



**BUFETE MAÑÁ · KRIER · ELVIRA**

ABOGADOS ASOCIADOS

**LA RESPONSABILIDAD PENAL Y MERCANTIL  
DE SOCIEDADES Y DIRECTIVOS: CORPORATE  
COMPLIANCE**

**Barcelona , 18 de Octubre del 2011**

**BUFETE MAÑÁ · KRIER · ELVIRA**



# **LA RESPONSABILIDAD PENAL Y MERCANTIL DE SOCIEDADES Y DIRECTIVOS: CORPORATE COMPLIANCE**

**Dr. David Elvira Benito**



# I. Escenario económico y normativo



# 1. Del empresario ordenado al *black hole* del gobierno corporativo

## - *Inputs* ciertos

- Aportaciones de capital
- Numero de empleados
- Medios de financiación.



*Black Hole*

## - *Outputs* ciertos

- Resultados empresariales
- Política de dividendos



## 2. Casos

- ENRON (2001)
- WORLDCOM (2002)
- SIEMENS (2006)
- DAIMLER (2010)
- MAN (2009)



### 3. Nueva normativa

- Sarbanes Oxley Act (2002)
- Ley para reforzar la transparencia de las sociedades (2003)
- UK Bribery Act (2010)
- Ley Reforma Código Penal Español (2010)
- Ley de Sociedades de Capital (2010)



## 4. Surgimiento de un Estado intervencionista “a distancia”

- Crisis del Estado regulador.
- La autorregulación vs. La regulación.
- Desarrollo de la autorregulación.
  - Informe Olivencia (1998)
  - Informe Aldama (2003)
  - Deutsche Corporate Governance Kodex (2010)
  - Proliferación de Códigos de conducta en las organizaciones



## II. La responsabilidad de los directivos de filiales de empresas alemanas





# 1. Estructura de la administración de las filiales de sociedades alemanas en España

➤ Estructuras locales:

Administrador único + Gerente

Variante: persona jurídica administradora  
única designando persona física.

Dos administradores mancomunados o solidarios

Consejo de Administración + Gerentes

## ➤ Estructuras mixtas

Alemania	España
Administrador único	
Administradores sol/manc.	<i>Managing Director</i>
Consejo de Administración	Director general- Director gerente
	
	<b>Administradores de hecho</b>



## 2. Responsabilidad de administradores

- Los cuatro elementos básicos de la responsabilidad
  - ✓ Acción u omisión
  - ✓ Perjuicio
  - ✓ Nexo causal
  - ✓ Incumplimiento deberes ley o estatutos (culpa)
  
- Exoneración de responsabilidad
  - ✓ Falta de intervención
  - ✓ Desconocimiento del acto o acuerdo lesivo
  - ✓ Conducta tendente a evitar el daño
  - ✓ Oposición expresa al acto o acuerdo



### III. Deberes y obligaciones de los administradores



## 1. Deber de diligencia

“Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario”

- Deber general de actuar con diligencia
- Deber de ejercer el cargo
- Deber de informarse



## 2. Deber de lealtad

Desempeño del cargo como un representante leal en defensa del interés social.

- Deber de lealtad general
- Deber de desempeñar el cargo cumpliendo la ley y los estatutos
- Prohibición de explotar la posición de administrador



- Deberes en relación a los conflictos de intereses
  - Deber de informar a los otros administradores y en su caso a la Junta general
  - Deber de abstenerse de intervenir en decisiones de la sociedad relativos a la operación a la que el conflicto de intereses se refiere.
  - Deber de informar acerca de las situaciones de conflicto en la memoria.

### 3. Deber de guardar secreto



## *IV. Compliance Management System:* el nuevo ordenado comerciante



# 1. Punto de partida: Perjuicios por malas prácticas

## ➤ Perjuicios

- a) Sanciones de la administración
- b) Indemnizaciones para la empresa (responsabilidad civil)
- c) Pérdida de imagen para las empresas.
- d) Pérdida de oportunidades de negocios

## ➤ Perjudicados: responsabilidad por daños

- Sociedad
- Accionistas
- Directivos (!)



## 2. ¿Qué es un *Compliance Management System* (CMS) ?

El establecimiento por parte de las organizaciones (empresas) de instrumentos y procesos para prevenir y evitar el incumplimiento de normas, así como detectar y responder para el caso de incumplimiento.

### **Tres pilares del CMS**

Prevenir

Detectar

Responder



### 3. La nueva imagen del CMS-ordenado empresario

- Vacío legal sobre el CMS

- Base jurídica del CMS

- ✓ Deber general de actuar según la ley.

- ✓ El nuevo Código Penal.



➤ Ordenado empresario y representante leal.

✓ Ajuste del concepto a la nueva realidad

✓ ¿Debe un representante leal llevar un CMS para evitar que la infracción normativa pueda perjudicar a la sociedad?

✓ ¿Es un ordenado comerciante y leal representante aquel directivo que no introduce un *Corporate Compliance System*, a pesar de la nueva regulación del Código Penal?



- Contexto normativo y jurisprudencial internacional.
  - Proliferación de *Corporate Compliance* entre las organizaciones.
  - *Code of Conducts*
  - Caso *Caremark* (1996)



## 4. Pasos básicos para introducción de CMS

- Compromiso de la organización a favor de el desarrollo y ejecución de un CMS
- Aprobación de *Compliance Committee*
- Establecimiento de *Code of Conduct*
- Establecimiento de canales de comunicación con los empleados. Se trata de evitar:  
    “*aber das wusste ich nicht*” / “Esto no lo sabía”
- Establecimiento de canales de comunicación con clientes, distribuidores y el publico externo
- Formación y compromiso de los empleados



## 5. Ámbitos del CMS sensibles en la infracción de normas (no penales)

- Ley del blanqueo de dinero (identificación titular real de clientes)
- Derecho de la competencia (Acuerdos entre empresas ilegales, prácticas abusivas)
- Fiscal (cumplimiento normas tributarias)
- Gestión de los datos de la empresa (Ley protección datos)
- Laboral (Seguridad e Higiene de los trabajadores)
- Derecho de Propiedad intelectual e industrial ( Lesión de derechos de patentes de terceros)
- Ley de morosidad (incumplimiento de plazos)
- Normativa sobre fabricación y distribución de productos.



## 5. Conclusiones

- Adaptación de *Compliance* de grupo a jurisdicción española
- Diferencia entre *Compliance* mercantil/penal
- CMS: implantación y reflejo de una cultura empresarial vs. Gran Hermano





**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !**

**Gràcies per la seva atenció!**

**Gracias por su atención**



**BUFETE MAÑÁ · KRIER · ELVIRA**  
*ABOGADOS ASOCIADOS*

**BUFETE MAÑÁ-KRIER-ELVIRA**