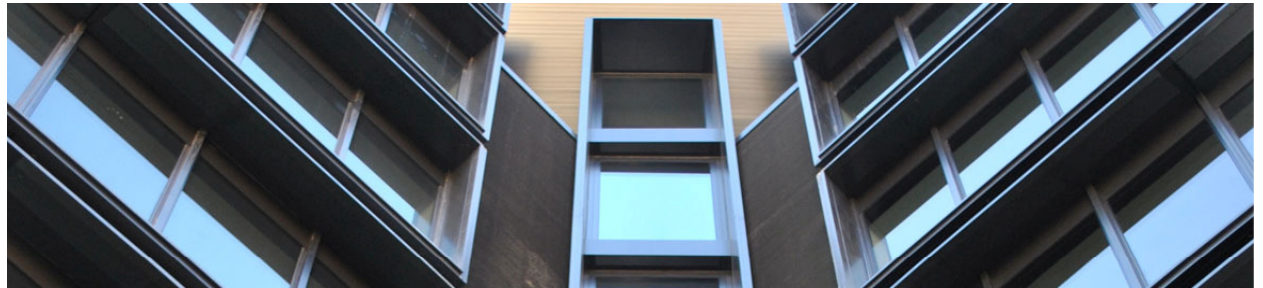


**CUATRECASAS,  
GONÇALVES PEREIRA**

**UA**

UNIVERSIDAD DE ALICANTE  
Master en Dirección  
y Gestión de Empresas

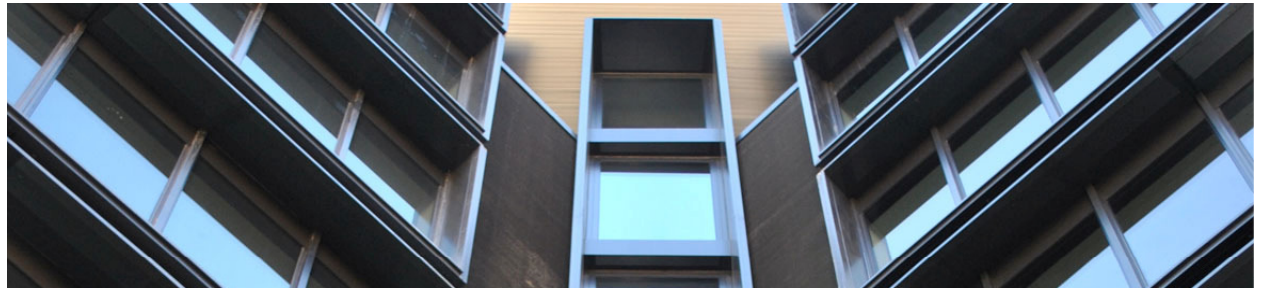
**Willis**  
30 Aniversario



## SEÑALES DE ALERTA PARA ADMINISTRADORES

MARTA MÁÑEZ Y AMPARO SEMPERE

ALICANTE, 16 DE OCTUBRE DE 2014



## SEÑALES DE ALERTA EN SITUACIONES DE RIESGO PARA LOS ADMINISTRADORES

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

1. PRINCIPALES NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO
2. DEBER DE DILIGENCIA
3. DEBER DE LEALTAD
4. REPOSABILIDAD DE ADMINISTRADORES
5. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN
6. REMUNERACIÓN DE ADMINISTRADORES

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 1. PRINCIPALES NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

### □ **Junta general:**

- Se refuerza su papel y se abren cauces para fomentar la participación accionarial
- Posibilidad de compartir instrucciones a todas las sociedades de capital
- Aprobación de aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales

### □ **Deber de diligencia:**

- Régimen más garantista
- Protección de la discrecionalidad empresarial en las decisiones estratégicas y de negocio

### □ **Deber de lealtad/conflicto de intereses:**

- Se refuerza su régimen
- Se agravan las consecuencias de su infracción

### □ **Responsabilidad:**

- Amplía su alcance a personas asimiladas
- Se incrementa su eficacia (facilita su reclamación por la minoría)

