

Últimas reformas de la Ley de Sociedades de Capital y del Código Penal relevantes para la empresa.

CARMEN GAY CANO
Abogado

GAY CANO
&
PALACIN RAMOS
Abogados

¿Qué subyace en ambas reformas?

- Implantación del “buen gobierno” corporativo.
- La actuación ética en la empresa como elemento esencial en los negocios.
- La cultura del cumplimiento o “*compliance*”.

Marco normativo.

- Ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para la mejora del gobierno corporativo.
- Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal (CP).

Antecedentes.

- Convenios y recomendaciones internacionales.
- Informe Olivencia (1998), primer Código de Buen Gobierno Corporativo (2003), Informe Aldama, Grupo de trabajo que elabora el Código Unificado de Buen Gobierno (2006) y el Anteproyecto de Código Mercantil.
- Desde el 2002 se van introduciendo reformas puntuales (LSC, LMV).
- Informe de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo (2013).

- Numerosos casos, más o menos mediáticos, que hacen patente la urgente necesidad de abordar una reforma que implique más control sobre los órganos societarios.

Parte I

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Dos bloques de cuestiones:

- a) Modificaciones que afectan al funcionamiento de la junta general con el fin de dotar de mayor protagonismo en cuestiones de gestión.
- b) Modificaciones referentes al órgano de administración para establecer un mayor control de su actuación y nivel de exigencia en el desempeño del cargo.

Junta General.

Operaciones sobre activos esenciales.

- 1) Art. 160 f) LSC: Amplia la competencia de la Junta a la “*adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales*” tanto en SA como en SL.

Se presume que son activos esenciales cuando el importe de la operación supera el 25% del valor de los activos que conste en el último balance aprobado.

Problemas interpretativos y prácticos.

Instrucciones al órgano de administración por la junta.

2) Art. 161 LSC: Amplía a las SA, (ya previsto para las SL), la facultad de la junta general de impartir instrucciones al órgano de administración en determinados acuerdos de gestión, salvo exclusión en Estatutos.

No limita lo dispuesto en el art. 234 LSC que establece el principio de la extensión del poder de representación de los administradores a todos los actos comprendidos en el objeto social.

Conflicto de intereses.

3) Art. 190 LSC: Ampliación a las SA de los supuestos de abstención obligatoria en el derecho de voto (ya regulado para las SL) en los supuestos de:

- Autorización para transmitir acciones o participaciones.
- Exclusión de la Sociedad de un socio.

- Liberación de una obligación o concesión de un derecho.
- Facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, (incluidas garantías).
- Dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad del art. 230 LSC.

- Acertada aclaración del párrafo 3°. (Numerosos problemas prácticos). En otros casos de conflicto de intereses no previstos en el apartado 1, “*los socios no estarán privados de su derecho de voto*”.
- Inversión de la carga de la prueba si el voto del socio en conflicto fue determinante para adoptar el acuerdo. La sociedad o el socio o socios afectados deben acreditar la conformidad del acuerdo con el interés social.

Excepciones en las que corresponde al carga de la prueba a quien impugna:

- Nombramiento, cese y revocación de administradores.
- Exigencia de responsabilidad a administradores.
- *“Otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad.”*

Derecho de información. Art. 197 LSC.

- Apartado 3: En SA se faculta a denegar información si es innecesaria o existen razones objetivas para considerar que se puede hacer un uso extrasocial.
- Apartado 5: Ya no son causa de impugnación los defectos de información en aclaraciones solicitadas verbalmente en la junta. Cabe exigir el cumplimiento y, en su caso, la indemnización de daños.
- Ventajas y desventajas según la posición.

Otras modificaciones societarias.

- Art. 197 bis LSC: Supuestos de votación separada.
 - Nombramiento, ratificación, reelección y separación de cada administrador.
 - Modificaciones estatutarias (cada artículo o grupos de artículos).
- Art. 201 LSC: Aclaración de la mayoría simple para la adopción de acuerdos en SA.

Impugnación de acuerdos sociales. Reforma sustancial. Arts. 204 a 206 LSC. Impugnación.

