

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE ENTIDADES DE CRÉDITO



Autores:

D. Javier García Ron

D. José Manuel González Almagro

D. Juan Francisco González Peinado

D. Antonio Olarte Aguinaga

Dirigido por:

D. Enrique Moreno de la Santa

2018



FINANCIAL [THINKING]

COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS FINANCIEROS
MÁSTER UNIVERSITARIO DE DERECHO BANCARIO Y DE LOS MERCADOS E
INSTITUCIONES FINANCIERAS

**Responsabilidad de los órganos de administración de las entidades
financieras**

Realizado por:

D. Javier García Ron

D. José Manuel González Almagro

D. Juan Francisco González Peinado

D. Antonio Olarte Aguinaga

Dirigido por:

D. Enrique Moreno de la Santa

CUNEF (Colegio Universitario de Estudios Financieros)

MADRID, a 5 de septiembre de 2018

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	4
2.	LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA DE LOS ADMINISTRADORES.....	7
2.1	CONCEPTO Y REGULACIÓN	7
2.2	PRESUPUESTO.....	7
2.3	DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES	9
2.3.1	<i>Deber de diligencia.....</i>	<i>9</i>
2.3.2	<i>Deber de ejercicio efectivo del cargo</i>	<i>9</i>
2.3.3	<i>Deber de vigilancia o supervisión</i>	<i>10</i>
2.3.4	<i>Deber de estar informado.....</i>	<i>10</i>
2.3.5	<i>Deber de lealtad.....</i>	<i>11</i>
2.3.6	<i>Deber de evitar conflictos de interés.....</i>	<i>11</i>
2.4	SUJETOS RESPONSABLES	12
2.4.1	<i>El administrador de hecho y el administrador de derecho.....</i>	<i>12</i>
2.4.2	<i>Responsabilidad solidaria</i>	<i>14</i>
2.5	LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD	15
2.5.1	<i>Acción social de responsabilidad.....</i>	<i>15</i>
2.5.2	<i>Acción individual de responsabilidad.....</i>	<i>16</i>
2.5.3	<i>La responsabilidad en caso de insolvencia.....</i>	<i>17</i>
2.5.4	<i>Prescripción de la acción de responsabilidad.....</i>	<i>20</i>
2.6	MEDIDAS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO	20
2.6.1	<i>Composición del Consejo.....</i>	<i>21</i>
2.6.2	<i>Funcionamiento del consejo de administración.....</i>	<i>22</i>
2.6.3	<i>Comisión de auditoría</i>	<i>23</i>
2.6.4	<i>Comisión de nombramientos y retribuciones.....</i>	<i>25</i>
3.	LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS ADMINISTRADORES	28
3.1	CONCEPTO Y REGULACIÓN	28
3.2	RESPONSABILIDAD ESPECÍFICA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO	29
3.2.1	<i>Deberes de los administradores en el ejercicio de su cargo.....</i>	<i>29</i>
3.2.2	<i>Sistemas, procedimientos y mecanismos de gestión.....</i>	<i>33</i>
3.2.3	<i>Deberes de información</i>	<i>36</i>

3.2.4	<i>Control Interno en las entidades de crédito</i>	37
3.2.1	<i>Solvencia respecto a las entidades de Crédito</i>	37
3.2.2	<i>La posición de los “stakeholders”</i>	38
3.2.3	<i>¿Pueden los accionistas llegar a responder al mismo nivel que los administradores de un órgano de administración?</i>	41
3.2.4	<i>Régimen sancionador</i>	45
3.3	RESPONSABILIDAD ESPECÍFICA DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS DE INVERSIÓN	46
3.3.1	<i>Normas de conducta aplicables a quienes prestan servicios de inversión</i> 48	
3.3.1.1	<i>Operaciones personales</i>	48
3.3.1.2	<i>Conflictos de interés</i>	51
3.3.1.3	<i>Abuso de mercado</i>	52
3.3.2	<i>Solvencia de las empresas de servicios de inversión</i>	55
3.3.3	<i>Cumplimiento normativo</i>	56
3.3.4	<i>Gobierno corporativo</i>	60
3.3.5	<i>Régimen sancionador de las ESI</i>	64
4.	CORPORATE DEFENSE	65
4.1	CONCEPTO	65
4.2	REGULACIÓN Y JURISPRUDENCIA	66
4.2.1	<i>Reforma del artículo 31 Código Penal</i>	66
4.2.2	<i>Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado</i>	70
4.2.3	<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i>	72
4.3	PROGRAMA DE COMPLIANCE Y PREVENCIÓN	74
4.4	OFICIAL DE CUMPLIMIENTO	79
4.4.1	<i>Funciones y requisitos</i>	79
4.4.2	<i>Enmarcación e interacción en la estructura societaria</i>	84
5.	CONCLUSIONES	87
6.	BIBLIOGRAFÍA	92

Índice de Abreviaturas

BE	Banco de España
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CUBG	Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo
EC / EECC	Entidad de Crédito
ESI	Empresa de Servicios de Inversión
LC	Ley Concursal
LMV	Ley del Mercado de Valores
LOSSEC	Ley de Ordenación Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito
LSA1	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

El sector financiero se configura como una industria clave en el desarrollo de un país o territorio. Supone un motor transversal dirigido al tejido productivo, del que es su intermediario. Esta labor de intermediación no es exclusiva del desarrollo productivo, sino que se encuentra interconectada con todos los actores del ciclo económico de una sociedad.

La interconectividad de la economía se concreta en la intermediación de las entidades e instituciones financieras. Por ello, cualquier crisis debe ser motivo de preocupación y especial atención por los poderes públicos. En este sentido, la crisis de 2008 ha resultado en una crisis financiera sistémica a nivel global que ha afectado a todos los escalones del aparato financiero y a todas las tipologías de entidades de crédito.

Históricamente los gobiernos han tratado de mitigar los efectos de las crisis con medidas de corte puramente económico, dejando en un segundo plano la regulación y la infraestructura del sistema financiero. Debido a la globalización, desde principios de este milenio no podemos hablar en exclusiva de gobiernos nacionales, sino de entidades supranacionales que, por la propia idiosincrasia del negocio bancario, han tenido mayor relevancia en el sistema financiero. Así, estos organismos han implementado medidas económicas para intentar reducir o mitigar los efectos de la crisis que estamos superando.

Sin embargo, en estos años se ha puesto de relieve la necesidad de una regulación más profunda en materia financiera, con una necesidad de más coordinación o armonización. No se trata únicamente de resolver un problema

económico concreto sino de evitar futuras situaciones similares y mejorar la transparencia y eficiencia de los mercados.

Además, la regulación ha apuntado hacia la gestión de las entidades y ha puesto el foco de un modo especial en la gestión de las entidades de crédito, intentando concretar de algún modo algunas de las causas que nos llevaron a la crisis. Todo ello ha supuesto un nuevo enfoque en la gobernanza de las entidades de crédito.

Por lo tanto y como comentamos anteriormente, los años de crisis financiera mundial han puesto de relieve la necesidad de armonizar e integrar de forma más intensa los mecanismos y procedimientos de control a nivel global para responder a una crisis sistémica, agravada en gran medida por el factor globalizador del sector financiero y la cada vez mayor globalización de los tejidos productivos de la economía.

La relevancia que la crisis financiera ha tenido en Europa y, especialmente, en España han motivado una serie de cambios normativos en la operativa e infraestructura de los mercados, así como en el desarrollo de los servicios financieros y bancarios. Muchos de estos cambios han afectado a las instituciones financieras en una doble vertiente: desde el punto de vista mercantil, como sociedades mercantiles y, desde el punto de vista financiero, como entidades financieras.

Asimismo, en los últimos tiempos hemos asistido a un continuo crecimiento de la economía financiera en detrimento de la *economía* real, entre cuyas causas se encuentra la creciente deslocalización industrial y la fuerte apuesta por un mismo objetivo, que especialmente en España se centró en el sector inmobiliario (construcción principalmente).

Teniendo en cuenta la gran libertad existente del mercado económico, debemos observar a los actores económicos y, en especial, aquellos que ostentan posiciones más relevantes, es decir, a las instituciones financieras. ¿Han contribuido estas instituciones al desencadenamiento de la crisis de 2008? ¿Se puede exigir responsabilidad a alguna persona jurídica o persona física por un hecho ocurrido en el ámbito financiero?

Las instituciones financieras actúan como intermediarios y en muchos casos como propios actores del sistema financiero, siendo este un sector donde, a diferencia de los sectores productivos clásicos, en nuestra opinión podría mencionarse el axioma de la teoría cuántica *el “observador influye en el elemento observado”*, si existe una percepción de que la cotización en los mercados descende, los participantes del mercado crean una visión sobre esa percepción y el descenso acaba produciéndose.

Pero, ¿tienen alguna responsabilidad los que gestionan las instituciones financieras? En caso afirmativo, ¿Sólo ellos?, si las entidades de crédito realizan únicamente una labor de intermediación, ¿podría esa labor haberse visto influida por un apetito de inversión incoherente y desmesurado?

En los años posteriores a la crisis que estamos superando se ha generado jurisprudencia acerca de la responsabilidad de administradores de instituciones financieras. Asimismo, hemos asistido al rescate de diferentes bancos y a una fuerte remodelación en el gobierno de algunas instituciones financieras. Todo ello unido al hecho de que con anterioridad de la crisis de 2008 el gobierno de las entidades de crédito se fundamentara principalmente en códigos de buen gobierno (autorregulación), provoca el interés de que ha sucedido y si las medidas adoptadas para entrar en episodios similares en el futuro en lo relativo a la responsabilidad y funciones de los administradores son apropiadas y suficientes. Es por ello por lo que en el presente trabajo pretendemos analizar la responsabilidad de los administradores de entidades de crédito desde el punto de vista mercantil, administrativo y penal.

Siendo conscientes de la gran variedad de instituciones financieras existentes, tenemos la intención de centrarnos únicamente en bancos y empresas de servicios de inversión. En primer lugar abordaremos la responsabilidad de administradores desde un punto de vista mercantil; posteriormente la responsabilidad de los administradores en entidades bancarias y en empresas de servicios de inversión. Finalmente trataremos la responsabilidad penal de los administradores, con especial relevancia de la figura del *compliance officer* y de los planes de *compliance* o cumplimiento, hoy tan de actualidad en cualquier organización empresarial, ya sea del ámbito financiero o no.

No es objeto de este trabajo los cambios normativos en el ámbito financiero o mercantil respecto de las entidades bancarias ni de su estructura; no obstante, para poder entender de forma más adecuada la idiosincrasia del cargo de administrador en un banco, es conveniente realizar un breve repaso a las modificaciones con mayor relevancia desde el punto de vista societario y financiero, habida cuenta de que una entidad de crédito debe constituirse como una sociedad de responsabilidad anónima.

Debemos situar el principal cambio a este respecto desde el punto de vista mercantil en el año 2014 con la reforma de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (en lo sucesivo, la “Ley 31/2014”). Mediante ella, el sistema de responsabilidad de los administradores societarios sufrió un importante cambio con el objetivo de endurecer la responsabilidad de los mismos.

La entrada en vigor de la Ley 31/2014 no modificó la normativa a través de la cual se exige la responsabilidad de los administradores, permaneciendo inalterado el sistema de acciones hasta el momento existentes —acción social de responsabilidad, acción individual de responsabilidad y acción de responsabilidad por deudas— (sin excluir el régimen de la Ley Concursal (“LC”) en materia de responsabilidad concursal u otras acciones como la impugnación de acuerdos sociales o la anulación de contratos).

La LSC regula la responsabilidad de los administradores societarios, es decir, de aquellas personas encargadas de actuar en nombre y representación de la sociedad y que dirigen o administran la misma cumpliendo con los deberes establecidos en los artículos 225 y siguientes de la LSC. La reforma de la LSC se caracteriza por la conversión en derecho imperativo de disposiciones que hasta el año 2014 habían tenido la consideración de “soft law”, centrándose en los deberes de diligencia, lealtad y discrecionalidad empresarial (introducido por el Derecho Americano y su regla del “*business judgment rule*”).

Teniendo en cuenta la naturaleza del cargo de administrador societario se pueden distinguir distintos tipos de responsabilidad en las que puede incurrir un administrador en función del tipo de norma infringida¹, ya que no es posible encontrar en nuestro ordenamiento jurídico un régimen singular y unitario sobre la responsabilidad de los administradores y es preciso, por tanto, acudir a diversas ramas del derecho.

2. LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA DE LOS ADMINISTRADORES

2.1 CONCEPTO Y REGULACIÓN

Los administradores societarios realizan gran cantidad de actos y negocios en nombre y representación de las sociedades mercantiles. Fruto de sus actuaciones se pueden ocasionar daños tanto a los intereses de la sociedad, a los propios socios y a terceros. Esto explica que la LSC prevea un sistema de responsabilidad jurídico-privada de los administradores, que no debe confundirse con otro tipo de responsabilidad (por ejemplo, la prevista en el artículo 157 LSC en relación con el incumplimiento del régimen sobre las propias acciones o participaciones, o la relativa a las sociedades cotizadas por la comisión de infracciones bajo la LMV), fiscal, penal o de cualquier índole que pudiera surgir a raíz de sus actos al frente de la sociedad.

2.2 PRESUPUESTO

El artículo 236 LSC establece que la responsabilidad de los administradores de hecho o de derecho “frente a la sociedad, frente a los socios y frente a terceros acreedores” surgirá por los daños que causen sus actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos sociales o por los realizados sin cumplir con los deberes inherentes a su posición como administradores de la sociedad. Por lo tanto, es necesario que concurren los siguientes presupuestos²:

¹ Así por ejemplo se puede hablar de responsabilidad penal, mercantil, administrativa o tributaria.

² Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. “Manual de Derecho Mercantil”, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.505 y ss

1. Que se produzca un daño.
2. Que los administradores hayan incumplido sus obligaciones por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por incumplimiento de sus obligaciones. Hasta la entrada en vigor de la Ley 26/2003, de 17 de junio (“Ley de Transparencia”), el incumplimiento por parte de los administradores se consideraba que tenía que ser necesariamente culposo. La reforma introducida por la Ley de Transparencia y la nueva redacción dada supuso la vinculación de la responsabilidad al incumplimiento de los deberes de los administradores.
3. El tercer presupuesto exige que exista una relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño causado.
4. Finalmente, se exige para que exista responsabilidad de los administradores, que su actuación haya sido al menos culposa o negligente.

Respecto al requisito de la actuación culposa o negligente, la normativa societaria ha ido evolucionando desde la Ley de Sociedades Anónimas (“LSA”) de 1951 hasta la presente regulación en la LSC. En un primer momento, con la primitiva regulación de la LSA, los administradores solo respondían por el daño ocasionado por “*malicia, abuso de facultades o negligencia grave*”.

Tras la adaptación de la normativa española a la regulación europea, la regulación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas³ omitió, en el artículo 133, toda referencia al dolo o la culpa como requisito de responsabilidad de los administradores. La jurisprudencia del Tribunal Supremo entendió que el propósito de la nueva regulación era ampliar el espectro de responsabilidad de los administradores, bastando la existencia de culpa o negligencia establecido en el artículo 1902 del Código Civil (“CC”)⁴.

En un primer momento, el artículo 236 LSC continuó omitiendo cualquier referencia a la culpa o negligencia de los administradores como presupuesto de responsabilidad. Omisión subsanada mediante la reforma de la LSC en el año 2014 en el que, en el apartado primero del artículo 236 LSC, se incluye expresamente que los administradores solo responderán cuando “*haya intervenido dolo o culpa*”.

³ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁴ Así, la STS 3433/2005 de 28 de mayo establece que el régimen de responsabilidad de la LSA “se corresponde con la llamada responsabilidad extracontractual” siendo por tanto fundamental “que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 1902 del Código Civil”.

2.3 DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES

2.3.1 *Deber de diligencia*

Conforme a la legislación mercantil, el administrador debe ejercer el cargo con la diligencia de un “ordenado empresario” (Art. 225.1 LSC). Ello implica que el administrador debe cumplir con los deberes que le imponen la ley, los estatutos de la sociedad, y cualquiera otra norma interna de conducta que la misma tenga establecida. Según la legislación de gobierno corporativo, la diligencia ha de ser prestada “teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno”, en el ámbito de decisiones estratégicas y de negocio, el estándar de diligencia se entiende cumplido cuando las decisiones del administrador hayan sido adoptadas de buena fe, sin interés personal en el asunto, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Se trata, por tanto, de elementos subjetivos y específicos de cada administrador (por ejemplo, tener conocimientos financieros o su experiencia profesional en un sector concreto), por lo que se pone de manifiesto que la condición de administrador no es uniforme ni las funciones de cada administrador han de ser iguales, lo cual tiene una amplia repercusión en sus obligaciones y en las posibles consecuencias que se pudieran derivar de su posible infracción.

Con la actual redacción del artículo 225 LSC, la diligencia de un ordenado empresario solo podrá ser exigida al administrador que se ocupe de las funciones propias del empresario que dirige sus negocios personalmente. Los administradores que no desempeñen funciones y tareas propias de un empresario siguen estando vinculados por el deber de diligencia referido a la vigilancia o fiscalización de la actividad propia de la empresa y no de la gestión de esta.

2.3.2 *Deber de ejercicio efectivo del cargo*

Dentro de este deber de diligencia, el administrador está obligado a llevar a cabo de forma efectiva la administración y representación social. La forma de ejercitarla dependerá de la naturaleza, individual o colectiva, del órgano de administración y de la propia composición, estructura y tamaño de la sociedad. En el caso de las EECC y las ESIS, lo habitual es que la administración sea colectiva. En todo caso, corresponde al administrador elaborar las políticas y estrategias generales, el nombramiento de ejecutivos, o la ejecución y supervisión de la gestión ordinaria; del mismo modo le corresponde el cumplimiento de las obligaciones legales de la sociedad (convocatoria de juntas, formulación de cuentas anuales y demás).

En el caso de órganos de administración colectivos, este deber incluye la dedicación necesaria para atender regularmente todas las cuestiones que exige la administración, analizar y conocer los temas que se debatan en las reuniones del órgano de administración, asistir personalmente y participar activamente en las reuniones y deliberaciones de dicho órgano y, en definitiva, el tener una presencia activa en el mismo.

2.3.3 Deber de vigilancia o supervisión

Los administradores deben adoptar las medidas necesarias para un control efectivo de la sociedad. La forma de ejercitar este deber estará determinada por la estructura del órgano de administración y las características de la sociedad. En caso de que el órgano de administración no dirija efectivamente y de manera ejecutiva la sociedad, la vigilancia se referirá fundamentalmente a supervisar la actuación de los directivos.

En el caso de sociedades más complejas, el cumplimiento de esta función implicará que el órgano de administración deberá establecer todas las medidas oportunas para controlar adecuadamente todos los riesgos operativos, legales, medioambientales o reputacionales que sean exigidos por la legislación y por las normas de buen gobierno, y supervisar su cumplimiento.

