

## **GOBIERNO CORPORATIVO Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL**

### **I. Introducción**

La reciente crisis económica con repercusiones sistémicas sobre el conjunto de la economía, así como la indubitable pérdida de valores éticos y deontológicos en determinados estratos de los agentes económicos y sociales, ha provocado una falta de confianza generalizada en el sistema económico. Esta situación hace necesaria una reformulación de determinados principios y funciones que otorguen **transparencia y prestigio** a empresas, entes públicos y reguladores, redundando en una mayor confianza y credibilidad del sistema.

En este contexto se desarrolla el nuevo marco de gobierno corporativo en España, que más allá de las seculares declaraciones de intenciones de los antiguos códigos de buen gobierno, establece y refuerza determinados mecanismos de supervisión y control incorporándolos al Derecho positivo.

El Gobierno Corporativo o Buen Gobierno, se define como el conjunto de políticas y procedimientos para fijar unos objetivos, a partir de los cuales se definirán los medios para alcanzar dichos objetivos y supervisar el desempeño de una determinada organización.

Desde el punto de vista práctico, esta incardinación de las directrices de buen gobierno, no sólo en la regulación de sociedades cotizadas sino también en el **Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC)** y en el **nuevo Código Penal**, favorece una nueva concepción de la responsabilidad de la empresa, sus directivos y administradores a la vez que se establece un nuevo régimen sancionador en el caso de que se incurra en determinados actos ilícitos por parte de personas físicas y/o jurídicas.

### **II. La Reforma del Código de Buen Gobierno de la CNMV. Febrero de 2015**

Esta reforma se fundamenta en determinadas recomendaciones del Libro Verde de la Unión Europea sobre Gobierno Corporativo de Sociedades Cotizadas y converge con los principios europeos de flexibilidad y voluntariedad (cumplir o explicar el incumplimiento) sobre la base de la estructura formal de Principio y Recomendación. Consta de 25 principios y 59 recomendaciones.

Lo más destacable de la reforma de este Código lo constituye la eliminación de determinados aspectos que han sido incorporados ya a la **normativa general** y que son de aplicación para todas las sociedades de capital.

Entre los principios del mencionado Código destacan los siguientes:

- La Junta General de Accionistas deberá funcionar bajo los principios de transparencia e información.
- La sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos que, a partir de la definición de éstos, determinará el nivel aceptable para cada categoría, las medidas a adoptar y los sistemas de información necesarios para su registro y adecuada supervisión.

- El Consejo de Administración tendrá la dimensión adecuada. La política de selección promoverá la diversidad de conocimiento, experiencia y género.
- Será responsabilidad del Consejo de Administración la implantación de planes de Responsabilidad Social Corporativa y de la preparación de la correspondiente información de acuerdo con guías o estándares internacionales de preparación de la misma.
- La remuneración del Consejo será la adecuada para atraer y retener el talento y retribuir la dedicación, sin comprometer la independencia.

Se recogen en el código, por lo tanto, conceptos de gestión de riesgos y de responsabilidad social corporativa de forma efectiva y fehaciente con expresa explicación de su alcance y desarrollo práctico.

### III. Responsabilidad de los Administradores: nuevo marco jurídico.

#### 3.1. Responsabilidad Penal de los Administradores y de las personas jurídicas.

Hasta la reforma del Código Penal de 2013 se consagraba el principio de “*societas delinquere non potest*”, lo que en definitiva exoneraba a las personas jurídicas de responsabilidad penal, quedando su responsabilidad civil al albur del genérico artículo 1902 de Código Civil (Resarcimiento de Daños).

A partir de dicha reforma hasta la redacción actual (Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo) se rompe con el mencionado principio y, concretamente, en **el artículo 31 bis** se establece de forma taxativa que las **personas jurídicas serán penalmente responsables** de los delitos cometidos por ellas o por sus representantes o administradores. A la vez que concluye que serán responsables solidarios los administradores de derecho y de hecho por daños que causen por actos u omisiones contra la Ley o los Estatutos.

La ley equipara, por lo tanto, el “administrador legal” con el administrador “de facto” que ejerce todas las funciones de administración y gestión sin nombramiento expreso. Esta segunda concepción parece por lo tanto incluir a los mandantes de un testaferrero como a aquellos que dentro de la organización de forma efectiva dirigen, controlan o administran.

Las condiciones para que materialice esta responsabilidad penal de personas jurídicas y administradores es que el delito se haya producido en beneficio de la persona jurídica y que se haya realizado actuando en nombre y por cuenta de la misma.

Por su parte, la posibilidad de imputación se produce para las personas jurídicas por una doble vía, esto es, la vía directa por las acciones realizadas por Administradores y/o directivos y por un segundo supuesto de “*culpa in vigilando*”, que se origina por falta de control sobre sus empleados y colaboradores cuando no se ejercite una efectiva supervisión, vigilancia y control de sus actividades.