- Desaparece la distinción entre acuerdos nulos y anulables.
- Son impugnables los acuerdos contrarios a Ley, a los Estatutos, al reglamento de la junta (novedad) o que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros.
- Nuevo supuesto: acuerdos impuestos de forma abusiva por la mayoría en interés propio y en detrimento de los minoritarios, sin que concurra necesidad razonable del acuerdo.

- Plazo único de impugnación de un año, salvo acuerdos contrarios al orden público que la acción es imprescriptible, (excepto en cotizadas que es de 3 meses).

Genera inseguridad en la práctica.

- Legitimación: se requiere el 1% del capital social, (salvo los contrarios al orden público).

Nueva regulación de los defectos de forma:

- No pueden esgrimirse en la impugnación defectos de forma que no se denunciaron en el momento de la Junta.
- Cuestión práctica: Posible responsabilidad de asistente en nombre del socio, en especial, si es un profesional.

No procede la impugnación (art. 204 LSC):

- Si el acuerdo es sustituido válidamente por otro antes de la interposición de la demanda o posteriormente, si lo declara el Juez.
- Infracción de requisitos meramente procedimentales sobre convocatoria, constitución o adopción del acuerdo, salvo si se refiere a la forma y el plazo de la convocatoria, mayorías u otros relevantes. Problemas interpretativos.

- Defectos en el derecho de información, salvo que hubiera sido esencial para el ejercicio del derecho de voto u otros de participación.
- Participación de personas no legitimadas para asistir, salvo si hubiera sido determinante para la válida constitución. (Supuesto habitual de personas mal apoderadas).
- Invalidez de votos o en el cómputo de los emitidos, salvo que hubiera sido determinante para obtener la mayoría.

* Opinión crítica: la seguridad jurídica como valor.

Impugnación de acuerdos del consejo. Art. 251 LSC.

- Como novedad, el porcentaje de capital exigido para impugnar se reduce al 1% frente al 5% que establecía la normativa anterior.
- Aplicación de la normativa de impugnación de acuerdos de la junta.

El Legislador opta claramente por una drástica reducción de las opciones de impugnación de acuerdos sociales. Justificación EM:

- Uso abusivo de la impugnación como arma de presión.
- Inseguridad jurídica y otros daños en el tráfico jurídico-empresarial.

Posibles supuestos de desprotección de los socios y, en especial, de los minoritarios.

Órgano de administración:

- Regulación más estricta, con el objetivo de que exista un mayor control sobre el órgano de administración y sobre su forma de actuación.
- Reforma sustancial de los “deberes” y del comportamiento esperable y exigible por parte de los administradores.

Deberes de los administradores.

Deber de diligencia. Arts. 225 y 226 LSC.

- Dedicación adecuada al cargo de administrador.
- Obligación de estar informado y exigir la información necesaria para un adecuado ejercicio del cargo.
- Estándar de diligencia: Actuación de buena fe, sin interés personal, con información suficiente y según un procedimiento de decisión adecuada.

Deber de lealtad. Arts. 227 y 228 LSC.

- Su infracción genera la obligación de indemnizar el daño y la devolución del enriquecimiento injusto obtenido.
- **Otras obligaciones inherentes al deber de lealtad:**
 - No hacer uso de las facultades para fines distintos a los propios del cargo.
 - Guardar secreto, incluso una vez cesado.

- Abstenerse de participar y votar en acuerdos en los que se encuentre él personalmente o una persona a él vinculada en situación de conflicto de intereses, directo o indirecto.
- Evitar incurrir en situaciones de conflicto de intereses con el interés social o los deberes con la sociedad.
- Desempeñar el cargo con responsabilidad, libertad de criterio e independencia.

Es un régimen **imperativo**, no caben limitaciones estatutarias (art. 230.1 LSC).

- La junta puede dispensar de este deber si no cabe esperar daño a la sociedad o compensa el beneficio esperable, en los casos de ventaja o remuneración por un tercero o transacciones de valor superior al 10% de los activos sociales. Complejidad práctica.
- En los demás supuestos, corresponde dispensar al órgano de administración.