En el caso de la existencia de un órgano de administración colectivo, el deber de vigilancia de cada uno de sus miembros se pondrá de manifiesto solicitando la comparecencia en las reuniones del órgano de los directivos de la sociedad para que informen de su gestión, poniendo en conocimiento del Consejo los defectos que se aprecien en el sistema de control de la sociedad y realizando propuestas de mejora, y advirtiendo de los riesgos que se aprecien en la gestión y proponiendo soluciones.

2.3.4 Deber de estar informado

Los administradores tienen el derecho a recibir, y el deber de exigir que se les facilite, la información necesaria para cumplir sus funciones (Art. 225 LSC). Como los tribunales han venido reconociendo: la información es una herramienta fundamental para que los administradores puedan cumplir con sus obligaciones tanto de gestión como de vigilancia y control. El no obtener dicha información supone una actuación no diligente por parte del administrador.

Sin perjuicio de que el derecho de información de los administradores es individual, entendemos que será una labor conjunta de todos los administradores el recabar y obtener la información necesaria para la adopción de las decisiones. La regulación recogida tras la Ley 31/2014 configura el deber de información no

solo como un mero deber sino como un derecho de examinar dicha información y, consecuentemente, se configura como una obligación de aportar la mencionada información a aquellas personas para las que sea reclamada.

2.3.5 *Deber de lealtad*

El administrador debe ejercer en todo momento sus funciones en interés de la sociedad (Art. 226 LSC). Este deber es una exigencia legal, y no puede ser desvirtuado por los estatutos de la sociedad ni por ninguna otra normativa interna, debiendo estar claramente reguladas todas aquellas actividades que el administrador pueda realizar particularmente y que puedan implicar algún tipo de conflicto con los intereses sociales.

Ello implica que el administrador debe actuar con la lealtad de un fiel representante, no podrá ejercitar sus facultades para fines distintos para los que le han sido concedidas; no podrá divulgar información de la sociedad a los que haya tenido acceso en el ejercicio de su cargo, salvo en cumplimiento de un deber legal; no podrá utilizar información interna en su propio beneficio, y no podrá participar y votar en la adopción de acuerdos en las que él o una persona vinculada tengan conflicto de intereses, y debe ejercer funciones bajo su propia responsabilidad. Como ha señalado el Tribunal Supremo, *“la lealtad, no es sino una manifestación del deber de actuar en defensa de la Sociedad con la finalidad de conseguir el fin de la misma, siendo la falta de lealtad una violación de los deberes inherentes al cargo, debiendo anteponerse siempre el interés de la Sociedad a los intereses propios”*⁵.

El deber de lealtad se encuentra fuertemente vinculado con el interés de la sociedad que viene determinado por los socios de ésta y hace referencia a su interés común, correspondiendo en este sentido a la Junta General de accionistas aprobar la gestión realizada por los administradores.

2.3.6 *Deber de evitar conflictos de interés*

Esta es la principal manifestación del deber de lealtad, que se produce cuando se dé una situación en que los intereses del administrador y la sociedad puedan entrar en conflicto, actual o futuro. Evitar las situaciones en las que pueda surgir un conflicto de interés tiene una gran importancia como deber de conducta derivado del deber de lealtad.

En particular, el Administrador debe abstenerse de realizar operaciones con la sociedad (salvo que las mismas se realicen en las mismas condiciones que con los clientes); no debe aprovechar su condición de administrador para

⁵ STS 5732/2006, de 21 de julio.

influir en operaciones privadas; no debe utilizar los activos ni la información confidencial de la sociedad para actividades privadas, ni obtener ventajas ni remuneraciones de terceros por operaciones que éstos realicen con la sociedad, ni debe competir con la sociedad.

Desde nuestro punto de vista, cualquier administrador que actúe o pueda actuar en una situación de conflicto de interés debería abstenerse de realizar dicha actividad aún en el supuesto de dispensa por parte de la sociedad reflejada en la normativa societaria, que permite que ante cualquier posible situación de conflicto de intereses la sociedad, previa comunicación anterior, permita al administrador que lleve a cabo dicha actuación⁶.

2.4 SUJETOS RESPONSABLES

2.4.1 *El administrador de hecho y el administrador de derecho*

Como hemos visto, la Ley identifica como sujetos responsables a los administradores de la sociedad, tanto de hecho como de derecho, siempre y cuando actúen como titulares del órgano social y no como un particular. Por ejemplo, no sería exigible responsabilidad societaria cuando un Administrador vende a un tercero acciones de la sociedad de su propiedad, ocultando a dicho tercero la existencia de determinadas deudas de la sociedad que harían disminuir el valor objetivo de las acciones.

La distinción entre administrador de hecho y administrador de derecho es la siguiente:

- A) Administradores de derecho: se pueden definir de esta manera a los que han sido nombrados de forma regular e inscritos como Administradores en el Registro Mercantil, encontrándose su cargo vigente.

Dentro de esta categoría, y a efectos de responsabilidad, podemos distinguir los siguientes casos:

1. Administrador Único y Administradores Mancomunados: su responsabilidad es clara, puesto que habrán tenido necesariamente que intervenir, por acción u omisión, en los actos constitutivos de la responsabilidad.
2. Administradores solidarios: serán responsables aquellos que hayan intervenido en los actos que den lugar a la responsabilidad, y los que no hayan intervenido, pero hayan incurrido en negligencia o no se hayan opuesto a los actos realizados por los otros Administradores.

⁶ Según el tipo de conflicto de interés, esta dispensa deberá ser otorgada por parte del órgano de administración o por parte de la Junta General de socios. Así viene recogido en el artículo 230 LSC

3. Consejo de Administración u órgano colectivo equivalente: serán responsables solidariamente todos los miembros del órgano de administración, salvo los que prueben que no han intervenido en la adopción y ejecución del acto lesivo, y desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron lo conveniente para evitar el daño o se opusieron expresamente a aquel acto.

En caso de que el Secretario no tenga la consideración de Consejero, no se verá incurso en la responsabilidad propia de los administradores, sin perjuicio de que pueda tenerla en relación a las responsabilidades propias de su cargo (firma de las actas, o asistencia al presidente).

Los Consejeros Delegados quedarán sujetos a responsabilidad directa por los actos que realicen, y los Consejeros delegantes no quedarán exonerados de su responsabilidad, que le será imputable por incumplimiento del deber de vigilancia y de intervención cuando sea precisa.

No obstante, los delegados pueden asumir una responsabilidad específica, no extensible al órgano de administración, por el daño que causen sus actos a la sociedad en incumplimiento de las instrucciones del Consejo o sobrepasando los límites de su delegación (sin perjuicio de que la sociedad responda frente a los terceros).

4. Director General y apoderados voluntarios: no están sujetos a la responsabilidad propia de los administradores (salvo que, en función de sus circunstancias concretas, puedan ser considerados administradores de hecho). Su actuación podría dar lugar a responsabilidad por daños y perjuicios ante la sociedad, o de carácter laboral. También podría producir responsabilidad de los administradores en los supuestos de existencia de *culpa in eligendo*, *in instruendo* o *in vigilando*.

- B) Administradores de hecho: son aquellos que actúan en nombre e interés de la sociedad, pero sin cumplir todos los requisitos de mandamiento y registro que se han expuesto en el caso de los Administradores de derecho.

Dentro de este grupo, se suelen distinguir dos categorías:

1. Administradores notorios, que son aquellos que carecen de un título válido, por haber sido nombrados de forma defectuosa o por haber caducado su cargo, pero actúan públicamente como administradores, es decir, actúan pública y notoriamente en representación de la sociedad, ostentan y ejercen las facultades que legalmente

corresponden a los administradores, y su actuación es reconocida o tolerada por los socios.

2. Administradores ocultos, que no actúan públicamente como administradores de derecho, pero sí lo hacen fácticamente, dirigiendo de hecho la sociedad y tomando las decisiones, que posteriormente son ejecutadas por los administradores.

Hay que tener en especial consideración el caso de los grupos de sociedades, para determinar el riesgo de que la sociedad matriz (o uno de sus administradores) sea considerado administrador de hecho de la filial. Habrá que ver en cada caso la estructura empresarial y el grado de integración y centralización vertical que exista en el grupo. En todo caso, la existencia de un grupo de sociedades no determina necesariamente que exista una situación de administración “de hecho”, a pesar de que por la naturaleza de estos grupos la empresa matriz siempre debe ejercer un cierto control y supervisión de sus sociedades filiales.

2.4.2 Responsabilidad solidaria

El artículo 237 LSC establece que “todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.”

El texto del artículo 237 LSC señala en primer lugar que los administradores responderán de los daños causados de forma solidaria entre ellos, salvo que demuestren la concurrencia de una causa de exoneración de la responsabilidad. Esta previsión no se corresponde con una acción de responsabilidad colectiva que recae sobre el órgano de administración como tal, pues la responsabilidad tiene en cualquier caso un carácter personal y debe ser individualizada entre todos los administradores. Ahora bien, la previsión impuesta por la Ley supone una inversión de la carga de la prueba relacionada con el presupuesto de la culpabilidad, pues se presume que todos los administradores son igualmente culpables hasta que no demuestres que concurre en ellos una causa de exoneración legalmente prevista.

Las posibles causas de exoneración que establece la LSC son las siguientes⁷:

1. Si el administrador no asistió a la reunión en la que se adoptó el acuerdo lesivo y, a su vez, no ha formado parte en la ejecución del mismo. Es

⁷ La prueba de la concurrencia de alguno de estos requisitos corresponde al administrador en particular. Así por ejemplo, la STS 133/2000, de 18 de enero, señala: “responden solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, de suerte, que sólo aparecen exculpados los que prueben que no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron claramente a aquel. Esto es, el precepto invierte la carga de la prueba haciéndole recaer sobre los administradores, y estos ni alegan, ni prueban las causas de exculpación”.

necesario no sólo que el administrador no acudiera a la reunión si no que, además, desconociera la existencia del mismo.

2. Que teniendo conocimiento del acto haya hecho todo lo posible o conveniente para evitar que se produzca el daño (aunque no se diga expresamente, el mecanismo más adecuado parece ser la impugnación del acuerdo).
3. En caso de haber asistido a la reunión, no será suficiente con la abstención en la votación y con salvar el voto (la Ley exige oposición expresa), sino que deberá votarse en contra de la adopción del acuerdo.

En ningún caso quedarán exonerados de responsabilidad los administradores por el hecho de que, tras la adopción del acuerdo, éste haya sido ratificado o adoptado por la Junta General de socios (artículo 236.2 LSC). Lo que se pone de manifiesto aquí es la existencia de independencia o autonomía por parte del órgano de administración con respecto a la Junta General y que, aun existiendo un acuerdo de Junta, los administradores no pueden llevar a cabo ningún acuerdo lesivo. Lo que se pretende con la redacción del artículo 236.2 LSC es impedir que los administradores sanen la ilicitud de sus actos con un acuerdo de junta o que intenten descargar su responsabilidad a través de los acuerdos de la Junta General.

2.5 LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

2.5.1 Acción social de responsabilidad

La legitimación principal para promoverla corresponde a la sociedad, que la acordará mediante acuerdo de la Junta General (aunque no conste en el Orden del Día) y determina automáticamente el cese de los administradores contra los que se dirija la acción.

Subsidiariamente, pueden promover la acción socios que representen al menos el 5% del capital social. Para ello, debe ocurrir a) que los administradores no hayan convocado la Junta General, b) que la sociedad no haya iniciado la acción transcurrido un mes desde la adopción del acuerdo en dicho sentido o c) que el acuerdo de la Junta hubiese sido contrario a promover la acción de responsabilidad. Del mismo modo, los socios que reúnan los requisitos de capital antes citado pueden promover la acción directamente, sin necesidad de contar

con el acuerdo de la Junta General, cuando la misma se base en la infracción por parte de los administradores del deber de lealtad⁸.

Igualmente, de forma subsidiaria, la acción puede ser ejercitada también por los acreedores de la sociedad, si no lo hubiere sido por la sociedad ni por los socios, si el patrimonio de aquélla fuere insuficiente para la satisfacción de los créditos. En este caso, los acreedores actuarán en su propio nombre, pero en defensa del interés de la sociedad, para la restitución de su patrimonio.

2.5.2 Acción individual de responsabilidad

Es una acción autónoma que pueden interponer directamente los socios y los terceros a fin de obtener el resarcimiento con la indemnización de los daños que les hayan sido causados por actos de los administradores.

Están legitimados para interponer la acción cualquier socio o tercero cuyos intereses hayan sido lesionados por acciones u omisiones atribuibles a los administradores y, como en cualquier reclamación de daños y perjuicios, habrá que probar el daño causado, el acto u omisión del administrador que ha producido dicho daño, y el nexo causal entre ambos.

La jurisprudencia ha delimitado la aplicación de esta norma, porque no todos los actos de los administradores que impliquen que la sociedad no pueda cumplir con sus compromisos dan lugar a la responsabilidad personal de los administradores.

Así, el Tribunal Supremo ha establecido que siguientes requisitos que deben darse para que exista un supuesto de responsabilidad del administrador⁹:

- 1º) que se haya producido el incumplimiento de una norma;
- 2º) imputabilidad de la conducta a los administradores como órgano social;
- 3º) que sea susceptible la producción de un daño como consecuencia de la conducta antijurídica, dolosa o negligente del administrador;
- 4º) que se haya producido un daño directamente a un tercero, sin que se reputa como necesario que lesione también los intereses de la sociedad;
- y
- 5º) que exista una relación causal entre la conducta y el daño.

⁸ Sánchez-Calero Guilarte, J. "La acción social de responsabilidad (algunas cuestiones pendientes)", revista de derecho mercantil, 281 (2011), p. 95 y ss

⁹ La STS 131/2016 de 3 de marzo señala que: "concurren todos los presupuestos para que deba prosperar la acción individual de responsabilidad (...) que son: (i) incumplimiento de una norma, en concreto, la Ley 57/1968, debido al comportamiento omisivo de los administradores; (ii) imputabilidad de tal conducta omisiva a los administradores, como órgano social; (iii) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (iv) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, en este caso, al acreedor, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) relación de causalidad entre la conducta contraria a la ley y el daño directo ocasionado al tercero(...)".

Como se ve, todos los requisitos, a excepción del segundo, son los mismos que exige el artículo 1902 del Código Civil para el resarcimiento de daños y perjuicios. La única especialidad es que el administrador actúe dentro de su relación orgánica con la sociedad. En otro caso, nos encontraríamos ante una responsabilidad civil extracontractual ordinaria.

En todo caso, no todo incumplimiento por parte de la sociedad da lugar automáticamente a una responsabilidad personal del administrador, pues, en tal caso, se estaría dejando a un lado la personalidad jurídica propia de la sociedad, su autonomía patrimonial y su responsabilidad directa por las deudas sociales. Para la exigencia de la responsabilidad del administrador, debe acreditarse el incumplimiento por parte de éste de su deber de cuidado.

En nuestra opinión y siguiendo los postulados de Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz¹⁰ se trata de una acción extracontractual. Esta acción es ejercida por un tercero que ha celebrado un contrato con la sociedad y la reclamación se dirige frente al administrador como agente de la sociedad, por lo que no existiría entre reclamante y reclamado ningún tipo de relación contractual.

2.5.3 La responsabilidad en caso de insolvencia

El artículo 367 LSC establece que “responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando está no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución”.

Existen determinados casos en los que la ley determina que la sociedad debe disolverse, e impone a los administradores la puesta en marcha del procedimiento de disolución de la sociedad. En caso de que no lo hagan, se establece un régimen de responsabilidad con el fin de proteger los intereses de los acreedores y la seguridad en el tráfico económico, de tal forma que no haya sociedades incursas en causas de disolución que continúen funcionando en el tráfico jurídico con una apariencia de normalidad.

Hay que distinguir los supuestos de causa legal de disolución, de los de insolvencia. En este último supuesto, la solución debe ser la solicitud de concurso, no la disolución de la sociedad, que se produciría, en su caso, al abrirse la fase de liquidación.

¹⁰ Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. “Manual de Derecho Mercantil”, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.510.

En el primer caso (existencia de una causa legal de disolución) la obligación de los administradores consiste en convocar la Junta General en el plazo de dos meses desde que exista esta causa para que se solucione, o para que se adopte el acuerdo de disolución.

Si no se convocara la Junta o no se adoptara el acuerdo de disolución, los administradores debían solicitar la disolución judicialmente.

En todo caso, para la apreciación de la responsabilidad individual de los administradores, habrá de tenerse en cuenta la composición del órgano de administración para determinar si los administradores pueden adoptar directamente las acciones oportunas, o, en caso de que el órgano sea colectivo, su actividad deberá ir dirigida a convocar la reunión del órgano, informar al resto de los administradores de los motivos que les llevan a pensar que la sociedad está incurso en causa de disolución y a solicitar la adopción de las medidas necesarias.

En este supuesto, la responsabilidad de los administradores no deriva de la prueba de la producción de ningún daño, sino en el incumplimiento de sus deberes específicos.

El segundo caso (insolvencia la sociedad) determina la obligación de los administradores de solicitar el concurso de la misma, ya que la ley considera que la declaración en el momento oportuno del concurso redundará en una mejor protección del patrimonio social y de los intereses de los acreedores.

Por ello, el artículo 5 de la Ley Concursal establece la obligación de solicitar el concurso en el plazo de dos meses desde que el deudor conozca o hubiera debido conocer el estado de insolvencia, o de iniciar conversaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o un convenio anticipado, o un acuerdo extrajudicial de pago

Del mismo modo, el artículo 48 ter de la Ley Concursal permite el embargo preventivo de bienes de los administradores de hecho y de derecho siempre que exista la posibilidad fundada de que en la sentencia de calificación dichas personas puedan ser condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación.

Esta ley establece asimismo que el concurso se calificará como culpable cuando los administradores, de derecho o de hecho, hayan llevado a cabo determinadas actuaciones, de forma intencionada o por culpa grave, que hayan causado o agravado la situación de insolvencia de la sociedad, dificultando de esta manera el resarcimiento de los acreedores.

La LC establece una serie de presunciones que hayan podido producir o agravar la situación de insolvencia y que son imputables a la actuación de los administradores.

Entre los supuestos que pueden dar lugar a la calificación del concurso culpable se encuentran los siguientes (artículos 164 y 165 LC):

1. Cuando el deudor legalmente obligado a llevar contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidades relevantes para la determinación de su situación patrimonial. Específicamente se contempla el caso de que no se hayan formulado las cuentas anuales, no se haya sometido a auditoría, debiendo hacerse, o no se hayan depositado en el Registro Mercantil o el registro correspondiente en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso.
2. Si hubiere cometido inexactitud grave o falsedad en los documentos presentados para la solicitud de concurso o durante la tramitación del procedimiento.
3. Cuando se hubiese producido un alzamiento de bienes.
4. Cuando los representantes legales del deudor hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso, o el de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal.

En la sentencia de calificación del concurso, el artículo 172 de la ley establece que se determinarán las personas afectadas por la calificación, entre las que podrán encontrarse los administradores de hecho y de derecho y quienes hubiesen tenido esta condición en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

En este supuesto, podrá decretarse la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un plazo de 2 a 15 años, la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores en el concurso, la obligación de devolver los bienes y derechos que hubiesen obtenido indebidamente del patrimonio del deudor, así como indemnizar los daños o perjuicios causados.