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 2. DEBER DE DILIGENCIA

- Régimen más garantista de la actuación empresarial de los administradores
- Distintos niveles de exigencia de diligencia
  - Consejeros ejecutivos vs consejeros externos
  - División y especialización del trabajo en el seno del Consejo (comisiones)
- Protección de la discrecionalidad empresarial en el ámbito estratégico y en las decisiones de negocio
  - El riesgo empresarial por si mismo no genera responsabilidad
  - Se busca fomentar la cultura de innovación y facilitar la sana asunción y gestión de riesgos empresariales
- Refuerzo del derecho/deber de los administradores de recabar información necesaria para adoptar decisiones informadas
- Refuerzo del deber de dedicación adecuada

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 3. DEBER DE LEALTAD (I)

- Consideración general: se refuerza el deber, dotándolo de mayor contenido y alcance y agravando las consecuencias de su infracción
  
- Catalogo de obligaciones: ¿A que está obligado un administrador conforme al deber de lealtad?
  - No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas
  
  - Guardar secreto sobre las informaciones a las que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo
    - Incluso cuando haya cesado
    - Salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera
    - Representante persona física del administrador persona jurídica

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 3. DEBER DE LEALTAD (II)

- Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto
  - Excluidos los que afectan a su posición de administrador: designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado
- Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros
- Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en conflicto de intereses con la sociedad
  - Deber de abstención

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 3. DEBER DE LEALTAD (III)

### □ Conflicto de intereses

- Entre administrador/personas vinculadas y sociedad
- Situaciones:
  - Realizar transacciones con la sociedad
    - ✓ Excepto operaciones ordinarias, en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia
  - Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas
  - Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 3. DEBER DE LEALTAD (IV)

### □ Conflicto de intereses

- Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad
- Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía
- Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 3. DEBER DE LEALTAD (V)

### □ Conflicto de intereses

- Dispensa
  - Carácter general: No pueden limitarse ni eliminarse en los estatutos
  - Casos concretos: Dispensarse por la Junta o Consejo para cada caso concreto
- Consecuencias de la infracción
  - Indemnizar el daño causado
  - Restituir el enriquecimiento injusto obtenido
  - Eliminación efectos perjudiciales: Anulación del acto desleal, cesación, impugnación o remoción de sus efectos

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 4. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES (I)

- Extensión del régimen de responsabilidad a personas asimiladas a los administradores
  - Administradores de hecho
  - Administradores ocultos (aquellas bajo cuyas instrucciones actúen los administradores: sociedades matrices, socios de control o mayoritarios, ¿entidades financiadoras? (*convenants* en financiaciones), etc...
  - Directores generales y asimilados (atribuidas las más alta dirección de la sociedad).
    - Cuando no haya Consejeros Delegados
  - Personas físicas representantes de las personas jurídicas administradores
    - Sometidos a los mismos deberes y responsabilidad
    - Solidaria con la sociedad

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 4. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES (II)

- Se facilita que la minoría pueda exigir responsabilidad
  - Posibilidad de reclamación directa de la responsabilidad derivada de la infracción de los deberes de lealtad
  - Reembolso de los costes de litigación en caso de estimación total o parcial de la demanda
  
- Plazo de prescripción
  - Cuatro años desde que pudo ejercitarse la acción
  
- Situaciones de crisis empresariales
  - Deber de disolución en caso de pérdidas y responsabilidad por deudas
  - Responsabilidad en el ámbito concursal

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 5. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

- Facultades indelegables: el efectivo funcionamiento del consejo de administración requiere su dedicación y directa involucración en las decisiones importantes de la actividad social
- Frecuencia de sesiones: el consejo de administración debe mantener una presencia constante en la vida de la sociedad; así deberá reunirse, al menos, una vez al trimestre