Órgano de administración.

Modificaciones sustanciales en materia de retribución. Arts. 217 y 218 LSC.

Retribución de administradores.

- Necesaria identificación en Estatutos de los posibles conceptos retributivos: asignación fija, dietas, participación en beneficios, retribución variable o remuneración por cese, (nunca si es debido a un incumplimiento de los deberes).
- Aprobación por la junta del importe máximo o del porcentaje que será aplicable en sucesivos ejercicios, salvo acuerdo de modificación.

Novedad legislativa. Regla de razonabilidad de la retribución (art. 217.4 LSC).

La retribución del administrador debe guardar proporción razonable con:

- La importancia de la sociedad.
- La situación económica de la sociedad en cada momento.
- Los estándares de mercado de empresas comparables.

Régimen de responsabilidad. Art. 236 LSC).

- Frente a la sociedad, los socios y acreedores.
- Por el daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley, los estatutos o incumpliendo los deberes propios del cargo y si concurre dolo o culpa.
- Presunción de culpabilidad: actos contra Ley o Estatutos.

Extensión del mismo régimen al administrador de hecho. Concepto.

- Quien desempeña el cargo sin título (nombramiento), con título nulo o extinguido.
- Quienes *de facto* dan instrucciones de actuación a los administradores sea con otro título o sin éste.
- Problemas prácticos. Sociedades pantalla, uso de testaferros.

Novedad: extensión del régimen de responsabilidad a:

- Representante permanente de la persona jurídica administrador, solidariamente.
- A la persona que cualquiera que sea su cargo, tenga atribuidas las facultades de alta dirección, sin ser consejero delegado.

Otras novedades relevantes:

- Legitimación de los socios que ostenten un 5% del capital social, (individual o conjuntamente), para ejercitar la acción social de responsabilidad directamente, sin previo acuerdo de la junta, si se basa en infracción del deber de lealtad (art. 239 LSC).
- Plazo único de prescripción (no caducidad) de 4 años de las acciones de responsabilidad desde el día en que pudo ejercitarse la acción, (no ya desde inscripción del cese, art. 949 Ccom). Inseguridad jurídica (art. 241 bis LSC).

Consejo de Administración. Novedades.

- Art. 245.3 LSC. Obligación de reunirse, al menos, una vez al trimestre.
- Art.249.3 LSC. Contrato con el Consejero delegado aprobado por el consejo, sin su asistencia a la reunión, con el voto favorable de 2/3 de sus miembros.
- Debe incluir todos los posibles conceptos retributivos por “*funciones ejecutivas*”. No podrá recibir ninguna retribución no incluida en el contrato.
- Debe ajustarse a la política retributiva fijada por la junta.

Ampliación de las facultades indelegables. Art. 249 bis.

- Efectiva supervisión del funcionamiento de las comisiones, órganos delegados y directivos.
- Determinación de políticas y estrategias de la Sociedad.
- Autorización o dispensa a los administradores de las obligaciones dimanantes del deber de lealtad del art. 230 LSC.
- Organización y funcionamiento del Consejo.
- Formulación de cuentas.

- Elaboración de informes exigidos por la normativa societaria, siempre que la operación no pueda ser delegada.
- Nombramiento y destitución de consejeros delegados.
- Condiciones del contrato del consejero delegado.
- Nombramiento y destitución de directivos que dependan del consejo, establecimiento de las condiciones de sus contratos y su retribución.

- Decisiones sobre retribución de consejeros.
- Convocatoria de junta, elaboración del orden del día y de la propuesta de acuerdos.
- Política de autocartera.
- Facultades delegadas, salvo autorización expresa de subdelegación.

Sociedades cotizadas. Reforma sustancial.

- Refuerzo de la junta y de los accionistas.

- Se reduce el porcentaje de participación al 3% para el ejercicio de derechos (art. 495.2 LSC).
- Para la impugnación de acuerdos se exige el 1 por mil del capital social. La acción de impugnación frente a acuerdos contrarios al orden público caduca los tres meses.