En caso de que la sección de calificación se haya formado o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se podría condenar a las personas afectadas a la cobertura, total o parcial, del déficit que se produzca en la liquidación, en la medida que la conducta que haya determinado la calificación culpable del concurso haya generado o agravado la insolvencia.

2.5.4 Prescripción de la acción de responsabilidad

La regulación de la prescripción de las acciones de responsabilidad de los administradores se regula en la LSC por primera vez, con la entrada en vigor de la Ley 31/2014, mediante la introducción del artículo 241bis LSC.

Con anterioridad a la Ley 31/2014, la prescripción de las acciones de responsabilidad venía establecida en el artículo 949 CCo, que establecía un plazo de cuatro años desde la fecha en que el administrador cesara en el ejercicio de su cargo. La redacción del artículo 241bis mantiene el plazo de cuatro años, pero el inicio del plazo para la prescripción comienza a contar desde el día inmediatamente posterior al que hubiera podido ejercitarse la acción, es decir, comienza el día siguiente a la producción del daño¹¹.

La aplicación de este plazo de prescripción para la acción social y la acción individual parece evidente, no así para la responsabilidad por insolvencia de la sociedad. El artículo 241bis LSC se encuentra enmarcado dentro del Capítulo V del Título VI de la LSC en el que se regulan la acción social e individual de responsabilidad, mientras que la acción por insolvencia se encuentra regulada dentro del Capítulo I, sección 2ª del Título X, referente a la disolución y liquidación de las sociedades de capital. Esta separación de entre las acciones por daños y la acción por insolvencia muestra que estamos en el ámbito de dos tipos de acciones diferenciadas.

2.6 MEDIDAS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO

La creciente importancia del buen gobierno corporativo se debe al convencimiento de que una gestión societaria adecuada y transparente permite generar valor a las empresas y, además, refuerzan la confianza en las mismas.

En el seno de la Unión Europea, la Comisión publicó en el año 2011 el Green Paper de la CE, “The EU Corporate Governance Framework” en el que concretaba los temas más importante en materia de buen gobierno corporativo y planteaba dos cuestiones básicas: (i) si la normativa de buen gobierno corporativo de sociedades cotizadas debía aplicarse por igual a todas las empresas cotizadas con independencia de su tamaño; y (ii) si estas mismas normas debían aplicarse de igual manera a empresas no cotizadas.

Este Green Paper considera que, aunque existían normas de obligado cumplimiento y algunas empresas no cotizadas ya incorporaban medidas en materia de buen gobierno corporativo, la mayor parte de las empresas no cotizadas no seguían este tipo de recomendaciones.¹²

¹¹ Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. “Manual de Derecho Mercantil”, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.510.

¹² Dato preocupante pues en España cerca del 99,8% de las empresas tienen la consideración de pyme según datos del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (<http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2018.pdf>)

En España, el desarrollo del buen gobierno corporativo ha tenido como pilares básicos dos hitos. En primer lugar, la reforma de la LSC a través de la Ley 31/2014, que reforzó el papel que hasta ese momento tenía la Junta de accionistas en las decisiones de las empresas, equilibró los controles sobre las decisiones relativas a la remuneración de los administradores y reguló de una manera más completa las responsabilidades de los administradores. En segundo lugar, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (la “CNMV”) actualizó el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo (“CUBG”) de las sociedades cotizadas y con ello estableció una serie de directrices de cumplimiento voluntario (*soft law*) para la elaboración de reglamentos internos de conducta junto con el principio de “cumplir o explicar”. Algunas de las propuestas que se han ido estableciendo a lo largo del tiempo en el CUBG han visto su reflejo en la reforma de la LSC operada a través de la Ley 31/2014, por lo que en la actualidad nos encontramos antes un sistema de gobierno corporativo que conjuga tanto las directrices establecidas por la CNMV como normativa específica y de obligado cumplimiento establecida en la LSC.

En las sociedades cotizadas, tras la reforma de la LSC por la Ley 31/2014, el órgano de administración debe ser, obligatoriamente, un consejo de administración (Art. 529bis LSC).

Tanto el CUBG de la CNMV como la LSC establecen, respectivamente, una serie recomendaciones y normas que inciden sobremanera en el funcionamiento del consejo de administración de las sociedades cotizadas, en las reglas de funcionamiento del consejo, en la selección de consejeros y en el sistema de remuneración. Las principales medidas en materia de gobierno corporativo son, en nuestra opinión, las siguientes:

2.6.1 *Composición del Consejo*

El consejo de administración debe contar con una amplia mayoría de consejeros externos (aquellos que no poseen funciones ejecutivas o directivas en la compañía) y, a su vez, debe existir una proporcionalidad entre los consejeros dominicales y consejeros independientes. En este sentido, las sociedades deben mantener actualizada la información sobre los miembros del consejo de administración incluyendo en particular, sin carácter limitativo, el perfil profesional del consejero, la categoría a la que pertenece, la pertenencia a otros consejos de administración o fecha de nombramiento.

La categorización de los consejeros se regula en el artículo 529 duodecimos LSC¹³ en la que se dividen los consejeros entre ejecutivos y no ejecutivos, distinguiendo, entre estos, los independientes, los dominicales y los denominados como “*otros externos*”¹⁴. Esta clasificación encuentra su razón de

¹³ Este artículo vino a plasmar en el marco normativo las definiciones ya recogidas en el artículo 8 de la orden ECC/461/2013 de 20 de marzo.

¹⁴ Para aquellos que no encajan en la definición de dominicales o independientes.

ser en la composición de las distintas comisiones del consejo de administración si bien sería deseable que la normativa determine las funciones atribuidas a cada tipo de consejero teniendo en cuenta que su responsabilidad se derivará del cumplimiento de estas¹⁵.

En nuestra opinión, la normativa deja abierta la duda sobre quién tiene capacidad para cuestionar la adecuada categorización de los consejeros. Entendemos que junto con la comisión de nombramientos (que, internamente, es la responsable última) la CNMV debe ser el garante y velar por el cumplimiento de la buena adscripción de los consejeros a cada categoría.

El tamaño del consejo de administración es otro punto clave en tanto en cuanto afecta en las decisiones que toma este órgano. La LSC no establece el número máximo de miembro que pueden formar un consejo de administración (el número mínimo en todo caso debe ser de tres consejeros). Para la CNMV, el número ideal de consejeros debe oscilar entre cinco y quince miembros y que entre todos ellos se cuenten con perfiles diferenciados que promuevan la diversidad de conocimientos y experiencia. La comisión de nombramientos adquiere gran importancia a la hora de elaborar un estudio analítico de las necesidades del consejo de administración sobre las necesidades del consejo a la hora de seleccionar consejeros y poder someter la ratificación, nombramiento y reelección de los consejeros por parte de la Junta de accionistas habiendo presentado información suficiente.

En lo referente a EECC y ESIS, la normativa específica¹⁶ recoge requisitos adicionales en lo referente a la composición del consejo y, en particular, sobre los requisitos personales que deben concurrir en los miembros del consejo de administración. Así pues, para poder ser miembro del consejo de administración de una EECC o una ESI, deben concurrir en la persona seleccionada los requisitos de honorabilidad, conocimiento y experiencia¹⁷, entendiéndose por honorabilidad a aquellas personas que hayan mostrado una conducta personal, comercial y profesional que no genere dudas sobre su desempeño correcto y prudente en la gestión, y por conocimiento y experiencia aquellas personas que cuenten con una formación adecuada y cuenten con experiencia práctica.

2.6.2 Funcionamiento del consejo de administración

La pertenencia al consejo de administración requiere un esfuerzo de dedicación por parte de los consejeros que les deba permitir conocer la realidad de la sociedad, conocer el estado de los negocios y participar en las reuniones del consejo. Esta recomendación de la CNMV se convirtió en imperativa

¹⁵ Así pues, el artículo 235 LSC prevé que para determinar la diligencia exigible a cada consejero se deberá tener en cuenta "la naturaleza del cargo y funciones atribuidas a cada uno de ellos".

¹⁶ Para las EECC en el artículo 24 LOSSEC y para la ESI en el artículo 152.f) TRLMV y en el artículo 14.1e) del RD 217/2008, de 15 de febrero.

¹⁷ Incluye también a las personas físicas representantes de personas jurídicas.

mediante la creación del artículo 529 quáter LSC en el cual se establece, como norma general, que los consejeros deben asistir personalmente a cuantas reuniones del consejo se celebren y sólo, de manera excepcional, ser representado por otro consejero de la misma clase.¹⁸

Otro de los aspectos clave en lo que se refiere al buen funcionamiento del consejo de administración es el referente al deber de información de los consejeros recogido en el artículo 529 quinquies LSC¹⁹ en consonancia con lo establecido para sociedades no cotizadas en los artículos 225 y 226 LSC que han sido comentados con anterioridad. La única excepción a esta obligación es la recogida en el propio artículo 529 quinquies LSC para las situaciones de urgencia.

En lo relativo a las reuniones del consejo de administración, se recomienda que se lleven a cabo reuniones frecuentes del consejo de manera que se permita a sus miembros ejercer con eficacia las funciones de administración, supervisión y control tanto del equipo directivo como de las distintas comisiones mediante la realización de una evaluación anual que permita detectar deficiencias de funcionamiento y proponer planes de actuación.²⁰

2.6.3 Comisión de auditoría

Como hemos visto, la LSC otorga al consejo de administración un gran margen de libertad en cuanto a la forma de organización y funcionamiento. Si bien es cierto, esa libertad no es plena y cuenta con una serie de límites, por ejemplo, la obligación de que las sociedades cotizadas constituyan una comisión de auditoría y una comisión (o dos diferentes) de nombramientos y retribuciones.

La comisión de auditoría no es una figura ni mucho menos novedosa en nuestro sistema societario. Ya en el año 1998 en el Informe Olivencia se hacía alusión a esta comisión²¹ para su posterior reflejo normativo a través de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, cuando se impone como obligatorio la constitución de la comisión de auditoría. Con posterioridad, el Informe Aldama del año 2003²² y la Ley 26/2003, de 17 de julio (de modificación de la LMV y la LSC) vinieron a incidir en la figura de la comisión de auditoría. La existencia de un comité de riesgos²³ es obligatoria tanto para las EECC (artículo 38 LOSSEC y artículo 42 del RD 84/2015, de 13 de

¹⁸ La posibilidad de que los consejeros puedan delegar su representación ya está prevista en el artículo 247 LSC tanto para sociedades anónimas como sociedades de responsabilidad limitada.

¹⁹ Derecho a la información también recogido en el principio 15 del CUBG (“Los consejeros contarán con información suficiente y adecuada para el ejercicio de sus funciones y tendrán derecho a obtener de la sociedad el asesoramiento preciso”).

²⁰ Recogida esta obligación en el artículo 529 nonies LSC y en el principio 14 del CUBG de la CNMV.

²¹ Si bien es cierto, se trataba de una simple recomendación.
(<https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>)

²² <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>

²³ Figura asimilada a la de la comisión de auditoría.

febrero) y para las ESIS (artículo 194 TRLMV y artículo 29 RD 217/2008, de 15 de febrero).

En sociedades cotizadas y sociedades emisoras de valores distintos de las acciones la comisión de auditoría es un órgano que debe existir de manera obligatoria. Sin embargo, para las sociedades no cotizadas no es obligatorio, si bien es cierto es altamente recomendable que este tipo de sociedades constituyan comisiones de auditoría como síntoma de buena organización interna²⁴.

La LSC en su artículo 529 quaterdecies el artículo 29 del RD 217/2008 y el artículo 42 RD84/2015 regulan las funciones que, como mínimo, debe tener la comisión de auditoría. Se trata de una regulación *numerus apertus* que puede ser ampliada en los estatutos sociales de cada sociedad. Adicionalmente, el CUBG de la CNMV ha desarrollado este contenido de la LSC mediante un compendio de principios y recomendaciones. Por ello, podemos afirmar que las principales funciones de la comisión de auditoría son:

1. Información a los órganos societarios

Una de las principales funciones de la comisión de auditoría es la de mantener informados tanto a la Junta General de accionistas como al consejo de administración sobre todas las cuestiones que caigan bajo su competencia.

En cuanto a la información que se debe suministrar al consejo de administración, con carácter previo y de forma concreta se debe informar de todas aquellas materias previstas tanto en la ley como en el reglamento del consejo, destacando: (i) la información financiera que se deba publicar de forma periódica²⁵; o (ii) las operaciones vinculadas.

2. Control y supervisión interna

Probablemente la función más importante que tiene asignada la comisión de auditoría es la de vigilar y supervisar la eficacia en el funcionamiento de los órganos y los mecanismos de control de la sociedad. Las principales funciones de la comisión en materia de control y supervisión son: (i) identificar los principales riesgos para la sociedad (ya sean financieros, operacionales, legales, etc.); (ii) velar por la correcta implantación de los mecanismos de control; o (iii) vigilar que en todo momento la auditoría interna y demás departamentos involucrados en la producción de información y

²⁴ Especialmente recomendable en situaciones de dificultades para la pronta detección de problemas y la prevención de riesgos.

²⁵ Deberá supervisar, especialmente, el proceso de producción y presentación de toda información que, con carácter obligatorio, se debe producir y publica (i.e. toda aquella a la que se refiere el RD 1362/2007, de 19 de octubre, relativo a transparencia y a la información de los emisores de valores admitidos a negociación).

gestión del riesgo realicen sus funciones de forma independiente y con los recursos necesarios.

Para el desempeño de sus funciones la comisión de auditoría puede apoyarse en terceros (internos o externos), incluyendo al auditor externo. En este sentido el CUBG prevé la creación de diferentes unidades que sirvan de apoyo para el desempeño de las funciones asignadas a la comisión de auditoría.

3. Relación con el auditor externo

La comisión de auditoría debe respetar la independencia del auditor externo²⁶ siendo necesario para que ambos organismos puedan desarrollar sus funciones de una manera adecuada, que mantengan un cierto nivel de comunicación. Las principales funciones o competencias que recibe la comisión de auditoría son: (a) recabar información sobre el plan de auditoría; (b) recibir información sobre el proceso de desarrollo de la auditoría de cuentas y (c) recabar cuanta información sea necesaria sobre las cuestiones que puedan poner en tela de juicio la independencia del auditor externo.

En este sentido, la recomendación 42.2 del CUBG hace referencia a otras funciones específicas como son: (i) examinar las circunstancias que pudieran haber motivado la renuncia del auditor; (ii) velar por la correcta retribución del auditor, (iii) supervisar que sea comunicado por la sociedad (como hecho relevante) el cambio de auditor; (iv) asegurarse que el auditor externo mantenga una reunión con el consejo de administración para informar, entre otras cosas, sobre los riesgos detectados; y (v) asegurarse que la sociedad y el auditor externo respetan la normativa vigente sobre prestación de servicios distintos de auditoría.

2.6.4 *Comisión de nombramientos y retribuciones*

Se trata de otra de las comisiones que se deben constituir en el seno del consejo de administración. Su regulación fue introducida por la Ley 31/2014 y nuevamente se convierte en norma aquellas recomendaciones de la CNMV incorporadas en el CUBG. La normativa permita que se constituya una única comisión de nombramientos y retribuciones o bien dos comisiones distintas.

El objetivo de esta comisión es doble, por un lado se intenta asegurar en la medida de lo posible el acierto a la hora de seleccionar a los miembros del órgano de administración y, por otro lado, contar con una comisión especializada que permita diseñar un sistema de remuneración eficaz.

²⁶ Nombrado por la Junta General de socios, previa propuesta del consejo de administración.

La LSC²⁷ y la normativa específica para las EECC y las ESIS²⁸ exige que todos los miembros de la comisión de nombramientos y retribuciones sean consejeros no ejecutivos y, al menos dos de ellos, consejeros independientes. El número de miembros será el establecido en los estatutos sociales de cada EECC o cada ESI o en el reglamento del consejo de administración.

A la hora de fijar la remuneración en EECC y ESIS, se debe tener en cuenta no solo la normativa general de la LSC si no aquella normativa específica para cada tipo de entidad. Para estas entidades encontramos esta regulación en la Directiva 2013/36/UE de 26 de junio de 2013 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicio de inversión (“CRD IV”), junto con la regulación dada por la LOSSEC y el TRLMV²⁹.

La CRD IV introduce una serie de principios que debe cumplir la política de remuneración de en las EECC y las ESIS. Estos principios se encuentran íntimamente relacionados con la vinculación de la remuneración al riesgo y la manera específica en que se liquidará la remuneración variable.

La remuneración de los consejeros de EECC y ESIS³⁰ se compone de una remuneración fija y una remuneración variable. La remuneración fija tendrá en cuenta la experiencia profesional y el grado de responsabilidad dentro de la entidad mientras que la remuneración variable deberá reflejar un rendimiento sostenible y adaptado al riesgo. Ambas remuneraciones deberán estar equilibradas³¹.

La regulación se centra en el componente variable de la retribución intentando desvincular lo máximo posible la obtención de esta remuneración del “apetito al riesgo”. Lo que, en nuestra opinión, se trata de evitar es que, durante un determinado período de tiempo, los administradores de las EECC y ESIS lleven a cabo una actividad muy vinculada a la obtención de resultados a corto plazo, asegurándose así la remuneración variable.

Para evitar este tipo de actuaciones cortoplacista se han introducido una serie de medidas muy concretas y, desde nuestro punto de vista, necesarias, entre las que destacan:

- Si se vincula la remuneración variable a los resultados, el importe se basará en la evaluación individual del administrador conforme a criterios financieros y no financieros.

²⁷ En su artículo 529 quince.

²⁸ Para la EECC en el artículo 36 de la LOSSEC y artículo 185 del RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

²⁹ Esta Ley, en su artículo 188 hace una remisión a la política de remuneraciones establecida en la LOSSEC para las entidades de crédito.

³⁰ Que, además, será sometida a la aprobación por parte de la Junta General.

³¹ La remuneración variable no será superior al cien por cien de la fija o al doscientos por cien de la remuneración fija si es aprobado por la Junta General.

- Se excluye la remuneración variable garantizada, excepto para el primer año de empleo.
- Al menos el 50% de la remuneración variable se fijará alcanzando un equilibrio entre (i) acciones o títulos de propiedad equivalentes, y (ii) cuando sea posible, otros instrumentos que puedan ser convertidos en instrumentos de capital de nivel 1, o capaces de absorber pérdidas³².
- Diferimiento de al menos el 40% de la retribución variable por un período no inferior a entre tres y cinco años.
- La retribución variable se pagará o se consolidará si resulta sostenible de acuerdo con la situación de la entidad y si se justifica sobre la base de los resultados de la entidad, de la unidad de negocio y del administrador en concreto.

Durante los años de crisis se tomaron otras medidas en materia de remuneraciones en el seno de las entidades que recibieron ayuda del Estado y que significaron la limitación del salario de los órganos de administración y personas con responsabilidades dentro de la entidad.

