



*Una vista hacia atrás y un paso hacia delante en la
responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

El papel del administrador social en la materia

12 de diciembre de 2018



FEMETA



***1.-La responsabilidad penal de las
personas jurídicas:
Marco Jurídico y Jurisprudencial***

I.- MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL



- La figura de la **responsabilidad penal de las personas jurídicas** surge a raíz de la modificación efectuada en el Código Penal por la **L.O. 5/2010 de 22 de junio** que entre otras modificaciones introdujo el artículo 31. Bis en el C.P.
- La posterior modificación operada por la **L.O. 1/2015 de 30 de marzo** ha extendido la responsabilidad penal de las personas jurídicas a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. Asimismo, delimitó con detalle el concepto de **debido control**, cuyo quebrantamiento puede basar la responsabilidad penal, pero cuyo cumplimiento, a su vez puede permitir **excluir la responsabilidad penal**, algo que, paradójicamente, con la regulación anterior, sólo permitía atenuarla.
- Las **Circulares de la Fiscalía General del Estado**, tanto la **1/2011**, como **1/2016** han proporcionado las pautas de aplicación de este nuevo sistema .
- Siendo, en última instancia los **Tribunales y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo** (con sus hasta hoy 15 sentencias al respecto) las que marcan la realidad de esta regulación y convierten en tangible y penas concretas esta ya no tan novedosa, responsabilidad penal de la persona jurídica.

II.- ¿CUÁNDO SURGE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA?



Han da darse los siguientes **requisitos: (previstos en el artículo 31 bis del Código Penal)**

1. La comisión por una persona física de alguno de los delitos previstos expresamente con carácter, a día de hoy de “*numerus clausus*”. (los más habituales son: estafa, insolvencias punibles, delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social)

2. Que el delito sea cometido bien:
 - ❖ por un **representante de la persona jurídica** (administrador de hecho o de derecho, apoderados singulares, altos cargos o cargos intermedios) que tengan capacidad para tomar decisiones.

 - ❖ o por **personas que estando sometidas a la autoridad de las anteriores** (empleados, autónomos, subcontratados, etc.) hubiesen podido cometer el delito por haberse incumplido **gravemente** por los representantes de la persona jurídica antes mencionados, **los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad.**

3. Que el delito se haya cometido en **beneficio (directo o indirecto) y por cuenta de la empresa.**

II.- ¿CUÁNDO SURGE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA?



- En estos casos, se considera, que la persona jurídica es **AUTORA** del delito, junto con la persona física que lo ha cometido pero resulta, además, necesario tener en cuenta, que, esta **responsabilidad penal de la persona jurídica**, el Código Penal la entiende como una responsabilidad **autónoma e independientes** de la responsabilidad de la persona física que comete el hecho delictivo, por eso, es posible **que puedan darse situaciones tales como:**
 - a) Que sea condenado al autor (persona física) y la persona jurídica.
 - b) Que sea condenada la persona jurídica aunque no haya podido individualizarse concretamente la persona física que haya cometido el delito, o esta haya fallecido.

- Por lo tanto, **la conexión** entre el delito cometido por la persona física y la responsabilidad penal imputada a la persona jurídica **se basa en un defecto de organización, en la inexistencia del debido control.**

III.- DELITOS SUSCEPTIBLES DE PROVOCAR RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA



El Código Penal recoge un **catálogo cerrado de delitos** de los que las personas jurídicas pueden ser autoras, los cuales pueden clasificarse en grupos.

- **GRUPO 1:** delitos cometidos por personas jurídicas cuya finalidad es delinquir, bajo una apariencia legal, o que favorecen económicamente la delincuencia.