- Se incluye como **competencia de la Junta** la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales, que se presume cuando su valor supere el 25% del total de los activos, las operaciones de efecto equivalente a la liquidación y la política de remuneración de consejeros (art. 511 bis LSC).
- Para solicitar complemento convocatoria se requiere el 3% (art. 519 LSC).
- Solicitud de información hasta el quinto día anterior a la junta y deben publicarse en la web las respuestas (art 520 LSC).

- Regulación del consejo de administración, (arts. 529 bis a 529 novodecies).
- Facultades indelegables.
- Deber de asistencia a las sesiones.
- Deber de información.
- Regulación de los puestos de presidente y secretario.
- Sistema de nombramiento y reelección.

- Remuneración de consejeros.
- Categorías de consejeros .
- Comisiones preceptivas.

Regulación específica de:

- Informe de gobierno corporativo (art. 540 LSC).
- Informe anual sobre remuneraciones de consejeros (art. 541 LSC).

Parte II.

Responsabilidad penal de las personas
jurídicas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica.

- Cambio de paradigma: de la inimputabilidad de las personas jurídicas (“*societas delinquere non potest*”) a su consideración como posible delincuente.
- Necesidad de adecuar a la realidad económico-social las normas penales: generalización de la actuación por medio de sociedades.

Antecedentes: normativa europea.

- Hay numerosas directivas, decisiones marco y convenios que abordan la cuestión.
- Segundo protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Acoto del Consejo de 10-6-1997).
- Decisiones marco 2001/4013/JAI, 2002/629/JAI, 2003/80/JAI, 2004/68/JAI, 2004/757/JAI, 2005/222/JAI, 2005/667/JAI.
- Directivas 2008/99/CE, 2009/123/CE, 2011/36/UE.
- Convenio Estrasburgo 27-1-1999 de Derecho penal contra la corrupción y Convenio de Paris 17-12-1997 contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

Antecedentes normativos: Ley 5/2010 de 22 de junio. Art. 31 bis CP.

- Por primera vez las personas jurídicas pueden ser sujetos activos del delito.
- Se reconoce la delincuencia empresarial como realidad fáctica.
- Sólo respecto de determinados delitos, (igual que sucede actualmente).

Marco normativo e interpretativo vigente.

- Arts. 31 bis a 31 quinquies CP, según redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015.
- Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

Elementos fundamentales de la reforma penal.

- Se reformulan los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- Introducción de los programas de cumplimiento como posibles causas de exoneración o atenuación de la responsabilidad penal.
- Se busca incentivar la autoorganización.

Posibles sistemas de imputación de las personas jurídicas.

- a) Vicarial, por transferencia de lo actuado por la persona física, derivada o por representación.
- b) Imputación propia por ser la persona jurídica quien comete el delito. Culpabilidad por defecto de organización.

Opción legal de nuestro Código Penal: sistema vicarial.

- Es el Criterio de la Fiscalía General del Estado, aunque es cuestión debatida doctrinalmente.
- El art. 31 bis dice que las personas jurídicas “*serán penalmente responsables*” no que tienen que cometer el delito, matiz importante.
- La persona física actúa “*en beneficio*” de la persona jurídica que asume la responsabilidad.

Es cierto que en la normativa existen **elementos de responsabilidad autónoma**:

- No es necesario identificar a la persona física para que pueda devenir responsable la persona jurídica (art. 31 ter).
- Las agravantes o atenuantes que concurren en la persona física no se aplican a la persona jurídica que tiene sus circunstancias modificativas y sistema de penas propios, (arts. 31 quater y 66 bis CP).

Preceptos fundamentales para interpretar y aplicar estas normas.

- Art. 4.1 CP: *“Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.”*
No cabe interpretación extensiva o analógica.
- Art. 5 CP: *“No hay pena sin dolo o imprudencia.”*

No supone desvirtuar los principios irrenunciables que rigen en el derecho penal. (Sentencia del Tribunal Supremo 514/2015, 2 de septiembre).

- No es responsabilidad objetiva o automática.
- Rige el principio de culpabilidad.
- Presunción de inocencia y todas las demás garantías de nuestro sistema.