En todo caso, consideramos apropiado que se regule en la manera que se ha venido haciendo la remuneración de los administradores y sobre todo que se intente vincular la remuneración del administrador al riesgo, intentado evitar actuaciones que durante un determinado período de tiempo den resultados, pero a largo plazo supongan dificultades en las entidades. Esta regulación entendemos que no debe ser tan restrictiva como la limitación salarial ante mencionada pues se corre el riesgo de que personas con gran talento y capaces de aportar valor añadido a la entidad decidan dirigir otro tipo de empresas por no obtener remuneraciones adecuadas a sus capacidades técnicas y profesionales.

³² Lo que se consigue con esta medida es hacer partícipe de la entidad al administrador y, en consecuencia, que vele por el buen funcionamiento de la sociedad.

3. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS ADMINISTRADORES

3.1 CONCEPTO Y REGULACIÓN

Una vez analizada la responsabilidad de los administradores de las entidades financieras desde el punto de vista de la norma mercantil, es decir, desde la óptica de la Ley de Sociedades de Capital, debemos centrarnos en la normativa especial.

Existen diversas entidades financieras a las que le son aplicable normativa especial, en función de su tipo de actividad concreta, tales como entidades de crédito, empresas de servicios de inversión (en adelante, "ESIS"), entidades de pago, entidades de dinero electrónico, instituciones de inversión colectiva, etc.

No obstante, el presente apartado analizará y aportará una visión crítica únicamente de dos tipos de entidades financieras: las entidades de crédito -concretamente, los bancos-, y las ESIS.

En este sentido, debemos definir la responsabilidad administrativa de los administradores de estos dos tipos de entidades financieras como aquella que deriva directamente de su objeto social, es decir, aquella responsabilidad únicamente aplicable a una serie de sociedades de capital concretas, donde los derechos y obligaciones de sus órganos de administración están relacionados directamente con su especial actividad financiera.

Así, los deberes que les impone la ley van más allá de la normativa común mercantil, sometiéndolos a determinados requisitos, restricciones y directrices destinados a salvaguardar y proteger la integridad del sistema financiero. Precisamente, por la especial trascendencia que tienen sus ámbitos de actividad, los organismos reguladores hacen especial hincapié en la existencia de normas tendentes a un gestión sana y prudente, incluso siendo su actividad supervisada por organismos públicos específicos.

En relación a la regulación financiera a la que nos hemos referido de manera genérica, detallamos a continuación las qué normas analizaremos y utilizaremos cómo base principal con el objetivo de aportar una visión crítica de la regulación sobre la responsabilidad de los administradores de las entidades de crédito y de las ESIS, así como para proponer elementos de mejora que contribuyan a una mejor gobernanza de dichas sociedades.

1. Al respecto de las entidades de crédito, analizaremos la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencias de las entidades de crédito (en adelante, la "LOSS"), en el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en adelante, "Real Decreto 85/2015"), el Real Decreto 256/2013, por el que se incorporan a

la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y de los titulares de funciones clave (en adelante, el “ Real Decreto 256/2013”), así como la demás normativa de desarrollo emanada del Banco de España.

2. Respecto de las ESIS, examinaremos el Real Decreto Legislativo 4/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, el “TRLMV”), el Real Decreto 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (en adelante, “RD 217/2008”), así como la normativa de desarrollo emanada de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, “CNMV”) como las normas aplicables a entidades de crédito que les sean directamente aplicable.

3.2 RESPONSABILIDAD ESPECÍFICA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

3.2.1 Deberes de los administradores en el ejercicio de su cargo

Aunque, a priori, los deberes que comprenden a los administradores de entidades de crédito son los mismos que vimos de forma separada en el segundo apartado del presente trabajo, pues las entidades de crédito -en concreto las entidades bancarias- se constituyen como sociedad de capital (sociedad anónima)³³. La banca se constituye como una actividad de importancia capital y con repercusiones críticas en la sociedad por lo que la dirección de las entidades de crédito debe ser acorde a dicha importancia. La LOSSEC en su exposición de motivos señala respecto de las instituciones financieras que las *“consecuencias alcanzan en ocasiones dimensiones tales que pueden llegar a exigir apoyo financiero público, apartando de este modo al sector financiero de la regla del mercado, general y espontánea, de quiebra individual y selección de agentes.”*

Las entidades bancarias requieren un consejo de administración formado por no menos de cinco miembros.³⁴ Para entender la importancia de los deberes de los administradores en el ejercicio de su cargo debemos conocer la gobernanza de las cajas de ahorros, donde numerosos administradores no poseían los

³³ Art. 2.1 apartado a) RD 256/2013: *“Revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de fundación simultánea y con duración indefinida”.*

³⁴ Art. 2.1 apartado f) RD 256/2013: *“Contar con un consejo de administración formado por no menos de cinco miembros. Todos los miembros del consejo de administración de la entidad, así como los del consejo de administración de su entidad dominante cuando exista, serán personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional, deberán poseer conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones y estar en disposición de ejercer un buen gobierno de la entidad. Los requisitos de honorabilidad, y conocimiento y experiencia, deberán concurrir también en los directores generales o asimilados, así como en los responsables de las funciones de control interno y otros puestos clave para el desarrollo diario de la actividad de la entidad y de su dominante, conforme establezca el Banco de España.”*

conocimientos ni experiencia necesarios para su gestión.³⁵ No obstante, debemos indicar que desde los años ochenta hasta el presente ha habido una continua evolución en la gobernanza de las entidades financieras, todas ellas encaminadas a una mayor transparencia, con la intención de que ésta resultara en una gestión diligente.

Así, podemos encontrarnos con que en un primer momento las entidades financieras publicitaban sus estatutos sociales, así como el consejo de administración o algunos de sus comités y comisiones; todo ello sin perjuicio de posteriores informes específicos sobre lo publicitado. Al mismo tiempo y a medida que las entidades evolucionaban éstas empezaron a publicar lo que se conoce como “informes de gobierno corporativo”³⁶, de acuerdo a la normativa previa relativa a las sociedades cotizadas³⁷ y a los códigos que la CNMV ha ido publicando en distintos años.

Como resultado podemos indicar que las entidades han desarrollado unos *códigos de conducta* que sirven como guía de relación entre la entidad y los clientes, principalmente; asimismo, determinados comités destinados a un mejor funcionamiento de la entidad se han ido consolidando al mismo tiempo que han adquirido relevancia.

Sin embargo, todos los códigos e informes se basan en la exposición - explicación- de un hecho o situación concreta; no existe una garantía real de que los códigos de actuación se cumplen. Hasta momentos previos a la crisis de 2008 se creía que el mero hecho de exponer una *deficiencia* constituía una alerta para accionistas e inversores, y con ello quedaba cubierto la función de *protección y transparencia* de los códigos de buen gobierno, informes y recomendaciones.³⁸

³⁵ La Ley 26/2013 establece una separación entre el órgano rector de la actividad bancaria y la *actividad social* de la caja de ahorros, cuya función se encomienda a una fundación bancaria siempre que alcance el 10% del capital social o de los derechos de voto de la entidad. Además, no puede poseer más del 25% de los consejeros de la Caja de Ahorros.

³⁶ En la actualidad su estructura y contenido se regula en la ECC/461/2013, junto con el informe anual de remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores.

³⁷ Art. 116 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades.

³⁸ La STS 840/2013 de 20 de enero de 2014, respecto de la comercialización de un producto de inversión indica que la mera puesta a disposición de información al inversor no es garantía de que el inversor conozca el producto y, por tanto, puede existir un vicio del consentimiento.

“Estas consideraciones, fruto de una experiencia sostenida en el tiempo y de la sucesión de crisis (tal y como se indica en la exposición de motivos de la LOSSEC), supusieron que aquellos comités y comisiones que se consolidaron al mismo tiempo que adquirirían relevancia constituyeran en la práctica una obligación sin que existiera un mandato legal. “Por esta razón, uno de los componentes esenciales de la nueva regulación que afecta en general a todas las empresas, aunque con mayor grado de incidencia a las del sector bancario, ha sido el de asentar todos estos principios directamente en la normativa aplicable en la materia, como exigencias específicas del ordenamiento jurídico, entendiendo que el anterior esquema no había resultado efectivo en su globalidad, dado su carácter no imperativo”³⁹.

Por tanto, todo esto se traduce en una imposición de la idoneidad de administradores y directivos, así como también al responsable de control interno, que se concreta en el RD 356/2013⁴⁰. Todos ellos deben poseer conocimientos y experiencia, así como ser personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional.

“Concurre honorabilidad comercial y profesional, en quienes hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para desempeñar una gestión sana y prudente de la entidad”. (Art. 1.2 RD 256/2013).

Asimismo, la honorabilidad comprende otros aspectos relacionados con la relación de la persona con las autoridades de regulación y supervisión, cargos anteriores, actuación profesional; condenas penales teniendo en cuenta el carácter doloso o imprudente, si ésta es firme o no, la gravedad y la tipificación de los hechos.

“Poseen conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones en los bancos quienes cuenten con formación del nivel y perfil adecuado, en particular en las áreas de banca y servicios financieros, y experiencia práctica derivada de sus anteriores ocupaciones durante periodos de tiempo suficientes. Se tendrán en cuenta para ello, tanto los conocimientos adquiridos en un entorno académico, como la experiencia en el desarrollo profesional de funciones similares a las que van a desarrollarse en otras entidades o empresas”.

Los sujetos indicados (administradores, directivos y el responsable de control interno) deben prestar especial atención a la existencia de potenciales conflictos de interés por: a) cargos desempeñados en el pasado, b) relación personal, profesional o económica con otros miembros del consejo de administración, y c) relación personal, profesional o económica con los accionistas que ostenten el control.

³⁹

⁴⁰ Que recoge las directrices de la EBA de 22 de noviembre de 2012 en materia de gobierno corporativo.

Aunque en un sentido estricto cada administrador debe reunir las características previas por separado, el artículo 24.1 LOSSEC en su párrafo segundo permite que, en el caso de consejos de administración, se compute el conjunto de este a efectos de dar cumplimiento a los requisitos de conocimientos, competencias y experiencia suficiente.

Adicionalmente, y en relación con la reflexión, a la que nos referimos respecto de los deberes de los administradores, sobre la existencia del deber como respuesta a responsabilidad, es necesario señalar que la difusión interpersonal de los requisitos específicos que pudiera suceder en un consejo de administración de una entidad de crédito no puede dar lugar a una ausencia de los mismos, y en esta línea se posiciona el legislador cuando el artículo 24 LOSSEC permite que *la composición general del consejo de administración en su conjunto deberá reunir conocimientos, competencias y experiencia suficientes en el gobierno de entidades de crédito para comprender adecuadamente las actividades de la entidad, incluidos sus principales riesgos y asegurar la capacidad efectiva del consejo de administración para tomar decisiones de forma independiente y autónoma en beneficio de la entidad.*⁴¹

Igualmente, debemos señalar que la normativa establece un régimen de incompatibilidades y limitaciones en relación al mismo máximo de cargos que un miembro del consejo de administración o un director general asimilado puede ocupar simultáneamente.⁴²

Finalmente, debemos señalar que serán tanto el banco como el supervisor - Banco de España en este caso- los que se encarguen de evaluar los conocimientos y experiencia, así como la honorabilidad y idoneidad de los altos cargos y administradores. A este efecto también se establece la obligación por parte del BE de contar un Registro de Altos Cargos.⁴³

⁴¹ Art. 2.3 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.

⁴² Art. 26.1 LOSSEC: *“El Banco de España determinará el número máximo de cargos que un miembro del consejo de administración o un director general o asimilado puede ocupar simultáneamente teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la entidad de crédito y la naturaleza, dimensión y complejidad de sus actividades.*

Salvo en el caso de los administradores designados en una medida de sustitución de administradores de las previstas en el Capítulo V del Título III, los miembros del consejo de administración y los directores generales y asimilados de entidades de crédito mayores, más complejas o de naturaleza más singular en función de los criterios del párrafo anterior no podrán ocupar al mismo tiempo más cargos que los previstos en una de las siguientes combinaciones:

a) *Un cargo ejecutivo junto con dos cargos no ejecutivos.*

b) *Cuatro cargos no ejecutivos.*

Se entenderá por cargos ejecutivos aquellos que desempeñen funciones de dirección cualquiera que sea el vínculo jurídico que les atribuya estas funciones.”

⁴³ Art. 27 LOSSEC: *“1. Sin perjuicio de su previa inscripción en el Registro Mercantil, el ejercicio de las funciones de miembro del consejo de administración o director general o asimilado de una entidad de crédito o de las sucursales de entidades de crédito extranjeras requerirá su previa inscripción en el Registro de altos cargos del Banco de España.*

2. Con carácter previo a la inscripción en el Registro de altos cargos, el Banco de España verificará el cumplimiento por parte de los interesados de los requisitos previstos en esta Ley.

3. Adicionalmente, el Banco de España se encargará de la inscripción y gestión del Registro de consejeros y directores generales o asimilados de las entidades dominantes de entidades de crédito, cuando tales entidades sean sociedades financieras de cartera o sociedades financieras mixtas de cartera, de acuerdo con el artículo 4.1, puntos 20 y 21, respectivamente, del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio.”

3.2.2 *Sistemas, procedimientos y mecanismos de gestión*

En este apartado analizaremos las medidas que las entidades de crédito poseen para evitar que los administradores tengan que responder frente a la entidad o terceros. Creemos necesario realizar una división entre los siguientes aspectos: composición; funcionamiento; control interno; control del riesgo y remuneraciones.

Respecto al primero -composición del consejo de administración-, se ha constatado que no ha existido una suficiente homogeneidad en sus miembros, así como una ausencia de diversidad de criterios respecto de líneas de actuación. En este sentido, y para dotar de una mayor independencia, la figura del consejero independiente debería dotarse de un mayor protagonismo.⁴⁴

En cuanto al segundo concepto -funcionamiento-, debemos aludir a que en los momentos previos a la crisis de 2008 muchas entidades carecían de procedimientos adecuados para *canalizar* a través de informes o comités la operativa y los posibles riesgos de la misma hacia el consejo de administración.⁴⁵ Es a partir de 2010 con la reforma del Código Penal que para incluir dentro de su ámbito de responsabilidad las personas jurídicas, la *canalización* se mejora sustancialmente (y aún sigue perfeccionándose), a través de lo que se conoce como labor de *reporting*.

En relación con el tercero, -control interno-, debemos indicar que, si bien su presencia ya era relevante en los momentos previos a la crisis que referimos, su incidencia en el desempeño de la entidad era menor, -a veces sólo a nivel *teórico*-, no participando de algunos de los comités – que contaban con participación del consejo de administración- que se celebraran en la entidad. Asimismo, y si bien el departamento de control interno debe realizar una labor de control -valga la redundancia- del ámbito de negocio, éste (el negocio) debe facilitar el trabajo de aquellos que deben controlar (labor de *monitoring*), no existiendo en algunos casos la colaboración deseada entre ambas secciones.

Respecto al cuarto, -control del riesgo-, es manifiestamente conocido que constituye un pilar del negocio bancario. Si el interés (precio del dinero) se configura como *rentabilidad*, aquellos encargados del control del riesgo son los encargados de velar por la rentabilidad de la operativa bancaria, derivada del *binomio rentabilidad-riesgo*. Como señala Jaime Herrero, “*resulta innegable la relación directa entre aquellas entidades de crédito que han sufrido la crisis financiera y que han estado sometidas a procesos de reestructuración o de*

⁴⁴ La separación también existe en entidades *intra-grupo*, tal y como recoge la directiva UCITS respecto de las obligaciones de separación entre en la dirección de una entidad de crédito y dirección de la sociedad gestora de IIC, si ésta estuviera bajo el control de la entidad de crédito.

⁴⁵ Labor de Reporting.

ayudas públicas, y el hecho de no tener mecanismo depurados de anticipación o gestión del riesgo inherente a la actividad bancaria. Circunstancia esta última que ha adquirido una mayor transcendencia cuando la focalizamos aún más en el riesgo crediticio y, en particular, en el ligado al mercado inmobiliario”⁴⁶.

Finalmente, en el ámbito de remuneraciones, hay que puntualizar que se trata de una novedad regulatoria como resultado de la crisis de 2008, dado que antes no existía una normativa al respecto; tan sólo algunas iniciativas de la Comisión Europea. La política de remuneraciones supuso en algunos casos un incentivo que de alguna forma influyó en determinadas decisiones estratégicas, siendo estas contrarias en muchos a casos a los principios de buena actuación que deben regir en una entidad de crédito.

Como hemos comentado anteriormente, los principales comités que existen en una entidad de crédito son: a) comité de nombramientos b) comité de retribuciones y c) comité de riesgos.

En la práctica es común que los comités de nombramientos y retribuciones se constituyan conjuntamente, y habitualmente las funciones que desempeñan son las siguientes:

- a) proveer al consejo de administración de candidatos para las vacantes en el mismo,
- b) valorar los conocimientos, experiencia e idoneidad para un nombramiento en concreto,
- c) evaluar al menos una vez al año la estructura, tamaño y composición del consejo de administración, por si fuera necesario realizar cambios,
- d) Evaluar al menos una vez al año la idoneidad del consejo de administración en su conjunto y a cada uno de los consejeros,
- e) evaluar al menos una vez al año la política del consejo de administración en lo relativo a nombramientos de alta dirección,
- f) realizar propuestas al consejo de administración sobre el sistema de remuneración e incentivos del presidente, consejero delegado, consejeros y demás personal relevante,
- g) proporcionar indicaciones de carácter consultivo sobre todo lo anterior,
- h) proporcionar unos criterios para delimitar quién se considera personal relevante,
- i) supervisar la política retributiva, y

⁴⁶ Herrero, J. (2015) “La reciente evolución del gobierno corporativo de las entidades de crédito”. *Dialnet* [en línea] nº28 pág. 57 disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5296610>

j) cualquier otra función que la entidad le encomiende.

Las funciones del comité de riesgos: a grandes rasgos, respecto del consejo de administración consisten en:

a) informarle de todas las cuestiones relevantes de las que tome conocimiento en el curso de sus actividades, así como asesorarle en aquellas materias que lo requieran, y

b) proponerle las modificaciones de políticas, procedimientos y estrategias que considere convenientes.

Para ello, tiene la competencia de:

a) asesorar al consejo de administración sobre la propensión global al riesgo, actual y futura, del banco y su estrategia en este ámbito, y asistirle en la vigilancia de la aplicación de esa estrategia, y

b) evaluar los riesgos de crédito, mercado, interés, liquidez, operacional, legal y reputacional.

Respecto del riesgo de crédito: consiste en evaluar las políticas de admisión y su cumplimiento; también la exposición al riesgo de crédito; y finalmente los efectos de las políticas y la exposición futura al riesgo.

En lo relativo al riesgo de mercado, interés y liquidez: consiste en evaluar las políticas y su cumplimiento; la exposición a cada riesgo; y el impacto de los riesgos en la entidad.

En relación con el riesgo operacional: abarca las pérdidas registradas a causa de fallos operacionales y el conocimiento de los procedimientos para su control.

En cuanto a los riesgos legal y reputacional, derivados del incumplimiento de la legislación y normas de aplicación: se refiere al conocimiento de normas de distinta índole que afectan a la entidad (PBC&FT⁴⁷, protección de datos, normativa de transparencia, conducta de mercado, remuneraciones, gobierno corporativo etc...)⁴⁸

Finalmente, cabe indicar que pueden existir otros comités, como el de PBC&FT, especialmente importante porque tiene repercusión directa en los órganos de dirección (consejo de administración o dirección general si la entidad de crédito presta servicios a través de una sucursal).