- **Tráfico ilegal de órganos.**
- **Trata de seres humanos.**
- Delitos relativos a al **prostitución y corrupción de menores.**
- Delitos **contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.**
- Delito **contra la salud pública o tráfico de drogas.**
- Pertenencia a **organizaciones o grupos criminales.**
- **Financiación del terrorismo.**

III.- DELITOS SUSCEPTIBLES DE PROVOCAR RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA



- **GRUPO 2:** delitos cuya comisión puede producirse en el seno de toda empresa, con independencia de su actividad, siempre que no haya adoptado las medidas oportunas de prevención y control.

- **Cohecho y tráfico de influencias.**
- Delitos contra la **Hacienda Pública** y la **Seguridad Social.**
- **Blanqueo de capitales.**
- **Estafa**, incluida la procesal
- **Falsedad en medios de pago.**
- **Alzamiento de bienes** en perjuicio de acreedores.
- **Facturación fraudulenta.**
- Delitos contra la **propiedad industrial, intelectual, del mercado y de los consumidores.**

- **Concursos de acreedores punibles**, cuando la insolvencia haya sido causada o agravada dolosamente.
- **Daños de datos**, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos.
- **Corrupción en los negocios.**
- **Allanamiento informático** (acceso sin autorización a programas o datos informáticos de un tercero).
- **Delitos contra la intimidad** (apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico de un tercero sin su autorización, etc.)

III.- DELITOS SUSCEPTIBLES DE PROVOCAR RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA



➤ **GRUPO 3**: delitos vinculados a actividades empresariales concretas, como, por ejemplo.

- Delitos **de construcción, edificación o urbanización ilegal.**
- Delitos contra **el medio ambiente.**
- Delitos relativos a la **energía nuclear y a las radiaciones ionizantes.**
- Delito de riesgos **provocados por explosivos.**
- Delitos **contra la salud pública.**

IV.- CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS



A) LAS PENAS.

Las penas previstas para el caso de responsabilidad penal de las personas jurídicas se regulan en el artículo 33.7 CP. Estas penas tienen todas la calificación de **graves** y pueden ser las siguientes:

1.- Multa (por cuota o proporcional) cuyo importe variará dependiendo del tipo delictivo y del beneficio obtenido con el mismo. Las multas previstas son cuantiosas llegando a hacer inviable en ocasiones la propia subsistencia de la persona jurídica.

- De hasta 9.000.000 de euros para aquéllos delitos que tengan prevista en el Código Penal una pena de prisión de más de 5 años.
- De hasta 3.600.000 euros en el resto de los casos.

IV.- CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS



2.- Sin embargo, la multa no es la única pena que puede ser impuesta a la empresa como consecuencia de su responsabilidad penal, sino que se prevén, en el mencionado **artículo 33 apartado 7 del C.P. otras penas accesorias** que pueden imponerse conjuntamente con la multa tales como

- **Disolución** de la persona jurídica.
- **Suspensión** de sus actividades por un plazo de hasta 5 años.
- **Clausura de sus locales** y establecimientos por un plazo de hasta 5 años.
- **Inhabilitación**, por un plazo de hasta 15 años, para obtener subvenciones y ayudas públicas; para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.
- **Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito**, por un plazo de hasta 15 años (en algunos supuestos, la prohibición podrá ser definitiva).
- **Intervención judicial** para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por un plazo de hasta 5 años.

IV.- CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS



B) RESPONSABILIDAD CIVIL.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, implicará su responsabilidad civil **solidaria** con las personas físicas que fueron condenadas por los mismos hechos. Por tanto, la sociedad podría tener que resarcir íntegramente los daños y perjuicios ocasionados a terceros con el delito (sin perjuicio de su derecho a reclamar, posteriormente, contra las personas físicas condenadas por el mismo).

C) Y en relación con las consecuencias no puede olvidarse, aquellas que, no siendo propiamente penales o civiles, suponen un importante quebranto a la empresa, como son las **consecuencias reputacionales** para la empresa tanto en el mercado y frente a sus colaboradores o competidores.

V.- ¿PUEDE EVITARSE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?