- **Acreditación de la culpabilidad:**
 - De la persona física que realiza el acto delictivo.
 - De la persona jurídica por defecto de organización, control, supervisión.

Tipos de penas aplicables a las personas jurídicas.

- Con carácter general son multas (pena-multa).
- En el caso de concurrir especial peligrosidad o riesgo de continuidad delictiva se pueden imponer otras más graves como:
 - Suspensión de actividades y clausura de locales.
 - Cese o prohibición de actividades en cuyo ejercicio se delinquiró.
 - Inhabilitación administrativa o judicial.
 - Disolución.

Las normas penales son “normas en blanco”.

- Necesaria “integración” con las normas mercantiles y societarias.
- Creación de conceptos penales extra-mercantiles.
- Problemas prácticos.

Cuestión previa. Responsabilidad propia del administrador.

Art. 31 CP: *“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”*

Posteriormente analizaremos el concepto a efectos penales de administrador, sea de hecho o de derecho, pero adelantamos ya que en el ámbito penal se toman en consideración conceptos “valorativos”, no una “significación literal” del término, (STS 1828/2002, de 25 de octubre; STS1027/2003 de 14 de julio).

Régimen legal. Art. 31.1 bis CP.

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”

Sujetos responsables: art. 31 bis CP. LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Es un concepto más amplio que el del art. 297 CP *“cooperativa, caja de ahorros, mutua entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”*.

Pueden ser responsables:

- Sociedades mercantiles en sentido técnico jurídico.
- Fundaciones.
- Sociedades estatales.
- Partidos políticos y sindicatos (desde la LO 7/2012).

Sociedades pantalla o instrumentales.

- Aplicación de instituciones jurídicas como la teoría del levantamiento del velo o de la simulación (STS 986/2005, de 21 de julio).
- Supuestos de identidad total o confusión con la persona física.
- Sólo son penalmente responsables las personas jurídicas con un “*sustrato material suficiente*”. (Circular FGE), no aquéllas que son un mero instrumento. Excluye también las unipersonales o empresas de tamaño ínfimo.

Sociedades mercantiles públicas

“que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.”

Art. 31.2 quinquies.

- Se les extiende el nuevo régimen de responsabilidad penal.
- Limitación: sólo penas de multa o intervención judicial por un plazo máximo de 5 años.
- Excepción: si fue creada para eludir la eventual responsabilidad penal.

Entes colectivos: art. 129 CP.

- Grupos.
- Organizaciones.
- Asociaciones.
- Entidades o agrupaciones sin personalidad jurídica (por ejemplo, las UTEs).

Exclusión expresa art. 31.1
quinqüies. No será aplicable:

“al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.”

Traslado de la pena. Art.130.2 CP:

Operaciones societarias que no evitan la responsabilidad de la persona jurídica que pasa a otras entidades:

“La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella”.

Utilización con propósito elusivo de la disolución societaria.

“No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.”

¿Qué delitos que pueden cometer las personas jurídicas?

- Sistema de *numerus clausus*.
- Exclusiones. Delitos de imposible comisión por personas jurídicas.

Delitos que pueden cometer las personas jurídicas.

- Tráfico ilegal de órganos humanos. Art. 156 bis.3 CP.
- Trata de seres humanos. Art. 177 bis.7 CP.
- Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores. Art. 189 bis CP.
- Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático. Art. 197 quinquies CP.

- Estafas. Art. 251 bis CP.
- Frustración de la ejecución. Art. 258 ter CP.
- Insolvencias punibles. Art. 261 bis CP.
- Daños informáticos. Art. 264 quater CP.
- Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores. Art. 288 CP.
- Blanqueo de capitales. Art. 302.2 CP.

- Financiación ilegal de los partidos políticos. Art. 304 bis.5 CP.
- Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Art. 310 bis CP.
- Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Art. 318 bis.5 CP.
- Urbanización, construcción o edificación no autorizables. Art. 319.4 CP.