⁴⁷ Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo

⁴⁸ Pueden existir otros organismos como "comisión mixta de auditoría y riesgos", o en el caso de las Cajas de Ahorros, "comisión de inversiones" o "comisión de obra social", ambas recogidas en los arts. 28 y 30 de la Ley 26/2013.

3.2.3 Deberes de información

Los deberes de información no se deben entender en todos los casos como un deber activo de la entidad, sino que la información relativa a las EECG en ciertos temas se publicará a través del BE. De este modo, el artículo 80 establece que el BE publicará periódicamente –además de información relativa a la solvencia-, información referente a: a) criterios de evaluación de los mecanismos de cumplimiento normativo; b) estadísticas sobre la función supervisora; c) resultados de los stress test. Todo ello entre otras relativas a Reglamento (UE) 575/2013. Sin perjuicio de lo anterior, las EECG deben remitir información contable al BE de acuerdo con los artículos 84⁴⁹ y 85⁵⁰ LOSSEC.

No obstante, lo más relevante respecto de los deberes de información respecto del BE se encuentra en el artículo 82, que impone el deber de secreto. En su apartado 1, este precepto declara que los datos, documentos e informaciones que obren en poder del Banco de España en virtud del ejercicio de la función supervisora o cuantas otras funciones le encomiendan las leyes se utilizarán por este exclusivamente en el ejercicio de dichas funciones, tendrán carácter reservado y no podrán ser divulgados a ninguna persona o autoridad. La reserva se entenderá levantada desde el momento en que los interesados hagan públicos los hechos a que aquéllas se refieran. Tendrán asimismo carácter reservado los datos, documentos o informaciones relativos a los procedimientos y metodologías empleados por el Banco de España en el ejercicio de las funciones mencionadas, salvo que la reserva sea levantada expresamente por el órgano competente del Banco de España. En su apartado 3 establece las excepciones, que se pueden resumir en: a) consentimiento expreso, b) publicación de estadísticas con datos agregados; c) requerimientos judiciales y; d) interacción entre organismos reguladores de la actividad bancaria.

Otro deber a destacar es el de reserva de información, que obliga a las entidades y demás personas sujetas a la normativa de ordenación y disciplina de las EECG a guardar reserva de las informaciones relativas a los saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones de sus clientes sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros u objeto de divulgación. Igualmente, existen otros deberes que podemos enumerar: a) obligación de información del BE en situación de emergencia; b) información sobre participaciones en EECG.

⁴⁹ 1. Las entidades de crédito y los grupos consolidables de entidades de crédito deberán suministrar al Banco de España y hacer públicos sus estados financieros, sin perjuicio de las obligaciones adicionales de información que les correspondan de conformidad con la normativa aplicable.

⁵⁰ 1. De conformidad con la parte octava del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, los grupos consolidables de entidades de crédito y las entidades de crédito no integradas en uno de estos grupos consolidables harán pública, tan pronto como sea viable, al menos con periodicidad anual y debidamente integrada en un solo documento denominado Información con relevancia prudencial, información concreta sobre aquellos datos de su situación financiera y actividad en los que el mercado y otras partes interesadas puedan tener interés con el fin de evaluar los riesgos a los que se enfrentan dichos grupos y entidades, su estrategia de mercado, su control de riesgos, su organización interna y su situación al objeto de dar cumplimiento a las exigencias mínimas de recursos propios previstas en la normativa de solvencia.

Finalmente, dentro de los deberes de información de las EEC, el principal para las EEC es el de realizar el informe bancario anual (art. 87 LOSSEC), que será publicado por el BE en su página web.

3.2.4 Control Interno en las entidades de crédito

Este apartado está estrechamente ligado al concepto de gobierno corporativo y de gobernanza de una EC. El control interno junto con el control de riesgos fueron dos de las funciones más expuestas a los motivos de la crisis financiera de 2008.

Teniendo en cuenta lo explicado ya sobre gobierno corporativo en el punto 2.5.4. del presente trabajo, me centraré en un ámbito enfocado a la norma.

Como señalábamos anteriormente, el control interno tiene como objetivo el buen funcionamiento del sistema de gobierno corporativo, que a su vez se apoya en tres elementos bien diferenciados: a) estructura organizativa clara y con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes; b) procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que la entidad esté expuesta o pueda estarlo; c) mecanismo adecuado de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables correctos y; d) políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión adecuada y eficaz de riesgos y que la promuevan.

El control interno comprende las funciones de auditoría interna, cumplimiento normativo y control de riesgos. La evolución en el ámbito de cumplimiento de las recomendaciones de buen gobierno en un primer momento se centró en determinar que el cumplimiento de éstas se lograba mediante la transparencia; sin embargo esto ha demostrado ser poco efectivo y lo que en un primer momento, se concibió como recomendaciones se fue plasmando en el ordenamiento jurídico, transformándose en norma imperativa.

Por su parte, la LOSSEC establece en el artículo 37 la responsabilidad en la gestión de riesgos, encargada de velar por la normativa de solvencia, así como aprobar y revisar las estrategias y políticas de asunción de riesgos. El artículo 38 de la misma norma señala que también deberá existir un comité de riesgos en aquellas entidades que por su tamaño, organización interna y por la naturaleza, escala y la complejidad de sus actividades, deban disponer de él a juicio del Banco de España.

3.2.1 Solvencia respecto a las entidades de Crédito

La solvencia es un asunto capital en las EEC, máxime en los recientes años de crisis donde su normativa reguladora ha sufrido fuertes modificaciones, todas ellas dirigidas a una mejor y mayor salud financiera de las EEC. La

responsabilidad de los administradores viene dada en muchos casos por acciones de éstos que ponen en peligro la solvencia de la entidad, o provocan demasiada exposición a activos que en ciertas circunstancias pueden poner en entredicho la sostenibilidad de la EC.

De este modo, ha sido numerosa la normativa surgida al respecto, principalmente creada a nivel europeo e implementada a nivel nacional. En España la LOSSEC recoge en su Título II y Capítulos I, II y III la normativa de solvencia. A nivel europeo debemos referirnos a la CRD4⁵¹ y al Reglamento (UE) n.º 575/2013.

A este respecto, los principales puntos son la creación de: a) un colchón de capital anticíclico específico para cada entidad; b) un colchón para las entidades de importancia sistémica mundial; c) un colchón para otras entidades de importancia sistémica; d) un colchón contra riesgos sistémicos.

La clasificación de las entidades en EISM u OEIS (entidades de importancia sistémica mundial o entidades de importancia sistémica, respectivamente) para dar cumplimiento a la normativa se realiza por métodos establecidos en el Reglamento (UE) n.º 575/2013.

El no cumplimiento de los colchones de capital dará lugar a la elaboración por parte de la entidad de un plan de conservación del capital (art. 49 LOSSEC), que deberá ser presentado al BE. En caso contrario, la EC deberá aumentar sus recursos propios o el BE podría emplear las medidas de supervisión prudencial recogidas en el art. 68 LOSSEC.

3.2.2 La posición de los “stakeholders”

¿Qué es un *stakeholder*? De acuerdo con Edward Freeman⁵², Proponemos dos definiciones de stakeholder: una acepción amplia, que incluye grupos que son amistosos u hostiles, y una acepción restringida, que captura la esencia de la definición del SRI (Stanford Research Institute) pero más específica.

- Acepción amplia. Cualquier grupo o individuo identificable que pueda afectar el logro de los objetivos de una organización o que es afectado por el logro de los objetivos de una organización (grupos de interés público, grupos de protesta, agencias gubernamentales, asociaciones de

⁵¹ Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión

⁵² Corporate Excellence (2011) “Identificar y priorizar stakeholders, clave para una buena gestión de crisis”. *Public Affairs* [en línea] pág. 88-106 disponible en: <http://www.corporateexcellence.org/index.php/Compartimos-conocimiento/Identificar-a-los-stakeholders-clave-para-la-gestion-de-crisis>

comercio, competidores, sindicatos, así como segmentos de clientes, accionistas y otros).

- *Acepción restringida. Cualquier grupo o individuo identificable respecto del cual la organización es dependiente para su supervivencia (empleados, segmentos de clientes, ciertos proveedores, agencias gubernamentales clave, accionistas, ciertas instituciones financieras, y otros)*

En el caso de las entidades de crédito, en nuestra opinión, que la *acepción amplia* es la más acertada, ya que éstas ocupan una posición nuclear en el desarrollo social.

La pregunta radica en si lo incluido bajo el concepto de stakeholder puede ser objeto de responsabilidad social, sin perjuicio de la posible responsabilidad de los administradores. *La gestión de stakeholders es el paradigma que más ha transformado el management. Su derecho a disponer de información ha traído consigo una era de transparencia de empresas que convive con los riesgos a revelación de determinada información.*⁵³

La gestión que la entidad debe hacer de los stakeholders se vuelve vital en tiempos de crisis, pues al tratarse de un ambiente dinámico y de beneficio mutuo, una mala situación puede provocar que el individuo actúe con el único objetivo de *salvar* su situación.

Teniendo presente esta idea es inevitable que vislumbremos en la caída del Banco Popular un ejemplo donde el tratamiento de la información provocó una rápida pérdida de confianza en la institución, deteriorándose su liquidez y siendo un banco que a la postre fue comprado por el Banco Santander a cambio del precio simbólico de un euro.⁵⁴

⁵³ Corporate Excellence (2011) "Identificar y priorizar stakeholders, clave para una buena gestión de crisis". *Public Affairs* [en línea] disponible en: <http://www.corporateexcellence.org/index.php/Compartimos-conocimiento/Identificar-a-los-stakeholders-clave-para-la-gestion-de-crisis>

⁵⁴ A este respecto, Maudos, J. (2017) "Cabos sueltos en el rescate del Popular". *El País* [en línea] disponible en: https://elpais.com/economia/2017/06/16/actualidad/1497629166_256802.html



Gráfico 1. Fuente: <http://informes.bancaresponsable.com/informe-anual-2009/grupos-de-interes/>

Otro caso radicalmente distinto a la influencia externa o que no proviene por un *entorno continuado* de supervisores, accionistas, inversores o grupos de interés, puede ser el hecho de una refinanciación de una sociedad. ¿Una empresa que recibe asistencia financiera de otra -matriz o no- subordina la responsabilidad de su *administración* a la refinanciadora? ¿Y si se trata de ayudas públicas del Estado? ¿y si nos encontramos ante una compra apalancada en la que han existido fuertes reestructuraciones condicionadas por las condiciones de la financiadora por la viabilidad económica? ¿Podría llegar a ser un banco *administrador de hecho* de una sociedad?

Existen numerosas sentencias al respecto, entre ellas: Sentencia del Juzgado Mercantil de Madrid nº5 de 3 de junio de 2014, que versa sobre un deudor en concurso, en el que la Administración Concursal entiende que los acreedores han actuado como *administradores de hecho*. El juzgado considera que los acreedores no han ejercido la “*dirección y desarrollo de la actividad empresarial*, sino que se han dedicado a *supervisar y exigir el cumplimiento del contrato de financiación, en defensa de sus intereses legítimos*”.

Otra sentencia similar -esta vez con una de las partes siendo organismo público-, es la STS de 8 de abril de 2016, donde la SEPI⁵⁵ ejerce como supervisora al *establecer unas pautas de viabilidad y supervisar que las mismas se cumplen*.

Por otro lado, también existen sentencias donde sí se considera la existencia de un *administrador de hecho*. Por ejemplo, las sentencias de 2011, de 7 de abril

⁵⁵ Sociedad Estatal de Participaciones Industriales

y la de 26 de mayo del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Málaga. El juez entendió que se modificaban créditos y relaciones contractuales del deudor con terceros; así como se modificaban garantías, entre otros. En palabras de la Sentencia: “*En el supuesto de autos de la AC y la coadyuvante alegan y acreditan que concurre plenamente en la entidad demandante la condición de administrador de hecho por cuanto la concursada debía entregarle todo tipo de información acerca de la evolución económica y financiera del negocio, todas las cantidades que recibía la concursada se ingresaban en una cuenta pignorada...*”.

Finalmente, y como conclusión a las cuestiones arriba planteadas, algunos autores como Íñigo Vitoria⁵⁶ considera que “*cuando el acreedor controla la actividad del deudor, en ejercicio de las facultades que le atribuye el contrato de financiación, no hay administración de hecho*”.

No obstante, cabe la posibilidad de que exista responsabilidad de los administradores entre distintas sociedades si existe una posición de control, que nuestro ordenamiento jurídico concreta como *grupos de sociedades*, de acuerdo con el art. 42 CCom, existiendo una presunción *iure de iure*.⁵⁷

3.2.3 ¿Pueden los accionistas llegar a responder al mismo nivel que los administradores de un órgano de administración?

Es conocido que el accionista de una sociedad de capital puede perder toda su inversión, siendo este un hecho de plena actualidad puesto que parte de la regulación financiera -especialmente en los casos de resoluciones bancarias-, se encamina hacia ese modelo, conocido como Bail-in, donde además de accionistas, otros instrumentos financieros⁵⁸ pueden contribuir a recapitalizar la entidad de crédito, evitando así el tan indeseable bail-out o refinanciación con fondos públicos.

La limitación de responsabilidad de los accionistas no es baladí y podríamos fundamentarla en tres pilares: a) permite que el accionista diversifique riesgos; si realiza una inversión sin limitación de responsabilidad es probable que se centrara en exceso en *controlar* o intentar asumir el papel del *administrador*, ya

⁵⁶ Vitoria, I. (2017) “El acreedor financiero como administrador de hecho”. *Almacén de derecho* [en línea] disponible en: <http://almacenderecho.org/acreador-financiero-administrador-hecho/>

⁵⁷ Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: **a)** Posea la mayoría de los derechos de voto, **b)** Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, **c)** Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto, **d)** Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

⁵⁸ Se recogen en el art. 2 TRLMV

que el riesgo de perder más de lo invertido le llevaría a un estado de inseguridad financiera que no permitiría diversificar su cartera -no podría *planear* a futuro-, b) permite una financiación mayor y a *mayor velocidad*, ya que la limitación de responsabilidad permite que los demás posibles inversores no tengan que preocuparse por la gestión de la sociedad (como explicamos en el razonamiento inmediatamente anterior), y c) la limitación de responsabilidad permite que la *acción de la sociedad* se convierta en un bien fungible, transferible libremente y por tanto, se fomenta la creación de un mercado eficiente.

Pero la cuestión que se nos presenta ahora dista mucho de un escenario de resolución bancaria. ¿Pueden existir accionistas de control? Así se plantea en los informes OLIVENCIA (1998) y ALDAMA (2003)⁵⁹.

En el informe ALDAMA se apostaba por extender la responsabilidad a los *accionistas de control* los deberes de los administradores. En el informe se declara que:

“A quienes, aún sin ostentar una posición formal de administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar. Tal extensión podrá estar más justificada incluso que la propia regla originaria referida a los administradores, puesto que la mayor opacidad de la actividad de estas personas, que a menudo actúan en la sombra o detrás de los órganos de decisión formales, determina una menor eficacia disciplinar de los instrumentos dispuestos por las fuerzas del mercado”.

Dicho informe se realizó en el marco de la reforma de la LSA⁶⁰, que posteriormente resultaría en la Ley de Sociedades de Capital. En dicha reforma se intentó incluir la responsabilidad de los accionistas de control⁶¹, aunque finalmente no se incluyó nada relativo a esta responsabilidad. Finalmente, la única posibilidad de que la responsabilidad no sea en exclusiva de los administradores es que exista un administrador de hecho, de acuerdo con la definición que vimos en apartados previos de este trabajo.

La única forma de reclamar una responsabilidad a los accionistas es mediante la existencia de una responsabilidad civil extracontractual, mediante la comisión de una acción tipificada como infracción.

⁵⁹ Respecto de un anteproyecto de reforma de la antigua Ley 24/1988 (LMV) y la LSA, ya derogada por la LSC. Informe del año 2003.

⁶⁰ Ley de Sociedades Anónimas

⁶¹ El art. 133 LSA incluía en su apartado 3 esta previsión: *“Igualmente responderán del daño los accionistas del daño que causen los administradores que designen por actos contrarios a la Ley o a lo estatutos o realizados incumpliendo los deberes con los que deben desempeñar el cargo. Esta responsabilidad cesará cuando los accionistas prueben que emplearon diligencia debida para prevenir el daño”.* Posteriormente se realizó otra una modificación en la que se especificaba: *“Igualmente responderán los administradores de la sociedad dominante frente a la sociedad dominada, frente a sus accionistas y frente a sus acreedores, del daño que causen por las instrucciones impartidas a los administradores de la sociedad dominada cuando en virtud de las mismas éstos realicen actos contrarios a la ley o a los estatutos”.*

El seguro

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que la responsabilidad, en principio, es esencialmente de los administradores, debemos preguntarnos qué mecanismos tienen para poder reducir o mitigarla en el ejercicio de su cargo. En España la contratación de estos seguros aún no goza de una gran popularidad de momento, pero en países como EEUU o en otros latinoamericanos como Colombia⁶² sí existe este tipo de aseguramiento. Es más, en EEUU existe la posibilidad de que sea la propia empresa la que *pague* -a través de una indemnización al directivo- la posible multa que éste haya podido sufrir en el ejercicio de su cargo.⁶³

En el Estado de Delaware⁶⁴ en EEUU se establece un doble supuesto de indemnización: a) obligatorio a administradores y directivos y b) voluntario. El primero se constituye sobre los gastos de defensa en los que haya podido incurrir el administrador o directivo en tanto sus pretensiones se estimen en el litigio, mientras que el segundo comprende el restante de los gastos.

En España el seguro como tal tiene un reflejo normativo, aunque la relación del administrador con la sociedad podría llevarnos a una reflexión sobre qué tipo de relación se establece desde la óptica de la actividad cotidiana. Si profundizamos en este razonamiento podemos afirmar que se trata de un *mandato* de los recogidos en el Código Civil, concretamente en el art. 1729⁶⁵, donde el mandante (la sociedad) debe indemnizar al mandatario. Roncero Sánchez señala en concreto que la indemnización se deber focalizar en dos sentidos:

- El reembolso de las costas del litigio, mientras éste no tenga motivación en una actuación del administrador contraria a sus deberes frente a la sociedad, y que el total de la cuantía sea *razonable* y *adecuada*, entendiéndose por ello *necesaria*.
- El pago de la cantidad a la que el administrador hubiere sido condenado.

Si bien Roncero Sánchez cree este último sentido inútil pues “*el deber general de administrar diligentemente una sociedad anónima comprende o exige el cumplimiento de la ley, puede concluirse que los casos en los cuales entrará en juego dicha obligación serán ciertamente escasos*”.⁶⁶

⁶² Póliza de responsabilidad civil.

⁶³ Corporate torts en EEUU

⁶⁴ Indemnity clauses en Delaware

⁶⁵ Art. 1729 CC: Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario.