La redacción del nuevo Código Penal no da lugar a dudas, las personas jurídicas serán penalmente responsables y, además, lo serán sus administradores y no sólo por acciones delictivas directas sino también en aquellos casos donde no hayan ejercitado un efectivo y demostrable control.

El corolario parece claro, el nuevo ordenamiento jurídico no sólo establece la responsabilidad para las personas jurídicas en el caso de comisión de un delito, lo cual parece obvio, sino que convierte a sociedades y administradores en guardianes del orden público “*instándoles*” a que ayuden al Estado en la prevención de delitos.

En este contexto, parece algo anacrónica la redacción del artículo 31 quinquies del código penal. “Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no serán aplicables al Estado, Administraciones Públicas, Organismos Reguladores, Agencias y Entidades Públicas empresariales, a las Organizaciones Internacionales de derecho público ni a aquellas que ejerzan potestades públicas de soberanía o administración”. Si bien también hay que atender a lo indicado en su apartado 2: “En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

### 3.1.1 Atenuantes y Eximentes, art 31 bis y 31 quater: Los modelos de prevención y detección de delitos.

La Ley penal recoge diferentes supuestos de circunstancias **atenuantes** en el contexto de la responsabilidad penal de empresas y administradores, tales como:

- Confesión de la infracción penal antes del inicio de un procedimiento judicial;
- Colaboración en la investigación mediante la aportación de pruebas en cualquier momento procesal;
- Reparación o disminución del daño causado por el delito con anterioridad al juicio oral; o
- Implementación de medidas internas para prevenir delitos futuros antes del juicio oral.

Para evitar o mitigar sanciones y penas el Código Penal prevé la **implantación de modelos de detección y prevención de delitos** como responsabilidad de los administradores. Así, a la hora de determinar las circunstancias **eximentes** de la responsabilidad de empresas y administradores explicita las siguientes condiciones:

- Adopción y ejecución eficaz de modelos organizativos y de control, antes de la ejecución del delito;
- Supervisión del funcionamiento del modelo de prevención implantado por los administradores por un órgano independiente. Requisito éste no aplicable a empresas de reducida dimensión;
- Ejercicio de una función de vigilancia diligente sobre empleados y colaboradores;
- Caso de que los autores materiales del delito hayan eludido fraudulentamente, los modelos de prevención implantados por la empresa.

La Ley Penal establece además los **requisitos** para que un modelo de detección y prevención de delitos sea eficaz, estableciendo que para ello deberán:

- Identificar las posibles actividades de riesgo.
- Establecer los protocolos o procedimientos de actuación.
- Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros.
- Imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos estableciendo canales de comunicación y denuncia.
- Determinar un sistema disciplinario y de sanciones.

El modelo contendrá las medidas que, adaptadas a su tamaño y contexto, permitan la rápida detección y prevención de situaciones de riesgo y requerirá en todo caso una verificación periódica del mismo y, en su caso, una eventual modificación.

Para el cumplimiento de todos estos requisitos será necesaria la implantación de medidas de registro, documentación y comunicación y que quede evidencia escrita de dicha implantación y sus eventuales modificaciones. Los Tribunales determinarán en función de la eficacia de los modelos y su grado de implantación si se trata de un eximente completo de la responsabilidad de los administradores, o de una mera circunstancia atenuante.

### **3.2. Responsabilidad mercantil de los administradores**

La responsabilidad mercantil de los administradores se regula en el TRLSC en sus artículos 225 a 232.

#### **3.2.1 Deber de Diligencia**

El TRLSC exige de forma expresa el deber de diligencia de los administradores en su artículo 225 al definir los siguientes requisitos en el ejercicio de su actividad:

- Diligencia de un ordenado empresario, lo que significa actuar de buena fe, sin interés personal, estableciendo procedimientos de decisión acordes a las circunstancias.
- Cumplimiento del marco legal y estatutario.
- Dedicación adecuada para cumplir con los objetivos y adoptar las necesarias decisiones.
- Implantación de **medidas adecuadas para la gestión y control eficaces** de los asuntos relevantes de la organización.
- Exigencia de la información necesaria para la toma de decisiones.
- Riesgo de extensión de su responsabilidad civil y penal por el incumplimiento de determinadas obligaciones.

El artículo 227 del mencionado TRLSC define el deber de lealtad del administrador indicando que: *“... desempeñará el cargo con la lealtad de un fiel representante. La infracción del deber de lealtad determinará la obligación de indemnizar el daño causado a la sociedad y a devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”*.