Es el propio **artículo 31 bis del CP** el que, además de introducir la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, **deja abierta la posibilidad de evitarla y salvaguardar así a la empresa si:**

1. Por parte del **órgano de administración** se **hayan adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control** idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de comisión.
2. Que la **supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención** implantado ha sido **confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control** y que tenga encomendada la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.
3. Que los autores individuales hayan **cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención.**
4. Que no se haya producido una **omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de supervisión.**

V.- ¿PUEDE EVITARSE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?



El propio **artículo 31 bis en su apartado 5** nos indica los **REQUISITOS** que han de tener estos modelos de organización y gestión:



VI.- CONTENIDO DE UN MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS



Teniendo en cuenta el marco mínimo que nos proporciona el **artículo 31 bis en su apartado 5** un modelo de prevención de delitos deberá contener y regular, la menos, los siguientes aspectos:

- **ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL MODELO**: donde se indicará la empresa o grupo empresarial objeto del mismo, su estructura, organigrama y su ámbito espacial habida cuenta del carácter internacional o no de la empresa y la virtualidad de su aplicación a empresas o filiales más allá de nuestras fronteras.

- **CÓDIGO DE CONDUCTA**: mediante el cual se da a conocer a todos los integrantes e la empresa y sus colaboradores o clientes el compromiso fundamental de cumplir con los estándares éticos y los principios que han de regir el funcionamiento de la empresa en todos sus ámbitos.

- **IDENTIFICACIÓN DE LOS RIESGOS**: de los delitos que son susceptibles de cometerse en la empresa bien por sus representantes de hecho o de derecho, bien por sus empleados, ello teniendo en cuenta su actividad y las medidas ya adoptadas con anterioridad por la empresa.

VI.- CONTENIDO DE UN MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS



- **GESTIÓN DE LOS RECURSOS FINANCIEROS** : es necesaria la dotación de suficientes recursos financieros para el funcionamiento del Modelo de Prevención de Delitos que refleje los gastos de implantación del modelos; la remuneración, en su caso, del Órgano de Supervisión y la dotación de medios para el desarrollo de sus actividades, entre ellas las del auxilio de entidades externas cuando fuere preciso; las partidas destinadas a la difusión del modelo entre las partes interesadas; la inversión en formación del personal y también para la verificación y modificación del modelo cuando sea necesario; así como cualquier otro recurso que fuere preciso para atender a las demás actividades de prevención, detección y reacción del riesgo de comisión de delitos.

- **IMPLEMENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS Y MEDIDAS DE CONTROL Y PREVENCIÓN**: tendentes a establecer las medidas necesarias de funcionamiento interno de la empresa y en sus relaciones con terceros (clientes, colaboradores, subcontratados, Administraciones Públicas que fijan las normas y protocolos de actuaciones tendentes a prevenir y evitar la comisión de delitos.

- **RÉGIMEN DISCIPLINARIO**: Aplicable a todos los integrantes de la empresa, que sancione no solo la comisión de delitos propiamente dicha, sino también, la ocultación de la comisión de delitos y el incumplimiento de la obligación de informar de conductas presuntamente infractoras cuando se tiene conocimiento de las mismas o el impedir o tratar de impedir que se informe de las mismas.

VI.- CONTENIDO DE UN MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS



- **REGULACIÓN DEL CARGO DEL ÓRGANO DE SUPERVISIÓN**: con determinación de sus miembros, funcionamiento, funciones y deberes con indicación de las medidas a adoptar para el caso de que se produzca un delito en el seno de la empresa. Las comunicaciones de los posibles incumplimientos se efectuarán al Órgano de Supervisión a través del **CANAL CONFIDENCIAL DE DENUNCIAS**
- Por último dos aspectos importantes en la implantación del modelo de prevención son la **FORMACIÓN** a todos los integrantes de la empresa y **LA VERIFICACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL MODELO.**

Por ello, si la persona jurídica cuenta en su organización con **medidas eficaces de control, vigilancia y supervisión,** no sólo fomentará el cumplimiento normativo y las buenas prácticas por parte de sus representantes o empleados, sino que:

- **Eliminará o Atenuará su responsabilidad penal.**
- **La responsabilidad civil derivada del delito pasará a ser subsidiaria** para la persona jurídica: sólo responderá de los daños y perjuicios causados con el delito, si las personas físicas responsables no pueden hacer frente a los mismos.