- Contra los recursos naturales y el medio ambiente. Art. 328 CP .
- Relativos a las radiaciones ionizantes. Art. 343.3. CP.
- Riesgos provocados por explosivos y otros agentes. Art. 348.3 CP.
- Contra la salud pública. Art. 366 CP.
- Contra la salud pública (tráfico de drogas). Art. 369 bis CP.

- Falsificación de moneda. Art. 386.5 CP.
- Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje. Art. 399 bis CP.
- Cohecho. Art. 427 bis CP.
- Tráfico de influencias. Art. 430 CP.
- Delitos de odio y enaltecimiento. Art. 510 bis CP.
- Financiación del terrorismo. Art. 576 CP.

- Delito de contrabando art. 2.6 LO 1//1995 de 12 de diciembre (modificada por LO 6/2011).

El régimen del art. 129 se aplica a los delitos de personas jurídicas cometidos en el seno, a través o con la colaboración de entes carentes de personalidad jurídica y también a los delitos:

- Relativos a la manipulación genética. Art. 162 CP.
- Alteración de precios en concursos y subastas públicas. Art. 262 CP.
- Negativa a actuaciones inspectoras. Art. 294 CP.
- Delitos contra los derechos de los trabajadores. Art. 318 CP.

- Falsificación de moneda. Art. 386.4. CP.
- Asociación ilícita. Art. 520 CP.
- Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas. Art. 570 quater CP.

¿Quién responde?

- La persona jurídica en cuyo nombre y beneficio se actúa.
- La persona física que actúa realizando el comportamiento delictivo.
- El obligado a vigilar que no lo hace adecuadamente.

Presupuestos de aplicación del régimen legal.

Representantes legales en sentido estricto.

- Orgánicos: administradores (LSC).
- Voluntarios: apoderados, (régimen general de los Códigos de Comercio y Civil).

Elementos esenciales de los representantes.

- “Autorizados para tomar decisiones”.
- “*Facultades de organización y control*”.
- Actuación “*en nombre o por cuenta de la persona jurídica*” y “*en su beneficio directo o indirecto*”.

El administrador de hecho. Concepto penal. Criterio jurisprudencial.

- Aquéllos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.

31 bis b): Subordinados sometidos a supervisión de los referidos en el a).

- Personas con facultades delegadas limitadas, apoderados singulares o mandos intermedios.
- Actúan igualmente en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica para la que prestan servicios.
- Concorre falta de los deberes de vigilancia, control y supervisión.

Tipo de sanción en función de la gravedad del incumplimiento

- Es necesario un incumplimiento relevante, grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, *“atendidas las concretas circunstancias del caso”*, (art. 31.1.bis).
- El art. 66 bis regula incumplimientos menos graves. *“En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio (...)”*).

Principio de intervención mínima del derecho penal.

En el caso de infracciones leves del deber de control y supervisión:

- Sanciones administrativas.
- Responsabilidad civil subsidiaria por *culpa “in eligendo”* o *“culpa in vigilando”*, (art. 120 CP).

Correlación con normas societarias sobre actuación de administradores.

- Art. 255 LSC: deber de actuación diligente, adoptando las medidas necesarias para la buena dirección y control de la sociedad.
- Art. 259 bis LSC: carácter indelegable de las facultades de supervisión.

Naturaleza de la vinculación con la persona jurídica.

- Indiferente.
 - Laboral.
 - Prestación de servicios en régimen de arrendamiento.
 - Otros.

Necesaria actuación en “*beneficio directo o indirecto*” de la persona jurídica.

- Sustituye la terminología anterior “*en provecho*”.
- No tiene que ser beneficio estrictamente económico, pueden ser otros como por ejemplo, beneficio reputacional, estratégico, comercial etc.
- Falta de coordinación en el art. 129 CP (entes sin personalidad jurídica) que no lo exige.

Art 31 ter CP. Se exige responsabilidad a la persona jurídica:

- *“aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”.*
- Si concurren en la persona física *“circunstancias que afecten a la culpabilidad (...) o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia”.*

Atenuantes aplicables a las personas jurídicas (art. 31 quater):

- a) Confesión de los hechos antes de conocerse el procedimiento judicial.
- b) Colaboración en la investigación de los hechos con aportación de pruebas “*nuevas y decisivas*” en el curso del procedimiento.

c) Proceder a reparar o disminuir el daño causado por el delito siempre que sea antes del juicio oral.

d) Establecer “*medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica,*” igualmente, antes del juicio oral.

