o missió ben determinat. Al meu entendre, aquest és precisament el cas del Consell d'Administració i, en concret, dels seus membres entre si. En el grup així definit, el deure complementari de subsanar la incorrecció aliena és un reflex del deure negatiu que el grup en el seu conjunt té davant d'un tercer (la societat, en el cas que ens ocupa).

En tot cas, allò decisiu és que el subjecte, mitjançant la seva integració en el Consell d'Administració (acte d'assumpció), assumeix un contingut de deure institucional en part tancat i en part obert a les circumstàncies (que poden donar lloc a la producció d'un acte defectuós aliè). No és el coneixement el que genera el deure, sinó que el deure preexisteix (i cal determinar el seu contingut) i el coneixement de l'acte defectuós aliè permet la imputació de la seva infracció. Ara bé, ha de quedar clar, d'una banda, que no es tracta d'un deure de garant de vigilància: és a dir, que no hi ha un deure d'organitzar la manera d'adquirir el coneixement sobre allò que fan els altres. I, d'altra banda, que l'acte delictiu aliè pot aparèixer –en la representació dels altres– amb graus d'intensitat molt diferents: si es tracta d'un delictes dolós, únicament un coneixement segur o probable podrà fonamentar la imputació de responsabilitat omissiva per infracció del deure d'evitar el fet delictiu aliè.

En conclusió: en la meua opinió, els membres d'un Consell d'Administració tenen deures de garant recíprocs. No obstant, aquests deures no són de vigilància. Això significa que els consellers no tenen el deure d'organitzar mecanismes recíprocs de vigilància sobre les conductes que fan uns i altres. Però sí significa que, si un conseller adquireix el coneixement, encara que sigui en termes de probabilitat, de la comissió d'un delictes per part d'un altre, se'l pot fer responsable per omissió d'aquest delictes si, tenint la capacitat per a fer-ho, no l'evita.

Jesús-María Silva Sánchez