Por otro lado, los administradores están obligados a proporcionar información a los socios, sujeto a determinadas limitaciones, fundamentalmente de confidencialidad, y los socios podrán incoar ante los Tribunales de Justicia la acción de responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad de los administradores cuando representen al menos el 5% del capital social de la mercantil, sin necesidad previa de convocatoria de la Junta General.

Según el artículo 228 e) del TRLSC el administrador adoptará las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y u con sus deberes para con la sociedad.

Por su parte, el artículo 236 del TRLSC consagra un curioso supuesto de presunción de culpabilidad al señalar que los administradores sólo serán responsables de sus acciones cuando exista dolo o culpa, si bien añade *“la culpabilidad se presumirá salvo prueba en contrario cuando el acto sea contrario a la Ley o a los Estatutos”*.

Por último, el artículo 249 del TRLSC establece las funciones indelegables de los administradores, destacándose una vez más sus obligaciones de vigilancia y control.

### 3.2.2 Retribución de los Administradores

A tenor de lo dispuesto en el artículo 217 del TRLSC, el cargo de administrador es gratuito salvo pacto contrario en Estatutos.

De producirse este segundo supuesto, el sistema de retribución deberá ser cuantificable y determinable según uno o varios criterios pudiendo consistir en:

- Asignación fija.
- Dietas de Asistencia.
- Participación en beneficios (artículo 218 del TRLSC: Límite del 10% del beneficio en sociedades de responsabilidad limitada).
- Retribución variable con indicadores de referencia.
- Remuneración en acciones, (artículo 219 del TRLSC).
- Indemnizaciones por cese si no existe incumplimiento del cesado.
- Sistemas de ahorro o previsión.

La remuneración del conjunto de administradores debe ser aprobada en Junta General y debe ser **proporcional a su cargo y responsabilidades y sostenible desde el punto de vista financiero**. Esta declaración de sostenibilidad para su justificación puede requerir la realización de un análisis de comparabilidad por sectores y en función de las actividades y responsabilidades del administrador. Este análisis podría ser realizado o verificado por un experto independiente.

### 3.3. Manuales Anticorrupción

La sensibilidad social y los abusos cometidos en determinadas entidades aconsejan, en algunas organizaciones, la implantación de un manual anticorrupción. Este puede recoger, regular y establecer las medidas cautelares e incluso el régimen sancionador contra determinadas prácticas que, si bien no pueden considerarse en todo caso delitos, vulneran las buenas prácticas en términos éticos y /o deontológicos y, en algunos casos, la propia eficiencia del sistema de control y gestión de la entidad.

Estos manuales pueden recoger políticas de contratación e igualdad de oportunidades en términos de personal, prácticas de selección y homologación y de proveedores, prohibición de determinados hechos concretos como los regalos o liberalidades recibidos de clientes o proveedores, regulación del régimen de comisiones, contratación a familiares o afines, salvaguarda de los activos líquidos mediante políticas de restricción o autorización de determinados gastos de directores y representantes, régimen de autorización de descuentos y bonificaciones en operaciones comerciales, así como cualquier otra materia que pudiera producir un beneficio tangible o intangible para cualquier persona o grupo en contra del interés social de la organización.

## IV. Otros modelos de prevención y detección de riesgos

La eficacia, las necesidades de información y, en definitiva, el cumplimiento de la diligencia debida en el ejercicio del cargo de administrador pueden requerir modelos más completos de prevención y detección de riesgos más allá de la mera detección de riesgos penales, teniendo en consideración factores coyunturales o estructurales que puedan afectar al desempeño de una determinada organización.

En este ámbito se pueden considerar y evaluar diferentes categorías de riesgos tales como: riesgos vinculados a las operaciones, a la evolución de los precios, al desabastecimiento de medios de producción, a

la competencia, a la obsolescencia técnica o intelectual, a determinados condicionantes de la organización interna, al cumplimiento normativo o a riesgos financieros que pueden incluso hacer peligrar la propia supervivencia de la entidad.

Para la confección de dichos modelos de gestión de riesgos **se deben identificar todos los riesgos externos e internos** que pueden ponerse de manifiesto para una determinada entidad, ponderando su eventual impacto y estimando la probabilidad de que efectivamente sucedan. La forma más común de representar la interacción de probabilidad e impacto es a través de un eje de coordenadas donde se reflejen todos los riesgos y su ponderación en **términos de Impacto-probabilidad**, lo que en definitiva constituye una matriz de riesgos. A partir de la valoración para cada riesgo (alta, moderada o baja) se diseñaran:

- Planes de actuación correctivos para riesgos que necesitan mitigación (siniestro inminente).
- Planes de actuación preventivos para riesgos que necesitan investigación.
- Planes de actuación para detección de riesgos que necesitan únicamente seguimiento y supervisión.