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 6. REMUNERACIÓN DE ADMINISTRADORES (I)

- Presunción de gratuidad del cargo
- Principio de reserva estatutaria:
  - carácter remunerado del cargo; y
  - sistema de retribución:
    - excluir indeterminaciones
    - concreción estatutaria: problemática en la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el grado de "certeza" en retribución mediante cantidad fija. Superado con la Ley de Sociedades de Capital
- Principio general de libertad de configuración de los socios:
  - Libertad de elección de sistemas de retribución
  - Sistemas cumulativos
  - Libertad para la determinación de cuantía
  - Libertad para fijar límites cuantitativos en estatutos
  - Reparto desigual de la retribución – presunción de igualdad. Límites desigualdad
  - Órgano competente para fijar la retribución

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 6. REMUNERACIÓN DE ADMINISTRADORES (II)

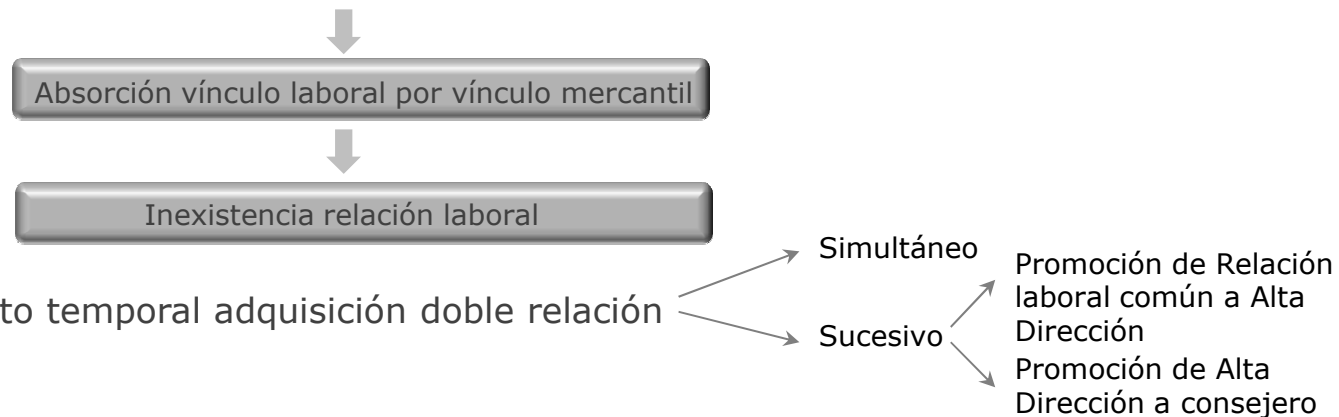
- Novedades en el Proyecto de Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo
  - ¿Superación de la teoría del vínculo?
  - Definición conceptos retributivos
  - No necesidad en S.L. de aprobar retribución anualmente
  - Reparto retribución entre administradores: acuerdo entre ellos si no hay acuerdo de junta
  - Principio de proporcionalidad
  - Participación en beneficios en S.A: se podrá establecer porcentaje máximo
  - Remuneración vinculada a acciones: se flexibilizan los requisitos

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 6. REMUNERACIÓN DE ADMINISTRADORES (III)

### □ La Teoría del Vínculo

- ¿Son posibles retribuciones (civiles y/o laborales yuxtapuestas a las previstas en Estatutos? → ¿Es posible simultanear la condición de administrador con una relación civil y/o laboral?
- Concepto Relación Laboral Especial Alta Dirección → RD 1382/1985, 1 agosto
- STS 29/9/1988 (Sala 4ª) - Caso HUARTE I → incompetencia jurisdicción y STS 30/12/1992 (Sala 1ª) - Caso HUARTE II → fondo