⁶⁶ Poner dónde está esto

Teoría del levantamiento del velo

Se trata de un mecanismo jurídico refrendado por nuestro TS en su STS de 28 de mayo de 1984. Consiste en adentrarse en una sociedad por distintos medios para tratar de averiguar cuáles son los verdaderos objetivos de la organización, con la finalidad de descubrir posibles fraudes o irregularidades (fraude en la insolvencia, empresa pantalla etc...).

Aunque se trata de un concepto con origen en Norteamérica (denominado “*Disregard of legal entity*”), la citada sentencia del TS señalaba: “*Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos primero, uno, y noveno, tres), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo séptimo, uno, del Código Civil), la tesis y práctica de la tesis y práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo sexto, cuatro, del Código Civil, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar «levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo séptimo, dos, del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (artículo diez de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un «ejercicio antisocial») su derecho (artículo séptimo, dos, del Código Civil), lo cual no significa –ya en el supuesto del recurso– que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y «constitutiva» y personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad «ex contractu» o aquiliana”.*

En este mismo sentido, la STS de 28 de enero de 2005 añade: “*un procedimiento para descubrir, y reprimirlo en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso*”.

Dadas sus características se puede determinar que estamos ante un método eficaz para detectar fraudes, aunque no podemos obviar que podríamos encontrarnos con un conflicto entre el principio de seguridad jurídica y una aplicación *equitativa* de la justicia; por ello parte de la doctrina rechaza esta teoría y otra parte de la doctrina considera que la teoría que nos ocupa se debe aplicar de forma muy restrictiva para evitar confusión en la consideración de la personalidad jurídica de las sociedades.

3.2.4 Régimen sancionador

En este apartado vamos a tratar de forma breve las posibles consecuencias de la existencia de responsabilidad de los administradores de entidades de crédito en el ámbito administrativo.

Se regula en la LOSSEC en el Título IV. El ámbito de aplicación es tanto la entidad de crédito como a los administradores y la competencia de imponer sanciones es del BE. Las infracciones se dividen en muy graves, graves y leves.

El objeto de sanción muy amplio, extendiéndose a práctica la totalidad de la operativa bancaria, de forma que podemos afirmar sin miedo a equivocarnos que el administrador debe dejar de ser una persona con una visión y conocimiento exclusivo de negocio y debe poseer un amplio -puede ser difícil de llevar a la práctica debido a su amplitud- conocimiento de normativa, sus riesgos y operativa de la entidad.

La lista completa de supuestos sobre los que pueden recaer sanciones se establece en los artículos 92, 93 y 94 LOSSEC.

Las sanciones muy graves que se pueden imponer a los administradores pueden ser: a) multa de hasta cinco millones de euros, b) suspensión del ejercicio del cargo por plazo no superior a tres años, c) separación del cargo en la entidad de crédito por tiempo no superior a cinco años. Adicionalmente, se pueden imponer cualquiera de las dos siguientes medidas accesorias: a) requerimiento para que ponga fin a la conducta y b) amonestación pública. (Art. 101 LOSSEC).

Las sanciones graves que se pueden imponer a los administradores pueden ser: a) multa de hasta dos millones quinientos mil euros, b) suspensión del ejercicio del cargo por plazo no superior a un año, c) separación del cargo en la entidad de crédito por tiempo no superior a dos años. Adicionalmente, se pueden imponer cualquiera de las dos siguientes medidas accesorias: a) requerimiento para que ponga fin a la conducta y b) amonestación pública. (Art. 102 LOSSEC).

Las sanciones leves consisten en: a) multa de hasta quinientos mil euros, o b) amonestación privada. Adicionalmente se puede requerir al infractor que cese en su conducta. (Art. 103 LOSSEC).

Todas las sanciones anteriores se pueden combinar dentro de la misma tipología de infracción (muy grave, grave y leve).

Como vemos, se tratan de sanciones especialmente duras para los que ejercen cargos de dirección o administración, y los supuestos son del todo variados, abarcando todas las facetas de la operativa de la entidad de crédito.

3.3 RESPONSABILIDAD ESPECÍFICA DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS DE INVERSIÓN

Como sabemos, las empresas de servicios⁶⁷ de inversión son aquellas entidades cuya actividad principal consiste en la prestación de servicios de inversión con carácter profesional. Dichos servicios se detallan en el artículo 140 del TRLMV los principales y en el artículo 141 los denominados servicios auxiliares.

Las empresas de servicios de inversión que el TRLMV regula, son:

- Las sociedades de valores
- Las agencias de valores
- Las sociedades gestoras de carteras
- Las empresas de asesoramiento financiero

Como información adicional es importante destacar que además de las ESIS, las entidades de crédito también pueden prestar los servicios regulados en los dos artículos anteriormente citados, siempre y cuando su régimen jurídico y sus estatutos les habiliten para ello, contando con la autorización específica a tal efecto.

Al respecto de la autorización necesaria para que una entidad pueda ser considerada como ESI, el artículo 152 del TRLM detallada los requisitos necesarios que dichas sociedades deben poseer. Entre ellos, y por el objeto específico de este trabajo de investigación, debemos destacar los siguientes:

- Contar como mínimo con tres administradores o, en su defecto, con un consejo de administración formado por un número no inferior a tres miembros. Además, reglamentariamente se podrá exigir un número mínimo superior en función de las actividades concretas que la ESI vaya a realizar. No obstante, en el caso de empresas de asesoramiento financiero, el número mínimo a designar por la entidad es un administrador.
- Dichos miembros del órgano de administración deberán tener reconocida honorabilidad, conocimiento y experiencia necesaria para el correcto

⁶⁷ Definición obtenida del documento de la CNMV: "Qué debes saber de las empresas de servicios de inversión. Se puede consultar en: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Guias/guia_empresasinversion.pdf

ejercicio de sus funciones, con el objetivo de poder ejercer un buen gobierno de la ESI en cuestión a la que pertenezca.

- Además, la ESI deberá contar con los procedimientos, medidas y medios suficientes, para cumplir las exigencias organizativas que establece el TRLMV.

Por consiguiente, partimos de la base de que toda ESI necesita como mínimo un administrador para poder obtener autorización. En este sentido, las personas que ostenten este cargo deberán asumir una serie de responsabilidades en el ejercicio de su cargo.

Dichas responsabilidades son inherentes a las funciones indelegables que ejercitan los administradores de las ESIS. Por tanto, estos serán responsables principalmente de:

- La administración y gestión de la misma, aprobando y velando por la consecución de los objetivos estratégicos, de la gestión del riesgo y del gobierno corporativo de la entidad.
- La protección de los sistemas de información contable y financiera, así como de controlar la operativa de la entidad.
- Supervisar los procedimientos de divulgación de información, así como de las comunicaciones que realice la entidad.
- Supervisar de manera efectiva la alta dirección de la entidad.
- Adoptar y revisar de manera periódica la política de remuneración de la entidad.

En los apartados siguientes analizaremos la responsabilidad de dichos administradores, en función de los derechos y, principalmente, obligaciones que les otorga la regulación financiera. A efectos de mayor concreción y claridad, los aspectos que se analizarán son los siguientes:

- I. Normas de conducta aplicables a quienes prestan servicios de inversión
- II. Solvencia de las empresas de servicios de inversión
- III. La función de cumplimiento normativo
- IV. Gobierno corporativo

3.3.1 Normas de conducta aplicables a quienes prestan servicios de inversión

El texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, concretamente en el Capítulo I de su Título VII, establece que las ESIS, a excepción de las entidades de asesoramiento financiero, deberán cumplir y respetar las normas de conducta⁶⁸ referidas en dicho Título, los Códigos de Conducta que apruebe el Gobierno, así como sus propios códigos de conducta.

Adicionalmente a esto, el Título IV del RD 217/2008 establece y desarrolla un régimen de información a clientes, por parte de las ESIS, a excepción otra vez de las empresas de asesoramiento financiero.

Por ello, dado que nuestro objeto de análisis son los administradores de las ESIS, nos centraremos en aquellas normas que regulen la responsabilidad únicamente del órgano de administración de la entidad.

En este sentido, debemos referirnos a lo establecido en el artículo 152.1 h) del TRLMV y al artículo 14.1 g) del RD 217/2008, que establecen que para obtener autorización como empresa de servicios de inversión deberán poseer un Reglamento Interno de Conducta (en adelante, "RIC"), ajustado a lo que establecen ambas normas, así como con mecanismos de control y seguridad en el ámbito informático y procedimientos de control interno adecuados.

Será el órgano de administración el encargo de aprobar y velar por la mantenimiento y cumplimiento de las obligaciones contenidas en el RIC.

Por tanto, a priori, puede observarse como la normativa configura la responsabilidad del órgano de administración de las ESIS conforme al RIC, en dos perspectivas diferentes: como órgano encargado de aprobar, actualizar y hacer cumplir el reglamento y, dentro de las obligaciones concretas contenidas en este, conforme a las normas de conducta directamente aplicable a las i) operaciones personales, ii) a la prevención de conflictos de interés y iii) abuso de mercado.

3.3.1.1 Operaciones personales

La operación personal⁶⁹, esta se configura como cualquier transacción con un instrumento financiero realizado por una persona competente⁷⁰ (perteneciendo los administradores dentro de esta categoría) o por cuenta de

⁶⁸ Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión.

⁶⁹ Para más información consultar el documento de la CNMV titulado: "Guía de comunicación de operaciones a la CNMV", el cual se puede consultar en: https://www.cnmv.es/DocPortal/GUIAS_Perfil/GuiaComunicacionOperaciones2016.pdf

⁷⁰ Definidas en el artículo 2 del RD 217/2008 c).

esta, siempre que esta actúe fuera del ámbito de las actividades que le corresponden para con la entidad a la que pertenece profesionalmente.

Además, para que podamos hablar de operación personal, deben cumplirse al menos uno de los siguientes criterios:

- a) que la persona sujeta actúe fuera del ámbito de las actividades que desarrolla a título profesional;
- b) que la operación se realice por cuenta de cualquiera de las siguientes personas:
 1. la persona sujeta;
 2. cualquier persona con la que tenga una relación de parentesco, o con la que tenga vínculos estrechos; Se considera que existe relación de parentesco o que se tiene vínculos estrechos con:
 - 1º) El cónyuge de la persona sujeta o cualquier persona unida a ella por una relación de análoga afectividad, conforme a la legislación nacional.
 - 2º) Los hijos o hijastros que tenga a su cargo la persona sujeta.
 - 3º) Aquellos otros parientes que convivan con ella como mínimo desde un año antes de la fecha de la operación personal considerada.
 3. una persona respecto de la cual la persona sujeta tenga un interés directo o indirecto significativo en el resultado de la operación, distinto de la obtención de honorarios o comisiones por la ejecución de la misma.

En este sentido, el órgano de administración deberá matizar, cuando fuere necesario, el nivel de exigencia de cumplimientos de los requisitos establecidos para operaciones personales, en función de que se trate del cargo de administrador, sus familiares u otras personas que, eventualmente, y por su resolución con aquellas, pudieran tener acceso a dicha información.

Concretamente, el órgano de administración deberá adoptar las necesarias medidas para garantizar que:

- Las personas sujetas, incluidos los administradores, están al corriente⁷¹ de las restricciones en relación con las operaciones personales;
- La entidad sea informada de manera inmediata cuando se ha producido cualquier operación efectuada por persona sujeta, bien mediante la

⁷¹ Para dar cumplimiento a dicha obligación, es habitual que las ESI organicen sesiones de formación impartidas por profesionales externos, en las cuales se analizarán todos los aspectos relativos a las operaciones personales. Además, el órgano de administración podrá apoyarse en el órgano de cumplimiento normativo para satisfacer dicha obligación

notificación de esta, bien por cualquier medio aceptado por la entidad que deje constancia de ello.

- Se lleve un registro de las operaciones personales notificadas a la empresa o incluso detectadas por esta, incluso aquellas que fueran autorizadas o prohibidas.

En definitiva, el órgano de administración es el ente encargado del cumplimiento de las obligaciones anteriormente expuestas, de lo cual se deriva la responsabilidad de este recogida en el artículo 283.2 del TRLMV, el cual establece que son infracciones muy graves las acciones u omisiones que:

“Presentar las empresas de servicios de inversión, los grupos consolidables de empresas de servicios de inversión y los conglomerados financieros en que estas se integren, deficiencias en los procedimientos administrativos y contables; en los mecanismos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de riesgos; o en su estructura organizativa, cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad o la del grupo consolidable o conglomerado financiero a que pertenezca”.

Además, si la infracción anteriormente referida no posee la relevancia suficiente para poder ser considerada como muy grave, el artículo 296.2 del TRLMV la tipifica como sanción grave, con una penalización inferior.

Dichas infracciones muy graves podrán penalizar⁷² al órgano de administración:

- *“por importe de hasta la mayor de las siguientes cantidades: 2.000.000 de euros, o el doble del importe de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas gracias al incumplimiento, en caso de que puedan determinarse”.*
- *Suspensión en el ejercicio del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en una entidad financiera por plazo no superior a cinco años.*
- *Separación del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en una entidad financiera, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad por un plazo no superior a cinco años.*

⁷² De conformidad con lo establecido en el artículo 302 del TRLMV, donde se regulan las sanciones aplicables a las infracciones muy graves.

3.3.1.2 Conflictos de interés

A estos efectos, se entiende que existe un conflicto de interés⁷³ cuando entre una ESI y uno de sus clientes, o entre dos clientes de esta, en una situación particular, la ESI puede obtener un beneficio, existiendo un posible daño o perjuicio correlativo para un cliente o cuando uno de estos pueda obtener una ganancia o evitar una pérdida, habiendo pérdida concomitante para otro cliente.

Es decir, la ESI a la hora de identificar si una determinada situación puede conllevar un conflicto de interés, debe analizar si se encuentra en una de las siguientes situaciones:

- La ESI o alguno de sus trabajadores puede obtener un beneficio financiero o evitar una pérdida, a costa del cliente;
- La ESI tiene un especial interés en el resultado del servicio realizado o de la operación llevada a cabo por cuenta de uno de sus clientes, distinto del interés particular de estos;
- La ESI tiene incentivos financieros o de cualquier otra clase que no mejoren o ayuden a satisfacer los intereses de sus clientes, sino que favorezcan intereses de la propia entidad o de terceras partes;
- La actividad de la ESI es idéntica a la de su cliente;
- La ESI recibe o va a recibir de un tercero, un incentivo en relación con los servicios prestados a los clientes, en dinero, bienes o servicios, distinto de las comisiones o retribución habitual por el servicio efectuado;

Así, de conformidad a lo establecido en el artículo 193.2 c) de la TRLMV y los artículos 44 y siguientes del RD ESIS, estas deberán disponer de medidas administrativas y de organización adecuadas para evitar que los conflictos de interés perjudiquen a sus clientes.

Además, se establece que las ESIS deberán establecer medidas de control de las operaciones que efectúen, con carácter personal, los miembros de sus órganos de administración, cuando dichas operaciones puedan suponer un conflicto de interés.

El órgano de administración, de conformidad con el artículo 45 del RD ESIS, deberá aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de conflictos de

⁷³ Para más información, acudir a la Guía de procedimientos de las funciones de control interno (cumplimiento normativo, gestión de riesgos y auditoría interna) a que se refiere la circular 1/2014, de 26 de febrero, de la comisión nacional del mercado de valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión, la cual se puede consultar en: https://www.cnmv.es/DocPortal/GUIAS_Perfil/GuiaControlInterno.pdf

interés que sea eficaz y adecuada al tamaño y organización de la entidad, así como a la naturaleza, escala y complejidad de su actividad. El órgano de administración será el encargado de hacer cumplir con las normas y procedimientos contenidos en esta política interna de la entidad, por lo que este puede ser susceptible de tener responsabilidad por el incumplimiento de dichas obligaciones.

En este sentido, el artículo 284 del TRLMV establece que la falta de medidas o políticas de gestión de conflictos de interés o, incluso su inaplicación, no ocasional o aislada, conllevará la comisión de una infracción muy grave, de conformidad con lo establecido en el artículo 302 del TRLMV, que regula las sanciones por infracciones muy graves.

Dichas infracciones podrán penalizar⁷⁴ al órgano de administración:

- *“por importe de hasta la mayor de las siguientes cantidades: 2.000.000 de euros, o el doble del importe de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas gracias al incumplimiento, en caso de que puedan determinarse“.*
- *Suspensión en el ejercicio del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en una entidad financiera por plazo no superior a cinco años.*
- *Separación del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en una entidad financiera, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad por un plazo no superior a cinco años.*

Separación del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en cualquier entidad financiera, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier otra entidad de las previstas en el artículo 233.1.a) y 233.c).2o, 4o y 5o por plazo no superior a diez años”.

3.3.1.3 Abuso de mercado

El abuso de mercado⁷⁵ se define como aquellas conductas ilegales que conllevan la realización de operaciones con información privilegiada, la comunicación ilícita de la misma y la manipulación del mercado. Este se regula en los artículos 225 y siguientes del TRLMV.

Al respecto de la información privilegiada, esta es considerada como toda información de carácter concreto que se refiera directamente o indirectamente a

⁷⁴ De conformidad con lo establecido en el artículo 302 del TRLMV, donde se regulan las sanciones aplicables a las infracciones muy graves.

⁷⁵ Para más información consultar el documento de la CNMV titulado: *Presentación: “El abuso de mercado, conceptos y tipos”*, el cual [puede consultarse en:](http://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2015/01/PedroVillegas.pdf)

uno o varios valores o instrumentos financieros que no se hayan hecho públicos y que, de haberse hecho público, podrían influir en un mercado o sistema organizado de contratación. En este sentido, es importante distinguir los conceptos de información privilegiada de información relevante⁷⁶, únicamente siendo contrario a la ley el primero, dado que la información relevante es aquella cuyo conocimiento puede afectar al inversor en su decisión de adquirir o transmitir un valor o instrumento financiero.

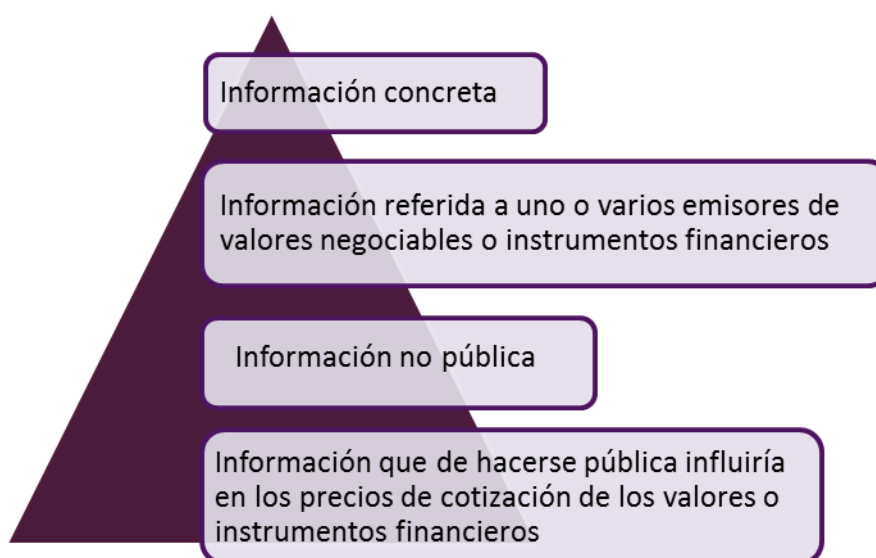


Gráfico 2. Fuente: Elaboración propia.