2.- El papel del administrador social en la materia

I.- INTRODUCCIÓN



- La **Fiscalía General del Estado**, en su **Circular 1/2016**, sostiene que el objeto de los modelos de organización y gestión adecuados es promover una verdadera **cultura ética empresarial**, dejando claro quién es el destinatario de las normas sobre *Compliance* penal.
- Los destinatarios son los propios órganos de gobierno de las empresas, y es precisamente a ellos a los que les compete la decisión de implementar o no un sistema de prevención de delitos.
- En el **Proyecto de Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal** estaba previsto introducir un **artículo 286.6** que sancionaba una nueva conducta delictiva que atribuía responsabilidad penal para los administradores de hecho o de derecho (hasta 1 año de prisión, multa de 24 meses e inhabilitación) cuando no hubiera implementado un programa de prevención de riesgos penales con el objetivo de minorar la comisión de posibles delitos en el seno de la empresa. Finalmente, no se introdujo la figura específica de responsabilidad penal para los administradores por la no implementación de un programa de prevención de delitos **pero esto no significa que los administradores vayan a estar exentos de responsabilidad en este ámbito, resultando aplicable la figura de la comisión por omisión que se regula en el artículo 11 del Código Penal.**

II.- ARTÍCULO 11 DEL CÓDIGO PENAL: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR OMISIÓN.



Artículo 11 CP

Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto, se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una obligación legal o contractual de actuar.*
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*

Por tanto, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo, el administrador (o directivo) sólo podrá ser considerado autor cuando esté **obligado a actuar**. Es decir, esto solo podrá ocurrir **cuando tenga la obligación de evitar el resultado**.

III.- LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ACTUAR DE LOS ADMINISTRADORES: POSICIÓN GARANTE.



La **Ley de Sociedades de Capital** impone a los administradores determinados **deberes inherentes a su cargo**.

- **Deber de información:** cada uno de los administradores tiene 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.
 - **Deber de fidelidad:** los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad.
 - **Deber de lealtad:** exige la actuación como un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.
 - **Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.**
 - **Deber general de diligencia.**
- ❖ El **deber general de diligencia** impone a los administradores el deber de **desempeñar el cargo y cumplir sus deberes legales y estatutarios con la diligencia de un ordenado empresario**. Actualmente, se exige que éstos tengan una **dedicación adecuada y se adopten medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad**, además de tener el **deber de exigir y el derecho a recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones**.

III.- LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ACTUAR DE LOS ADMINISTRADORES: POSICIÓN GARANTE.



- ❖ **El deber de control de la sociedad** que regula la Ley de Sociedades de Capital como un deber específico del órgano de administración **es coincidente** con las exigencias del **artículo 31 bis, 2, 1º y 4º del Código Penal**, cuando establece como **eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica** el hecho de que **por el órgano de administración** se haya adoptado y ejecutado con eficacia un modelo de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Incluso, en el apartado 3 del artículo 31 bis, se otorga la posibilidad de que en las sociedades de pequeñas dimensiones el órgano de control sea el propio órgano de administración de la sociedad.

- ❖ **“Posición de garante”**: Nuestros Tribunales han reconocido la obligación de controlar el riesgo de comisión de delitos en la empresa que tienen los administradores (-y directivos-). La jurisprudencia lo denomina “posición de garante” y consiste en la **obligación** que tienen determinadas personas (los administradores, en este caso, aunque también directivos) en algunas circunstancias, de **controlar las fuentes de peligro y las personas subordinadas a ellos**. Esta obligación tiene como base una disposición legal que, en este caso, la Ley de Sociedades de Capital ya que impone a los administradores el **deber de actuar de manera diligente y de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad**.