¿Es posible la comisión culposa?

Según la Circular I/2016 FGE, aunque es problemático compatibilizar una comisión por imprudencia con la redacción legal, cabe en algunos delitos como:

- Insolvencias punibles.
- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.
- Blanqueo de capitales.
- Financiación terrorismo.

Exclusión de la responsabilidad en la persona jurídica.

La gran novedad de la reforma: los programas de cumplimiento o *compliance*.

¿Qué es el *Corporate Compliance*?

- Es un sistema de prevención del delito cuya finalidad es promover una cultura empresarial de actuación ética en la empresa.
- Requiere efectivo compromiso corporativo, tanto del equipo gestor o directivo como de los empleados.

- No exonera *per se* de responsabilidad penal. No es un “salvoconducto” o un seguro. (Circular 1/2016 FGE).
- La valoración de los sistemas corresponde siempre al órgano judicial en atención a la prueba. (Certificaciones de idoneidad. No determinantes. No acreditan eficacia.)

Importancia de la conducta de la persona jurídica a efectos de la implantación de la cultura del cumplimiento.

- Firmeza en la respuesta. Intolerancia con las conductas no éticas. Denuncia del infractor.
- Medidas laborales: sanciones, medidas disciplinarias, despidos.

- Premiar la colaboración en la investigación de los hechos.
- Valorar la reparación de los daños.
- Revisión de las deficiencias que se han puesto de manifiesto en el plan de prevención.
- Dificultades prácticas.

Requisitos del Plan de Cumplimiento (art. 31 bis CP).

- Determinación del mapa de riesgos de la empresa. Necesidad de que sea un “traje a medida” de cada empresa.
- Identificación de las actividades generadoras de riesgo en función de la actividad realizada que exigen prevención contra posibles actuaciones delictivas.

- Implementación de modelos de gestión y correlativa asignación de recursos (materiales, financieros, humanos) para su buen funcionamiento.
- Protocolos sobre el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica y de adopción de decisiones.

- Implantación de sistemas de información de riesgos e incumplimientos.
- Régimen sancionador y disciplinario.
- Verificación periódica de la eficacia del modelo y adecuación a los cambios en la organización.

Exención de la responsabilidad de la persona jurídica. Presupuestos.

- El órgano de administración debe poder acreditar que antes de la comisión del delito ha implantado modelos de organización y gestión y las pertinentes medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el riesgo de comisión de delitos. Art. 31 bis 2, 1º a 4º.

- Que hay una efectiva supervisión y control.
- Que se ha producido una elusión fraudulenta por el autor de los controles establecidos en la empresa para prevenir la comisión de delitos.

Consecuencias:

- El objeto del proceso penal se extiende a la valoración de la idoneidad del programa de cumplimiento adoptado en cada caso concreto.
- Problema: ausencia de una regulación mercantil de estos programas que actúe como norma guía para el juez penal, (como sí sucede en blanqueo de capitales).

Atenuación de la pena.

- No concurrencia de todos los requisitos para la exoneración.
- Cumplimiento parcial.
- La Circular 1/2016 FGE aboga por una interpretación siempre restrictiva.

Órgano de supervisión del efectivo cumplimiento del Plan.

- Órgano independiente y autónomo con facultades amplias de actuación y de control. *COMPLIANCE OFFICER*.
- Unipersonal o pluripersonal.
- Efectiva independencia.
- Problemas prácticos que puede plantear la elección interna.

Régimen especial PYMES.

- Puede llevarse a cabo la función del Compliance Officer por el órgano de administración.
- Aplicación flexible en atención a las circunstancias y características de la empresa.

Gracias por vuestra atención.

Carmen Gay Cano ●

GAY CANO & PALACÍN RAMOS Abogados, S.C.P.

© Reservados todos los derechos, salvo autorización expresa. ●