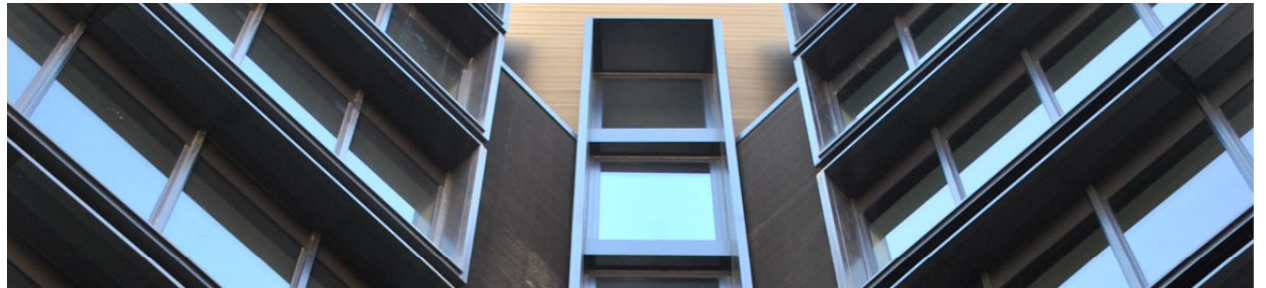
# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## 6. REMUNERACIÓN DE ADMINISTRADORES (IV)

### □ La teoría del vínculo

- Soluciones:
  - Más conservadora: previsión estatutaria de la retribución
  - Más arriesgada pero más flexible: la “percha estatutaria” - referencia al contrato del consejero ejecutivo en los estatutos
  - Además:
    - ✓ Previsión estatutaria del puesto directivo
    - ✓ Previsión en el contrato de la duplicidad de vínculos
    - ✓ Aprobación por el consejo de la duplicidad de vínculos
    - ✓ Cláusula “*ad cautelam*”
    - ✓ Doctrina de los actos propios: aprobación por los socios

## CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA



**Marta Máñez**  
**Amparo Sempere**

| [marta.manez@cuatrecasas.com](mailto:marta.manez@cuatrecasas.com)  
| [amparo.sempere@cuatrecasas.com](mailto:amparo.sempere@cuatrecasas.com)

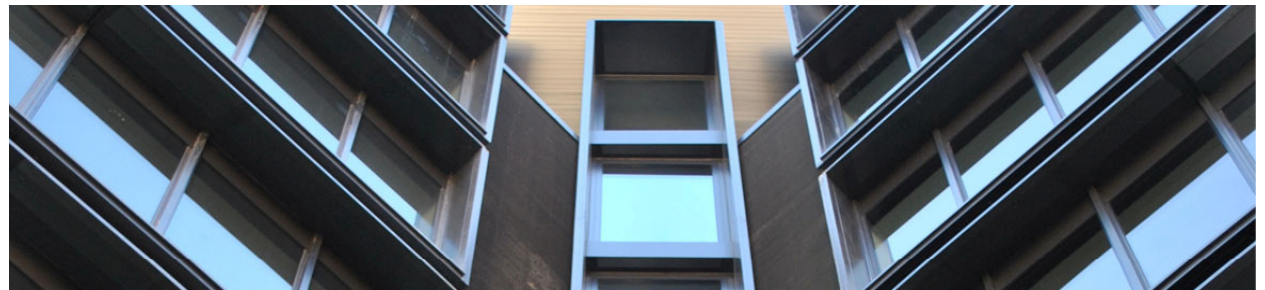
Este documento es meramente expositivo y debe ser interpretado conjuntamente con las explicaciones y, en su caso, con el informe elaborado por Cuatrecasas, Gonçalves Pereira sobre esta cuestión