III.- LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ACTUAR DE LOS ADMINISTRADORES: POSICIÓN GARANTE.



- ***Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2010 (rec. 1768/2009)***, ha declarado que la posición garante concurre cuando existe un deber jurídico de actuar, derivado de la ley, del contrato o de una previa injerencia creadora de riesgo, lo que incluiría los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro.
- ***Sentencia del Tribunal supremo de 25 de octubre de 2002 (rec. 926/2001)***, estableció que: *“en el caso de los Sres. Cesar, Luis Antonio y Oscar su posición de garante derivaba justamente de su integración en el citado órgano de administración: tal y como ya se dijo los responsables de producción de las empresas contaminantes asumen un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan proceder de las personas o cosas que se encuentran bajo su dirección. Por ello, la posición de garante de aquel que "tiene un dominio efectivo sobre las personas responsables mediante el poder de imponer órdenes de obediencia obligatoria" no puede ser puesta en duda. En consecuencia, conocida la situación generadora del deber, la omisión de las medidas que fácilmente podían haber sido puestas en práctica para la correcta eliminación de los residuos (reconocen que el Consejo del que formaban parte no adoptó medida alguna), realizada con conocimiento tanto de la propia situación generadora del deber, como de las condiciones que fundamentaban su posición de garante y de la posibilidad de realizar la acción debida, determina la comisión como autor (por omisión impropia) del delito medioambiental del art. 325 del Código penal, atribuido por la vía del art. 31.”*

III.- LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ACTUAR DE LOS ADMINISTRADORES: POSICIÓN GARANTE.



- **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992, Caso del aceite de colza**, donde se declaró que: "cada uno de los administradores es responsable del control de todos los peligros, normales o no, que sean consecuencia de la actividad de la sociedad, por lo cual cada uno de aquéllos resulta obligado a hacer lo que le sea posible y exigible, según las circunstancias, para lograr que el producto peligroso introducido antijurídicamente en el mercado sea retirado de la circulación, en todo caso para que no sea introducido en él (...); su deber de cuidado le imponía ejercer un control e informarse de los posibles desvíos de aceite desnaturalizado, utilizando a tales fines su posición en la empresa, y por ello no ofrece la menor duda que si hubiera obrado diligentemente hubiera podido tener conocimiento de nuevos envíos y, por tanto, de las circunstancias generadoras del deber de garante".

- **En consecuencia, los administradores en base a su posición garante en la empresa, están obligados a evitar el resultado lesivo. Por tanto, si los administradores no cumplen su obligación de controlar los riesgos pueden tener una responsabilidad penal -y civil- derivada de las acciones delictivas cometidas por sus subordinados.**

IV.- LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES POR LOS ADMINISTRADORES: POSIBLE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD.



- La **delegación de responsabilidades** en las áreas de riesgo puede conllevar una **exoneración de la responsabilidad penal para los administradores**, aunque por si sola la delegación no va a eximir de plano tal responsabilidad.
- **El Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de octubre de 2002** nos aporta unas pautas para saber cuándo existirá una **exoneración de la responsabilidad penal en los administradores**, reconociendo el valor exonerante de la posición de garante cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar.
- No obstante, **aún siendo perfectamente válida y ajustada a derecho la delegación de funciones y responsabilidades en una persona cualificada y con los medios necesarios** para la ejecución, el **administrador tiene el deber de supervisar y vigilar la actuación de tal personal**. Tiene que **controlar con regularidad que la persona designada cumple con las funciones de control de los riesgos en la empresa**.

V.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE ADMINISTRACIÓN: LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS.