Dichos planes de actuación se podrán plasmar en diferentes protocolos o en un manual de gestión de riesgos y, en todo caso, se deberán revisar de forma periódica.

## V. Conclusiones

La incorporación de determinadas medidas o prácticas de “*governance*”, tradicionalmente recogidas en los códigos de buen gobierno de la CNMV, al Derecho Positivo español, fundamentalmente recogidas en el TRLSC y en el nuevo Código Penal, abre una nueva era en el ejercicio y eventual justificación de determinadas actuaciones de gestión y administración que otrora quedaban en el ámbito privado, y a veces confidencial, de los administradores.

En lo sustantivo, excepto por el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los cambios no parecen ser tan significativos, pues resulta obvio (antes como ahora) que los administradores deben administrar diligentemente y no actuar contra la Ley o los Estatutos.

Sin embargo, en el “nuevo orden” se manifiestan dos tipos de circunstancias que sí presentan significativas diferencias con la anterior regulación:

- **Asunción de Riesgos y Sostenibilidad.** El marco normativo, e incluso la interpretación, de determinados preceptos legales parece indicar una ampliación cualitativa del concepto del interés social más allá del puro interés de los socios o accionistas y del mero interés de la propia sociedad. En este sentido, parece que se impone el principio de función social de la empresa frente a los intereses particulares de los socios. Consecuentemente, los administradores no deben asumir riesgos financieros, operacionales, normativos (fiscales, medioambientales, laborales, etc.) que pongan en peligro la sostenibilidad de la empresa. Parece, por lo tanto, obvio que la propia remuneración de directivos y administradores debe estar en consonancia con la dimensión, rentabilidad y sector en el que opera la empresa.

- **Necesidad de Registro y Documentación,** el ejercicio de la función de administración de una sociedad de capital implica ciertas obligaciones que para la exención de responsabilidades necesita cumplir con disciplina determinadas formalidades. En esta misma dirección se encuentran los modelos de prevención y detección de delitos y los modelos generales de gestión de riesgos. Para que los primeros, de carácter obligatorio, puedan servir de atenuante/eximente de la

responsabilidad penal de empresas y administradores deben cumplir ciertos requisitos, entre ellos el de registro y actualización de protocolos y procedimientos. Respecto a los modelos generales de gestión de riesgos cabe mencionar que desempeñan una función relevante para la adecuada toma de decisiones y, además, si están correctamente manejados y supervisados, presentan una evidencia insoslayable del cumplimiento del deber de diligencia y efectivo control por parte de los administradores.

Por la propia presión social y el marco normativo aplicable, parece indudable que la función de administrador se convierte en un ejercicio complejo que necesita ya no sólo de una capacitación técnica sino que ésta debe también ir acompañada de determinadas cautelas a la hora de **justificar y documentar sus decisiones**. Por otro lado, la interpretación que de determinados conceptos de gestión (dedicación adecuada, medidas eficaces de control, información pertinente para la toma de decisiones, etc.) puedan adoptar los Tribunales de Justicia será muy relevante a la hora de determinar la efectividad de las modificaciones legislativas que afectan a la responsabilidad de los administradores.

En todo caso, el nuevo marco normativo, en la medida que establece nuevas obligaciones para las personas jurídicas y sus administradores, afecta al enfoque metodológico de los profesionales involucrados en trabajos de auditoría, asesoramiento y consultoría, materializándose así una magnífica oportunidad de ofrecer nuevos servicios con valor añadido en el mercado.

Como Anexo a la presente comunicación hemos incluido un **Cuestionario de Cumplimiento Normativo** para evaluar el grado de observancia de las disposiciones vigentes en materia de responsabilidad de los administradores y de determinadas prácticas de Buen Gobierno. Dicho Cuestionario tiene carácter puramente orientativo y las medidas de corrección de posibles debilidades o incumplimientos deben tenerse en cuenta en el contexto de la naturaleza, los riesgos y la complejidad de la organización analizada. El Cuestionario incluye una ponderación de los resultados que permite estratificar el grado de cumplimiento del marco normativo aplicable a los administradores de acuerdo con la legislación vigente. Sin embargo, la obtención de un nivel alto de cumplimiento del mencionado Cuestionario no exime a los responsables de la organización de adoptar medidas concretas para subsanar las deficiencias detectadas.

## **Comisión de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) e Informes Integrados (II)**

### **REA+REGA-CGE**

#### **Miembros de la Comisión de RSC e II**

Dunia Álvarez  
Marcos Antón  
José Canalejas  
Max Gosch (*Coordinador*)  
Lluís E. Guerra  
Manuel Hernando  
Luis Piacenza  
Encarnación Rico  
Francisco Sierra