Así, de conformidad con el artículo 229 del TRLMV, cuyas pautas emanan del Reglamento (UE) nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado, las ESIS de la mano de su órgano de administración, tienen la obligación de establecer las medidas necesarias para impedir el flujo de información privilegiada, con el objetivo de garantizar que las distintas áreas de actividad adopten sus decisiones de manera autónoma, siempre de acuerdo al interés del cliente.

En particular, las ESIS están obligadas a:

- Establecer áreas separadas de actividad⁷⁷;

⁷⁶ ⁷⁶ La CNMV publicó unas instrucciones para la comunicación de información relevante, las cuales pueden encontrarse en el siguiente enlace: https://www.cnmv.es/DocPortal/Legislacion/ModelosNormalizados/EMI/instrucciones_IR.pdf

⁷⁷ Áreas separadas mediante un sistema de "murallas chinas", las cuales, de conformidad con el Prof. Dr. ZUNZUNEGUI se definen como "medidas que tratan de evitar que la información privilegiada circule entre las distintas áreas de negocio de los grupos financieros. Con este tipo de medidas se protege la integridad del mercado frente al peligro de abuso de la información en situaciones de conflicto de interés".

- Establecer adecuadas barreras de información entre cada área separada;
- Definir un sistema de decisión sobre inversiones que garantice que estas se han tomado autónomamente;
- Elaborar y mantener actualizada una lista de valores e instrumentos financieros sobre los que se disponga información privilegiada, así como una relación de personas y fechas que hayan tenido acceso a tal información.

Por tanto, y de conformidad con el artículo 295 del TRLMV, el incumplimiento de la obligación de comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de operaciones sospechosas de constituir abuso de mercado se constituye como una infracción grave, no siendo una obligación única de los miembros del órgano de administración, sino de toda la entidad.

No obstante, dado que las obligaciones referidas a abuso de mercado quedan encuadradas en el Reglamento Interno de Conducta de las ESI, la responsabilidad de los administradores de estas se conforma como cualificadas, desde una doble perspectiva: como garantes de crear, modificar y aplicar el RIC, y como sujetos obligados a comunicar a autoridad competente cualquier actividad susceptible de ser constitutiva de abuso de mercado.

En este sentido, dicha doble perspectiva confronta con el hecho de que el órgano de administración, el cual está conformado por personas con capacidad de asumir obligaciones jurídicas, puede realizar actividades financieras tales como operaciones personales, acciones constitutivas de abuso de mercado o que constituyan un conflicto de interés para con la entidad o sus clientes.

Por ello, el órgano de administración –llegado el caso de que acometiera los ilícitos referidos- no podrá garantizar un cumplimiento íntegro de las exigencias establecidas en la normativa.

No obstante, dado que las obligaciones referidas a abuso de mercado quedan encuadradas en el Reglamento Interno de Conducta de las ESIS, la responsabilidad de los administradores de estas se conforma como cualificadas, desde una doble perspectiva: como garantes de crear, modificar y aplicar el RIC, y como sujetos obligados a comunicar a autoridad competente cualquier actividad susceptible de ser constitutiva de abuso de mercado.

3.3.2 Solvencia de las empresas de servicios de inversión

Las principales obligaciones relativas a solvencias⁷⁸ de las ESIS se encuentran reguladas en el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, en el TRLMV, el RD ESIS y en la Circular 2/2014, de 23 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias en materia de solvencia para las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables.

Concretamente, la parte octava del Reglamento (UE) nº 575/2013 establece que las empresas de servicios de inversión deberán hacer pública, en cuanto les sea posible, y mínimo de manera anual, un documento denominado como “Información sobre solvencia”, en los términos que el citado reglamento establece.

En este sentido, y de conformidad con el artículo 191 del TRLMV, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá exigir a dichas entidades obligadas a publicar el documento “Información sobre solvencia” a divulgar la siguiente información:

- *“La verificación por auditores de cuentas o expertos independientes, o por otros medios satisfactorios a su juicio, de las informaciones que no estén cubiertas por la auditoría de cuentas;*
- *La divulgación de una o varias de dichas informaciones, bien de manera independiente en cualquier momento, bien con frecuencia superior a la anual, y a que establezcan plazos máximos para la divulgación;*
- *El empleo para la divulgación de medios y lugares distintos de los estados financieros”.*

Asimismo, el artículo 194 del TRLMV establece que el órgano de administración, en el ejercicio de su responsabilidad en el ámbito de la gestión de riesgos, deberá:

- Dedicar el necesario tiempo a valorar cuestiones relacionadas con los riesgos. Concretamente, participar en la gestión de los riesgos comprendidos en el Reglamento (UE) nº575/2013 y también los establecidos en el TRLMV, así como en sus disposiciones de desarrollo.

⁷⁸ Para más información consultar el documento titulado: “Manual de cumplimentación de los estados de solvencia individuales y consolidados de las empresas de servicios de inversión y de sus consolidables”, el cual puede consultarse en : <https://www.cnmv.es/cnmv/dia/decretos/ManualCumpliSolvenciaESI.pdf>

- Aprobar y revisar periódicamente las estrategias y políticas de asunción, gestión, supervisión y reducción de los riesgos a los que la ESI esté expuesta.

En este sentido, para cumplir con las obligaciones anteriormente mencionadas, de conformidad con el artículo 88 del RD ESIS, las entidades:

- Establecerán los adecuados canales de información con el objetivo de que el órgano de administración asuma los riesgos más trascendentales y las políticas de gestión de riesgos.
- Garantizarán que el órgano de administración pueda acceder sin mayores trabas a la información sobre la situación de riesgo de la entidad e incluso a la función de gestión de riesgos.

El órgano de administración determinará la naturaleza, cantidad y el formato de la información sobre riesgos que deba recibir el órgano de administración. En caso de que no se cumplan las obligaciones anteriormente mencionadas, el TRLMV establece en su artículo 283 que serán consideradas como infracciones muy graves las siguientes acciones u omisiones:

“1. El carecer las empresas de servicios de inversión, sus grupos consolidables o los conglomerados financieros en que aquellas se integren de la contabilidad y registros legalmente exigidos, llevarlos con vicios o irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad, del grupo consolidable o del conglomerado financiero a que pertenezcan, o la naturaleza de las operaciones en que medien o intervengan.

2. Presentar las empresas de servicios de inversión, los grupos consolidables de empresas de servicios de inversión y los conglomerados financieros en que estas se integren, deficiencias en los procedimientos administrativos y contables; en los mecanismos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de riesgos; o en su estructura organizativa, cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad o la del grupo consolidable o conglomerado financiero a que pertenezca”.

3.3.3 Cumplimiento normativo

Lo primero que debe expresarse es que, aunque el origen del cumplimiento en España se asocie al cumplimiento normativo penal, esta institución jurídica en el ámbito del sector financiero se ha ido desarrollando con la normativa MiFID,

así como con las Directrices de la Autoridad Europea de Valores y Mercado (en adelante, “ESMA⁷⁹”).

En España, esta figura se desarrolló mediante el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y la Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión (en adelante “Circular 1/2014”).

Entre las funciones principales del órgano de administración se encuentra el aseguramiento de que la ESI cumple con las disposiciones establecidas en la normativa anteriormente referida. Además, el órgano de administración será el encargado de diseñar los programas específicos⁸⁰ de cumplimiento normativo, dotando a la entidad de los medios necesarios para la observancia de las obligaciones contenidas en la ley.

También, el órgano de administración será el encargado de nombrar al “*Compliance Officer*” y de vigilar el cumplimiento de las políticas concretas propuestas.

Por tanto, para poder hablar de la responsabilidad del órgano de administración desde el punto de vista administrativo financiero, debemos reseñar lo establecido en el artículo 31 del RD ESIS:

“1. La alta dirección ha de garantizar que la empresa cumple las obligaciones que le impone la Ley 24/1988⁸¹, de 28 de julio y sus disposiciones de desarrollo. En particular, deberá evaluar y revisar con la periodicidad que se estime en función del tamaño de la entidad, la complejidad en la gestión de sus riesgos y la naturaleza de los servicios de inversión prestados y, al menos, anualmente, la eficacia de las políticas, medidas y procedimientos establecidos para cumplir con las obligaciones que impone a la entidad la ley y adoptar medidas para hacer frente a las posibles deficiencias.

2. La alta dirección deberá recibir con cierta periodicidad y, al menos anualmente, informes escritos sobre cumplimiento normativo, gestión de riesgos y auditoría interna. En estos informes deberá señalarse en particular si se han adoptado medidas adecuadas para subsanar las deficiencias aparecidas en su caso”.

Igualmente, la norma segunda de la Circular 1/2014 establece que:

“El órgano de administración de las entidades que presten servicios de inversión, servicios auxiliares y actividades accesorias, será responsable de establecer y mantener una estructura organizativa adecuada y proporcionada conforme al carácter, escala y complejidad de los servicios

⁷⁹ Por sus siglas en inglés: “European Securities Market Authority”.

⁸⁰ Estableciendo el nivel de estrategia, el nivel de eficiencia operacional y de remediación, en caso de incumplimientos.

⁸¹ Entiéndase aquí aplicable el Texto refundido de la ley del mercado de valores, aprobada por el Real Decreto Legislativo 4/2015.

de inversión y auxiliares que presten, con líneas de responsabilidades bien definidas, transparentes y coherentes

La alta dirección, tal y como se define en la letra h) del artículo 2 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, deberá definir y adoptar las medidas necesarias para que se apliquen políticas y procedimientos adecuados que garanticen que la entidad, sus directivos, su personal y sus agentes cumplen las obligaciones que impone la Ley 24/1988, de 28 de julio, y sus disposiciones de desarrollo, en particular con lo establecido en los artículos 28, 29 y 30 del citado real decreto. Las responsabilidades que resulten de dichas obligaciones, así como las políticas y procedimientos de la entidad, deberán estar claramente definidos y recogidos en un documento debidamente aprobado por el órgano de administración.

La alta dirección deberá evaluar y revisar la eficacia de las políticas, medidas y procedimientos establecidos para cumplir con las obligaciones que impone a la entidad la Ley 24/1988, de 28 de julio, y normativa de desarrollo, y adoptar medidas para hacer frente a las posibles recomendaciones realizadas o a las deficiencias detectadas por las unidades a que se refiere el apartado 2 de la norma segunda”.

Además, a la hora de referirnos a la responsabilidad del órgano de administración de las ESIS, debemos mencionar la reforma del Código Penal en su artículo 31 bis.

Así, en el año 2010 con la reforma del Código Penal y la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran ser condenadas penalmente, se comenzó a hablar de los programas de cumplimiento normativo, previendo que su existencia fuera una circunstancia atenuante si, después de la comisión del delito, pero antes de comenzar el juicio oral, las entidades adoptaban medidas eficaces para prevenir y descubrir nuevos delitos.

Más adelante, es decir, tras la reforma⁸² del Código Penal del año 2015 se introdujeron dos grandes cambios⁸³ a este respecto:

- Se preveía que la adopción de un plan de prevención de delitos pudiera ser una causa de exención de responsabilidad penal.
- Se establecieron de manera más detallada los requisitos que deberían cumplir dichos programas de cumplimiento.

⁸² <https://uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf>
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/10/24/empresas/1477324403_106749.html

⁸² Nieto, A. (2013) Introducción, en El Derecho Penal Económico en la Era Compliance. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

⁸² Remacha, M. (2016) Compliance, ética y RSC. Cátedra “La Caixa” de Responsabilidad social de la empresa y gobierno corporativo.

⁸³ Para más información consultar el siguiente enlace:
<https://uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf>

⁸³ Remacha, M. (2016) Compliance, ética y RSC. Cátedra “La Caixa” de Responsabilidad social de la empresa y gobierno corporativo.

En este sentido, la iniciativa del órgano de administración para desarrollar programa de cumplimiento para prevenir la comisión de delitos por parte de la entidad devino clave, dado que es este quien ostenta el poder de dirigir y gestionar la ESI en connivencia con las obligaciones establecidas en la Ley de Sociedades de Capital: actuar con el deber general de diligencia de un ordenado empresario y adoptar las medidas precisas para la correcta dirección y control de la entidad.

Precisamente por esto, los programas de cumplimiento de las ESIS no se ciñen exclusivamente a la prevención de delitos penales sino también a la observancia de las obligaciones contenidas en la normativa administrativa-financiera de aplicación por el singular objeto social de las empresas de servicios de inversión.

Dichas obligaciones suponen que el papel del órgano de administración no sea únicamente ceremonial sino que además de aprobar los distintos proyectos de cumplimiento y los códigos de conducta, deberán nombrar un *Compliance Officer* para la entidad que se erija como garante del cumplimiento normativo de la entidad y, sobre todo, encargarse de supervisar, en las distintas reuniones del órgano de administración, que la ESI cumple con los objetivos de cumplimiento planteados.

Además, existe la posibilidad de que la mencionada labor de cumplimiento normativo pueda ser externalizada a terceras entidades o personas. Concretamente, la ESMA en sus Directrices⁸⁴ al respecto de la verificación del cumplimiento normativo, concretamente en su directriz general nº10, indica que las ESIS deberán asegurar que se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigidos al órgano encargado del cumplimiento normativo, con independencia de que sus labores se externalicen o no.

Del mismo modo, la ESMA en sus directrices complementarias expresa los aspectos más relevantes sobre la externalización de funciones:

- Establece que los requisitos exigibles al órgano de cumplimiento normativo se exigirán con independencia de que sus funciones se externalicen o no, correspondiendo la responsabilidad última del cumplimiento de sus funciones a la alta dirección de la empresa;
- La ESI debe comprobar que el órgano al cual externalice las funciones se realice con carácter permanente, con el objetivo de que este pueda desempeñar sus funciones de manera continua;
- La ESI debe asegurarse que el órgano al cual externalice sus funciones cuente con los necesarios recursos, competencia y posibilidad de acceso

⁸⁴ Directrices acerca de ciertos aspectos de los requisitos del órgano de verificación del cumplimiento de la MiFID, las cuales pueden consultarse en el siguiente enlace: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2012-388_es.pdf

a la información necesaria para realizar correctamente las funciones externalizadas;

- La ESI debe asegurar y vigilar el correcto desarrollo de las funciones del órgano al cual externalice sus funciones. En este sentido, el órgano de administración será el responsable de supervisar y controlar las funciones externalizadas de forma continuada.

Además, la delegación de funciones no puede suponer un traslado de responsabilidad desde el órgano de administración a la entidad a la que externalice sus funciones de cumplimiento normativo. Es decir, la responsabilidad última recaerá sobre el órgano de administración, de conformidad con los artículos 36 y 37 del RD ESIS.

3.3.4 Gobierno corporativo⁸⁵

El presente apartado se subdividirá en dos apartados diferenciados: “hard law” y “soft law”, dado que en términos de gobierno corporativo debe diferenciarse cuando hablamos de la responsabilidad emanada del derecho positivo, como pueden ser las contenidas en el TRLMV, de la responsabilidad derivada de los códigos internos de buen gobierno corporativo.

Hard law⁸⁶

El Real Decreto 358/2015, de 8 de mayo, que modificó el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, tenía como objetivo establecer una regulación en materia de ordenación, supervisión y solvencia de las ESIS, incorporando también el contenido de la Directiva 2013/36UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de créditos y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión.

En cuanto a las obligaciones generales de las ESIS, estas suponen una parte esencial de las normas de conducta aplicables a las mismas⁸⁷, regulada principalmente en el artículo 185 del TRLMV, el cual establece que las ESIS

⁸⁵Para más información consultar el siguiente enlace: https://cuatrecasas.com//media_repository/docs/esp/flipbook/Nota_Monografica_Novedades_Materia_Gobierno_Corporativo/assets/basic-html/index.html#2

<https://hayderecho.com/2016/05/30/hard-law-y-soft-law-gobierno-corporativo-y-capitalismo-clientelar/>

⁸⁶ Este concepto se define como derecho positivo, es decir, leyes, normas, disposiciones vinculantes...

⁸⁷ Para más información consultar el siguiente enlace: <https://hayderecho.com/2016/05/30/hard-law-y-soft-law-gobierno-corporativo-y-capitalismo-clientelar/>

deben contar con sólidos procedimientos de gobierno corporativo, incluida una estructura organizativa, clara, adecuada y proporcionada al carácter, escala y complejidad de sus actividades y con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes.

En este sentido, el órgano de administración de las ESIS deberá definir un sistema de gobierno corporativo con el objetivo de garantizar una gestión eficaz y prudente de la entidad, incluyendo adecuados repartos de funciones organizativas y para la prevención de conflictos de interés.

El sistema de gobierno corporativo se regirá por los siguientes principios:

- a) *“La responsabilidad de la administración y gestión de la entidad, la aprobación y vigilancia de la aplicación de sus objetivos estratégicos, su estrategia de riesgo y su gobierno interno, recaerá en el consejo de administración.*
- b) *El consejo de administración garantizará la integridad de los sistemas de información contable y financiera, incluidos el control financiero y operativo y el cumplimiento de la legislación aplicable.*
- c) *El consejo de administración deberá supervisar el proceso de divulgación de información y las comunicaciones relativas a la empresa de servicios de inversión.*
- d) *El consejo de administración es responsable de garantizar una supervisión efectiva de la alta dirección.*
- e) *El presidente del consejo de administración no podrá ejercer simultáneamente el cargo de consejero delegado, salvo que la entidad lo justifique y la Comisión Nacional del Mercado de Valores lo autorice”.*

Como garante de la aplicación del sistema de gobierno corporativo se encuadra el órgano de administración, respondiendo de su cumplimiento. En este sentido, y como refuerzo de las obligaciones enumeradas en la ley, los administradores están sujetos a requisitos de idoneidad para el ejercicio de su cargo, la cual se concretiza en un análisis de su honorabilidad, experiencia y conocimientos necesarios para el ejercicio de su cargo.

Soft law⁸⁸

Las ESI, como entidades cuyo objeto social es canalizar el ahorro a la inversión productiva, tiene también una responsabilidad social. El mal gobierno de estas entidades constituye una amenaza a la consecución de los objetivos dimanantes de esta responsabilidad.

La reciente crisis financiera ha puesto de manifiesto ciertos excesos que el sector financiero ha venido realizando durante los últimos años, ansiando la rentabilidad financiera por encima de todo y generando situaciones que han provocado riesgos innecesariamente.

En este sentido, las autoridades públicas y financieras decidieron promulgar nuevas normas prudenciales, fortaleciendo recursos propios y aumentando las herramientas de control de riesgos. No obstante, los problemas continuaron y, sobre todo, han continuado.

Dicha regulación prudencial se tuvo que completar con las normas de conducta analizadas en los apartados anteriores, incrementándose notablemente las cargas de cumplimiento normativo⁸⁹. Igualmente, la regulación no consiguió obtener los resultados deseados, no obteniendo el comportamiento esperado por parte de las ESIS y, sobre todo, no alineando sus intereses con los de su clientela.