**CUATRECASAS,  
GONÇALVES PEREIRA**

**UA**

UNIVERSIDAD DE ALICANTE  
Master en Dirección  
y Gestión de Empresas

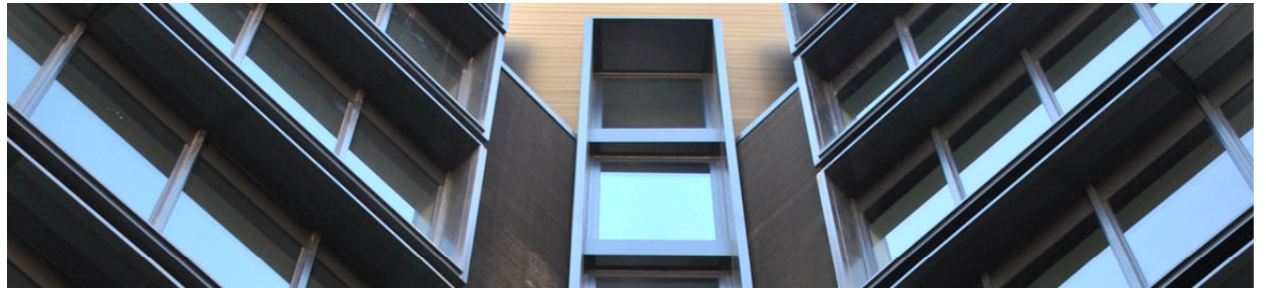
**Willis**  
30 Aniversario



## SEÑALES DE ALERTA PARA ADMINISTRADORES

MAYTE MORAL

ALICANTE, 16 DE OCTUBRE DE 2014



SITUACIONES DE LAS QUE PODRÍA  
DERIVARSE RESPONSABILIDAD PENAL DE  
LOS ADMINISTRADORES

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES

- Necesidad de ser considerado AUTOR o PARTÍCIPE DEL DELITO para responder penalmente
- Las actuaciones en nombre de otro y el art. 31 C.P.: delitos especiales propios
- El problema de la imputación de responsabilidad penal en los administradores y directivos de sociedades en los delitos de riesgo: el principio de división del trabajo y el cumplimiento de los deberes de garantía mediante delegación
- Compatibilidad de la responsabilidad penal del Administrador con la responsabilidad penal de la persona jurídica

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

LEY ORGÁNICA 5/2010 (BOE Nº 152, 23/06/10) DE LA REFORMA DEL  
CÓDIGO PENAL DE 1995



INCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS  
PERSONAS JURÍDICAS



DESDE EL 23 DE DICIEMBRE DE 2010

"SOCIETAS DELINQUERE ~~NON~~ POTEST"  
**SI**

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

- **Estatuto penal** (cuasi Código Penal) de las personas jurídicas:
  - **Ámbito subjetivo** (posibles sujetos responsables).
  - **Delitos** en que pueden incurrir.
  - **Criterios de atribución de responsabilidad penal.**
  - **Independencia y compatibilidad.**
  - **Sistema de penas.**
  - **Atenuantes.**
  - **Medidas antielusivas.**

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

- **Cualquier** persona jurídica.
- **Excepto:**
  - Estado.
  - Administraciones Públicas territoriales o institucionales.
  - Organismos Reguladores.
  - Agencias y Entidades Públicas Empresariales.
  - **Partidos políticos y sindicatos ( SÍ desde 17/1/2013).**
  - Organizaciones internacionales de derecho público.
  - Otras personas jurídicas que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.
  - **Salvo** que cualquiera de las anteriores hubiera sido creada por sus promotores con el propósito de **eludir** una eventual responsabilidad penal.

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

- No cualquier delito. Sólo los expresamente previstos en el Código Penal.
  - Estafas
  - Insolvencias punibles
  - Daños a sistemas o datos informáticos
  - Tráfico de influencias
  - Espionaje industrial
  - Publicidad engañosa
  - Delitos de manipulación de mercados y de abuso de información privilegiada
  - Blanqueo de capitales
  - Defraudaciones fiscales o de la S.S.
  - Fraudes de subvenciones
  - Cohecho
  - Corrupción entre particulares
  - Delitos urbanísticos
  - Delitos contra el medio ambiente

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

- **Multa** por cuotas o proporcional.
- **Disolución** de la persona jurídica.
- **Suspensión** de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- **Clausura** de sus locales y establecimientos por no más de cinco años.
- **Prohibición** definitiva o temporal de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- **Inhabilitación** por no más de 15 años para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales o de Seguridad Social.
- **Intervención** judicial por no más de cinco años a favor de acreedores o trabajadores.