- Los administradores pueden llegar a tener **responsabilidad penal derivada de la comisión de ilícitos penales** por sus subordinados cuando éstos **no hayan adoptado las medidas** precisas para la **evitación** de los mismos. A menudo la actuación de éstos se incluye muchas veces en un órgano de administración que dificulta la asignación de responsabilidades individuales.

EJEMPLO: En un Consejo de Administración, **uno de los Consejeros**, en el cumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad que la Ley de Sociedades de Capital les impone, propone **implementar en la empresa un plan de prevención de delitos** para **evitar o minorar la posible comisión de los mismos en la organización**. Sin embargo, el **Consejo de Administración acuerda que no se va a implementar dicho plan.**

La **responsabilidad penal**, en caso de cometerse un delito por un subordinado como consecuencia de la no adopción de estas medidas, en principio se extenderá a **todo el órgano de administración** con las siguientes precisiones:

- ❑ Los Consejeros que **hayan votado a favor de la implantación** tendrán que demostrar, no solo que no apoyan el acuerdo de no implantación del plan sino que existe una oposición real a la ejecución del mismo.
- ❑ En el caso de que haya Consejeros que **no hayan participado en la votación**, no implicará una exención automática de responsabilidad, sino que deberá probarse el desconocimiento de la existencia del citado acuerdo de no implantación de dicha medida.

VI.- LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL: ARTÍCULO 226 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.



- ❑ ¿Ampara la discrecionalidad empresarial reconocida en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital la decisión de los administradores de no establecer un sistema de Compliance en la empresa?

Artículo 226 LSC

- 1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, 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.*
- 2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.*

VI.- LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL: ARTÍCULO 226 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.



- ❑ La administración de la sociedad implica una gran **discrecionalidad** a la hora de tomar decisiones, especialmente si estamos ante **decisiones de gestión, estratégicas o de negocio**.
- ❑ La protección de la discrecionalidad empresarial se configura como una medida destinada a proteger la facultad de los administradores de tomar decisiones estratégicas y de negocio. En este sentido, entendemos que **la protección de la discrecionalidad empresarial** que reconoce el **artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital** a los administradores, no ampara la exención de responsabilidad en el caso de que se decida por éstos la no implementación de un modelo de prevención de delitos.
- ❑ La implantación de un **sistema de Compliance** en la empresa es una medida tendente a prevenir la comisión de delitos en el seno de la misma, **no entrando dentro del ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio**.

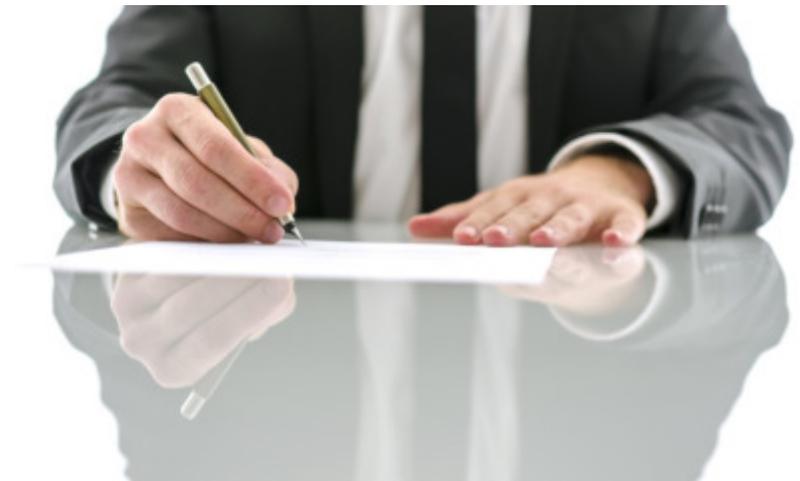


VII.- LA NO ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA LA BUENA DIRECCIÓN Y EL CONTROL DE LA SOCIEDAD: ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.



⇒ **EJEMPLO:** un empleado ha cometido un delito en el seno de la organización, con beneficio directo o indirecto para ésta, y que dicho delito se ha cometido como consecuencia de la omisión grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su superior jerárquico (en este caso, un administrador).

Abierto un procedimiento judicial contra la empresa, sin contar ésta con un modelo de prevención de delitos, condenan a la empresa a una pena de multa y además, como pena accesoria, a inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades penales individuales de las personas físicas.



VII.- LA NO ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA LA BUENA DIRECCIÓN Y EL CONTROL DE LA SOCIEDAD: ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.



- ❑ ¿Podrían, en este caso, los socios interponer la acción social de responsabilidad contra los administradores como consecuencia de la condena impuesta a la empresa?

Así, **el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital** establece que: "*Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa*".

En este sentido, **cuando la falta de adopción de un programa de cumplimiento ocasiona daños a la compañía** (imposición de multas, reclamaciones civiles, pérdidas de oportunidades de negocio...) puede afirmarse que **los administradores han infringido sus deberes de diligencia en la gestión de la empresa y, por tanto, los socios podrán interponer la acción social de responsabilidad** que se regula en los artículos 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital.

VIII.- CONCLUSIONES



- La **responsabilidad penal de los administradores** en este ámbito **no es una responsabilidad objetiva**, sino una responsabilidad cuya determinación precisará de un previo análisis del caso concreto y de sus circunstancias.
- Especialmente, se valorará la **posibilidad real de evitar el resultado** que tenían los administradores. Por lo que, habrán de acreditar que han adoptado todas las cautelas a su alcance, cada uno dentro de su concreto ámbito de responsabilidad.
- La **adopción de modelos de prevención de delitos** (o de organización y gestión, en palabras del 31 bis CP) **evitará** en muchos casos **imputaciones**, con los perjuicios económicos y reputacionales que ello conlleva (véase, la “pena de banquillo”) y, **en muchos otros casos, conllevará la exoneración de los administradores y directivos** por **haber acreditado** que, en el ejercicio de sus competencias, **han actuado correctamente adoptando todas las cautelas para evitar** o, por lo menos, **prevenir la comisión de delitos**.

VIII.- CONCLUSIONES



- ❑ Nuestros **Tribunales aún no se han pronunciado** acerca de si, concretamente, **la no adopción de un modelo de prevención de delitos podrá conllevar responsabilidad penal para los administradores y directivos que no lo han hecho**. Siempre, suponiendo que se cometa un delito en el seno de la misma, y que pueda atribuirse a la conducta omisiva del administrador por haber incumplido los deberes recogidos en la Ley de Sociedades de Capital.

- ❑ No obstante, los Tribunales italianos ya se han pronunciado en este sentido, la **Sentencia del Tribunal de Milán de fecha de 13 de febrero de 2008** condena al CEO- **Presidente del Consejo de Administración por no haber implementado un Modelo de Compliance** estableciendo que: *“(...) en lo referente a la falta de adopción de un adecuado modelo organizativo, por un lado, el daño aparece como indiscutible atendiendo al pago de la sanción pactada y, por el otro, resulta igualmente indiscutible el concurso de responsabilidad del demandado que, como Consejero Delegado y Presidente del Consejo de Administración, tenía el deber de activar este órgano que, en cambio, permaneció inoperante”*.

- ❑ La situación en nuestro país todavía no ha llegado a este punto pero la anterior condena de los Tribunales italianos nos da una pista sobre cual podrá ser nuestro horizonte, ya que dicha condena está basada en el Decreto Legislativo 231 del cual se “copio” nuestro artículo 31 bis del Código Penal.



Muchas gracias

www.vaciero.es

Madrid

C/ Claudio Coello, 33, 2ªA | 28001 | T. 91 576 58 67

Oviedo

C/ Caso, 3. Monte Cerrao | 33006 | T. 985 96 31 83

Contacto | correo@vaciero.es