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

- Supuestos de responsabilidad penal de personas jurídicas:
  - **Delitos cometidos por administradores en beneficio de la empresa** («Delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho»). **Responsabilidad vicaria.**
  - **Delitos cometidos por empleados en provecho de la empresa** («Delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho 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 no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso»). **Responsabilidad por fallo organizativo**

\* 'CORPORATE COMPLIANCE'

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

## NUEVO DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE ADOPTAR MEDIDAS DE VIGILANCIA O CONTROL

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 4 DE OCTUBRE DE 2013 DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

- El “*debido control*” que deben establecer la empresas para prevenir los delitos
- Nuevo delito de omisión del deber de adoptar medidas de vigilancia o control (art. 286.7 Código Penal)

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

- El “*DEBIDO CONTROL*” incluye:
  1. El establecimiento por el órgano de administración de un **modelo de organización y gestión** que incluya las medidas de vigilancia y control idóneos para prevenir delitos
  2. La creación de un **órgano** con poderes autónomos de iniciativa y control para la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención implantado
  3. La **identificación de las actividades** en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deban ser prevenidos
  4. La implantación de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de **formación de la voluntad** de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de los mismos con relación a aquéllos

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

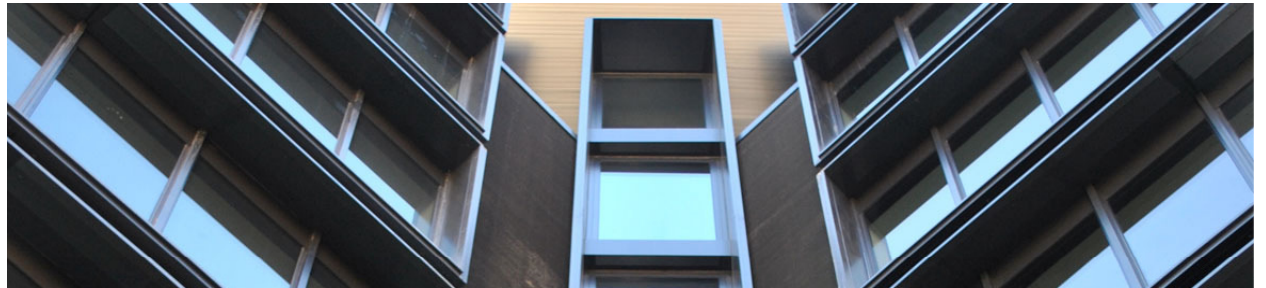
5. La puesta en funcionamiento de modelos de gestión de los **recursos financieros** adecuados para impedir la comisión de los delitos que deban ser prevenidos
6. La **obligación de informar** de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención
7. El establecimiento de un **sistema disciplinario** que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo
8. La **verificación periódica** del modelo y su eventual modificación cuando se produzcan cambios en la organización, estructura de control o en la actividad desarrollada que los haga necesarios

# SEÑALES DE ALERTA PARA LOS ADMINISTRADORES

Nuevo **delito de omisión del deber de adoptar medidas de vigilancia o control** - Corporate Compliance- con la siguientes redacción (art. 286.7 Código Penal):

*“Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o **administrador** de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que **omita la adopción de las medidas de vigilancia o control** que resulten exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la debida diligencia. Dentro de esas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.”*

## CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA



**Mayte Moral**

| [mayte.moral@cuatrecasas.com](mailto:mayte.moral@cuatrecasas.com)

Este documento es meramente expositivo y debe ser interpretado conjuntamente con las explicaciones y, en su caso, con el informe elaborado por Cuatrecasas, Gonçalves Pereira sobre esta cuestión