En definitiva, la raíz del problema estuvo en la cultura financiera predominante en dicho momento que permanece, en parte, en la reciente actualidad: objetivos tendentes a maximizar el beneficio sin importar las consecuencias, carencia de ética empresarial, entre otras.

Tras lo expuesto anteriormente, entendemos que se justifica la existencia de unos principios éticos de buen gobierno corporativo, los cuales deberán entenderse sin perjuicio de las obligaciones y responsabilidad derivada de la norma positiva aplicable.

Como decíamos, el gobierno corporativo se sitúa en una posición entre las normas de conducta positivas y la cultura financiera, es decir, representa un colchón entre el cuerpo legal y la base ética sobre la que se debe desarrollar el negocio de la ESI.

Según todo lo expuesto, el órgano de administración de las ESIS responderá del no cumplimiento de los principios que se expondrán a continuación:

⁸⁸ Entendiéndose este como autorregulación, códigos y reglamentos internos. Al comienzo predominaba el soft law, pero debido a diversos incumplimientos de las entidades, se está sustituyendo el sistema por el hard law.

⁸⁹ Para más información, consultar el siguiente enlace:
<http://iconsejeros.com/sites/default/files/archivos/documentos/principios-buen-gobierno-no-cotizadas.pdf>

- **Liderar la ESI al máximo nivel:**

El órgano de administración deberá liderar y dirigir la conducta de la ESI, con carácter integral, sujeto a lo dispuesto por los accionistas, así como a los *stakeholders*⁹⁰ de la entidad.

Dicho liderazgo debe extenderse a lo que constituye el desarrollo de los objetivos de negocio, así como en la forma de lograrlos de acuerdo a la ética, la responsabilidad y al cumplimiento de la ley. Es decir, debe implantar una cultura de cumplimiento en la entidad.

- **Definir la estrategia de la ESI:**

El órgano de administración deberá formular y constituir los valores que conduzcan a la ESI a la consecuencia de sus objetivos finales, contagiando estos a los órganos y personas encargadas de la gestión de la entidad.

Concretamente, deberá aprobar:

- El estudio y definición de la estrategia de la ESI
- Conocer y aprobar las decisiones estratégicas de la entidad
- Conocer y aplicar el plan de negocio ideado para la entidad

En definitiva, el órgano de administración deberá ejecutar eficazmente y de forma rigurosa toda estrategia ideada previamente por la entidad.

- **Vigilar y controlar la gestión de la empresa:**

El órgano de administración deberá supervisar y evaluar diligentemente los riesgos que directa o indirectamente le sean aplicables para el correcto funcionamiento de la empresa de servicio de inversión.

Concretamente, dicha obligación ética se cumplirá asegurando que la entidad cuenta con los medios y procesos de control y autoría necesarios, tanto interna como externa, y que esta se aplica adecuadamente.

- **Supervisar al ejecutivo:**

El órgano de administración, en su condición de responsable de seleccionar y designar a los principales ejecutivos de la entidad, así como de establecer sus principales competencias, autonomía y poderes de decisión, deberá asegurar que los nombramientos se han realizado de manera diligente y rigurosa, no primando intereses personales.

⁹⁰ Se define como parte interesada o interesados, haciendo referencia a toda persona, organización o entidad que tiene interés en una persona u organización dada. Este vocablo fue definido por el memorando interno del Stanford Research Institute como "grupos sin cuyo apoyo la organización cesaría de existir".

Posteriormente, el órgano de administración será el responsable de la evaluación y del análisis del cumplimiento de los objetivos y metas propuestas por este, definiendo los esquemas concretos y la cuantía de la remuneración a percibir.

En definitiva, puede afirmarse que el órgano de administración de la ESI será responsable del cumplimiento de las obligaciones no normativizadas, descritas anteriormente, de conformidad con las exigencias éticas derivadas de sus *stakeholders*. En caso contrario, el riesgo reputacional de la ESI se verá afectado, cada vez más.

3.3.5 Régimen sancionador de las ESI.

El artículo 271 del TRLMV establece que a las propias ESI, así como a quienes ostenten de hecho o de derecho cargos de administración, se les aplicarán las disposiciones generales en materia de infracciones y sanciones.

Concretamente, se establece que el órgano de administración será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando dichas acciones y omisiones ilícitas sean imputables a su conducta dolosa o negligente. En este sentido, estarán exentos de responsabilidad administrativa aquellos administradores que se encuentren dentro de los siguientes casos:

- Cuando el miembro del órgano de administración no hubiera asistido por causa justificada a las reuniones de dicho órgano, o hubiera votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones que hubiesen ocasionado una o varias infracciones.

Cuando las referidas infracciones sean exclusivamente imputables a otros órganos de la ESI, tales como comisiones ejecutivas, consejeros delegados, directores generales o asimilados.

Las infracciones muy graves se regulan en el artículo 277 y siguientes del TRLMV, y las graves y leves en el artículo 290 y siguientes del mismo texto refundido.

En este sentido, el artículo 302 del TRLMV establece que los administradores, en su condición de persona física, será por importe de hasta la mayor de las siguientes cantidades: 2.000.000 de euros, o el doble del importe de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas gracias al incumplimiento. También, los administradores podrán ser sancionados con la suspensión en el ejercicio de su cargo de administración por plazo no superior a cinco años (en caso de infracciones graves el plazo no podrá superar el plazo de un año), separación del mismo en la ESI en cuestión, con limitación para poder ejercer otros cargos de administración en otras ESI, así como la separación de su cargo, con inhabilitación para ejercerlo en otras ESI, por plazo no superior a 10 años.

En el caso de la comisión de infracciones leves, se podrá imponer al administrador una multa por importe de hasta 30.000 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 305 del TRLMV

Finalmente, en los artículos 306 y siguientes del TRLMV se establecen sanciones complementarias a los administradores, en el caso de que los infractores sean personas jurídicas.

4. CORPORATE DEFENSE

4.1 CONCEPTO

En los últimos años la industria financiera ha estado sometida a una intensa actividad regulatoria que ha establecido un complejo régimen de responsabilidad que ha incrementado el riesgo legal en el que se ven envueltos las entidades financieras en el desarrollo de su actividad. El incumplimiento regulatorio puede ocasionar perjuicios económicos por mecanismos de distinta naturaleza e incrementado por el desprestigio del sector que mella la confianza del mercado en sus proveedores.

Por ellos, se hace necesario una conveniente gestión del riesgo de incumplimiento en las entidades financieras. El Comité de Supervisión de Basilea lo integra como elemento básico de buen gobierno corporativo y resalta su importancia para como garantía para el buen funcionamiento de la organización.

Mediante la publicación de la Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros se impone la necesidad de contar con elementos orgánicos y funcionales de prevención y gestión de los riesgos de cumplimiento, así como los requisitos que deben cumplir, recogida y desarrollada por el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que establece en su artículo 195 como medidas de organización interno aplicables a las entidades de servicios de inversión:

“Disponer de una unidad que garantice el desarrollo de la función de cumplimiento normativo bajo el principio de independencia con respecto a aquellas áreas o unidades que desarrollen las actividades de prestación de servicios de inversión sobre las que gire el ejercicio de aquella función. Deberá asegurarse la existencia de procedimientos y controles para garantizar que el personal cumple las decisiones adoptadas y las funciones encomendadas.

La función de cumplimiento normativo deberá controlar y evaluar regularmente la adecuación y eficacia de los procedimientos establecidos para la detección de riesgos, y las medidas adoptadas para hacer frente a posibles deficiencias, como así como asistir y asesorar a las personas competentes responsables de la realización de los servicios de inversión para el cumplimiento de las funciones.”

Los artículos 27 y siguientes del Real Decreto 217/2018 de las empresas de servicios de inversión, que precisa la citada norma con anterioridad, subrayan la necesidad de la importancia de los principios configuradores de unidad independiente, objetividad y autosuficiencia material que debe gozar el departamento de cumplimiento.

En el capítulo IV relativo a la organización interna de la Circular /2016 del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013; se pide a los sujetos obligados que la unidad en carga de desempeñar las funciones de cumplimiento debe ser *“proporcional a la naturaleza, escala y complejidad de sus actividades, independiente de las funciones operativas, que tenga autoridad, rango y recursos suficientes, así como el oportuno acceso al consejo de administración”*.⁹¹

En la misma norma se determina que los procedimientos deberán estar redactados de manera escrita y deben respetar el principio de adecuación. Las mencionadas disposiciones de la Circular 2016 se limitan a desarrollar el artículo 29 sobre Gobierno Corporativo de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

4.2 REGULACIÓN Y JURISPRUDENCIA

4.2.1 Reforma del artículo 31 Código Penal

De aplicación más amplia, debemos hacer mención a la reforma del Código penal que realizaron las sucesivas reformas instauradas por las Leyes Orgánicas 5/2010 y 5/2015 que modificaron la redacción del artículo 31, introduciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y por tanto, de las entidades financieras.

Previo entrada a la entrada en vigor de ambas leyes, en España solo se

⁹¹ Norma 27. *Función de gestión de riesgos y comité de riesgos. Circular /2016 del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013.*

recogía en el artículo 120 del Código penal la responsabilidad subsidiaria por los hechos delictivos cometidos por sus representantes, gestores o empleados y en el artículo 129 del mismo código una serie de medidas accesorias que el juez o tribunal que estuviese conociendo del caso podía imponer a fin de evitar la continuación o reincidencia de la concreta actividad ilícita:

“c) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años”.

El artículo 129 del Código Penal al tener un carácter meramente accesorio no permitía poder hablar de un auténtico régimen de responsabilidad penal de las entidades financieras ya que se exigía la condena de las personas físicas que trabajasen en la entidad.

Con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se atribuyó a las personas jurídicas la posición de garante económico del resarcimiento económico del agraviado debido por el administrador, de hecho o de derecho de la persona jurídica, con ocasión de su condena por la comisión de delito. Sin embargo, las entidades financieras siguen sin poder ser juzgadas en un procedimiento penal como parte.

Entrando a valorar el polémico régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas que afecta de una manera trascendental a los bancos y empresas de servicios de inversión, al ser organizaciones especialmente sensibles a delitos económicos como blanqueo de capitales o evasión fiscal, nos encontramos que la LO 5/2010 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas de manera indirecta e independiente de las personas físicas que cometan el ilícito penal, que junto con la LO 37/2011 otorgo capacidad penal procesal a entidades financieras.

Las entidades financieras solo responderán penalmente de una lista cerrada de delitos que se realice por *“sus representantes legales o a 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”.*

La LO 1/2015 perfecciona la regulación del artículo 31 del Código penal recogiendo la figura del “compliance officer” como aquél responsable de supervisar, controlar y actualizar los programas de cumplimiento, programas que pueden atenuar o eximir la responsabilidad de las personas jurídicas, siempre y cuando cumpla los requisitos exigidos por el mismo artículo.

Redefine a los administradores de hecho o de derecho como *“aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar en nombre de ella u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”*. La sociedad debe obtener una ventaja o beneficio económico, siendo indiferente que sea de manera directa o indirecta, o impedir un perjuicio con la actuación de ilícita de los administradores.

Podemos definir el concepto de ventaja de manera muy amplia, ya que abarcaría tanto expectativas, reforzamiento de la posición frente al resto de competidores, o para asegurar su continuidad.

En la comisión del delito, Los administradores pueden haber actuado en nombre de la empresa de servicio de inversión, de manera que estaría actuando dentro del ámbito organizativo de la sociedad, o puede actuar motivado por su propio interés. Ambas situaciones harán que la entidad de servicio de inversión pueda ser condenada penalmente.

Continuando con la descripción del ámbito subjetivo del artículo 31 bis del Código Penal, aquellas personas se hayan sometidas a la dirección de los administradores pueden hacer responsable a la entidad financiera siempre que se encuentre dirigido por las decisiones de la alta dirección de la sociedad, con independencia del carácter temporal, permanente o esporádico, del sistema de retribución; siendo lo importante que se encuentre en una situación de subordinación respecto la sociedad.

En este caso, la sociedad solo será condenada si la persona subordina actuó en interés de la sociedad y por su cuenta, ya sea directo o indirecto, y al mismo tiempo, la entidad de crédito ha debido de incumplir el deber de vigilancia.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es independiente de la responsabilidad penal de las personas físicas, por lo que la sociedad puede ser condenada en aquellos casos en los que las personas físicas hayan quedado impunes, ya sea porque no se haya podido dirigir el procedimiento contra estas o definir sus responsabilidades. Bastará que haya una apariencia delictiva para que el banco pueda ser procesado en el juicio que este conociendo del asunto.

Las entidades de crédito así como aquellas que presten servicios financieros responderán penalmente por un sistema de responsabilidad por hecho propio, donde la responsabilidad penal de la entidad es independiente de la responsabilidad penal de la persona física que comete el delito y surgirá el reproche penal al banco cuando un fallo en la organización o en el control de riesgos haya facilitado la comisión del delito en su seno, concibiéndose la realización del delito como un elemento objetivo de responsabilidad que permite la el procesamiento de la sociedad.

Frente al sistema de auto responsabilidad, nos encontramos el sistema de responsabilidad por hecho ajeno, en el que la comisión del ilícito penal por las mencionadas personas físicas con anterioridad provoca de manera directa y automática el reproche penal a la entidad.

Como hemos mencionado antes, La LO 1/2015 recoge como eximente la responsabilidad penal de la empresa la redacción de un programa de cumplimiento normativo.

La realización del programa de prevención y su puesta en práctica recae como obligación sobre el órgano de administración que haya adoptado la persona jurídica. Por otro lado, surge un nuevo órgano en la estructura societaria, que se encarga de velar por la correcta aplicación del programa de cumplimiento, que puede adoptar las formas de comité de cumplimiento o comisión de cumplimiento ético y está dirigido por un Compliance Officer o Oficial de cumplimiento, que deberá tener un estatus autónomo del resto de la organización que controla.

El art. 31 bis, 5 CP establece que:

“los modelos de prevención organización y gestión a que se refieren la condición 1ª del apartado 2 y el apartado anterior, deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. El modelo de prevención contendrá las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo, y requerirá, en todo caso: a) de una verificación periódica del mismo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios; y b) de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

4.2.2 Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado

Con la aprobación de LO 1/2015, la Fiscalía realiza una dura interpretación de la reforma penal que impone una extrema diligencia a bancos y entidades financieras en la elaboración, implementación y control de los modelos de compliance como elementos modificativos de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Los fiscales se hayan sometidos por el principio de jerarquía a los criterios que quedan reflejados en la Circular cuando actúen como parte en aquellos procesos penal en los que se encuentre investigado un banco.

El escrito establece que las entidades financieras responderán por aquellos actos ilícitos cometidos por la Alta dirección o por sus representantes, mediante un sistema de transferencia de hecho ajeno, que hará responsable al banco de manera inmediata.

Esta línea de opinión limita los efectos de los programas de prevención, su presencia no conllevará consecuencias exculpatorias sino que será reconocido, siempre y cuando la entidad sea capaz de demostrar la valía del programa implantado, como "excusa absolutoria. La fiscalía estima que *"es la propia empresa quien tiene los recursos y la posibilidad de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente."*

La relevancia jurídica-penal de los programas de prevención estará condicionada al grado de adecuación entre el documento y la concienciación de los riesgos inherentes a la naturaleza de las actividades desarrolladas por la entidad. De este modo, la Fiscalía impone que *"los modelos organizativos están perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos"*.

La Circular introduce, como innovación normativa, la idea Cultura de la ética empresarial, concepto jurídico indeterminado de muy difícil interpretación que menoscaba el principio de seguridad jurídica ya que se condiciona la validez de un programa de compliance a la existencia de una voluntad de cumplimiento en la organización financiera. En palabras de la Fiscalía General del Estado:

"Los modelos de organización y gestión no solo tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. Por eso, la clave para valorar su verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Este criterio general presidirá la interpretación por los Sres. Fiscales de los modelos de organización y gestión para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuade de conductas criminales."

Leyendo la cita arriba mencionada, vemos que la Fiscalía rechaza aquellos

programas de prevención de delitos que hayan sido redactados con un fin meramente formal, como simple elemento ornamental en la estructura societaria, que no conlleve una transformación en la conducta, criterios y objetivos de las entidades de crédito ni en los valores los valores corporativos de la entidad.

Un programa de compliance que se haya limitado a enumerar los requisitos que exige la normativa sin que haya provocado una concienciación del capital humano de la sociedad será estéril. En las disposiciones de la Circular se observa una gran desconfianza respecto de las personas jurídicas, y como consecuencia, todo programa de compliance que no venga respaldado por una fuerte cultura de cumplimiento será inútil.

Si los miembros de alta dirección de una entidad financiera son condenados por un delito realizado en el ámbito de sus funciones, se tomará este hecho como elemento revelador de una ausencia total una “cultura de ética de los negocios”⁹², por lo que la Fiscalía negará toda eficacia al programa de compliance ya que no habrá conseguido el su principal objetivo, esto es, que la entidad haya interiorizado los valores de una adecuada política de prevención y cumplimiento.

Por ello, los bancos deben tener un especial cuidado en la selección de sus directivos, prestando gran atención a su profesionalidad y honorabilidad, al ser estos los encargados de velar por el cumplimiento del programa de compliance en sus respectivas unidades orgánicas. Las exigencias de una cultura de cumplimiento corporativa impiden que se contrate a aquellas personas que hayan sido condenadas, ya que pondría en duda su idoneidad en el cargo. En esta misma línea, los procedimientos de promoción interna deberán respetar igualmente los principios recogidos en el programa de cumplimiento normativo.

Un elemento que fortalecería la presencia de una cultura ética de cumplimiento es la auto-denuncia de aquellas conductas sospechosas que pudiesen llegar a tener relevancia penal realizadas en la organización de la entidad.

Con la introducción, en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la obligación asumir unos valores éticos, se introduce un nuevo requisito para la eficacia de los programas de compliance que no viene recogido en la redacción del artículo del Código penal. El juez que conozca del asunto deberá entrar en la “esfera interna de la sociedad” para valorar la presencia de una cultura de cumplimiento que conlleve válido el, acción que no se produce en aquellas condenas a las personas físicas, ya que solo son penados por aquellos actos externos o exteriorizados.

La exigencia de una determinada ética a la empresa conlleva un gran peligro para la seguridad jurídica, ya que la ética es subjetiva, y la importancia y valoración de unos valores frente a otros depende de cada sujeto, por lo la defensa deberá prestar una especial atención a la concreto juez y fiscal que este

⁹² “Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”. Matilde Fourey González.

conociendo y presente el juicio respectivamente, fijándose en sus antecedentes , y así, poder prepararse ante que entienden ellos como cultura corporativa y como el banco ha podido responder a su código ético corporativo.

4.2.3 *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*

Como consecuencia de la juventud de la reforma penal del artículo 31 del C.P, pocas son las sentencias firmes que se pronuncian sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e inexistentes en el caso de entidades financieras, no obstante, procederemos a analizar la escasa jurisprudencia para vislumbrar cómo la práctica judicial esta configurando la responsabilidad penal implantada por el artículo 31 y la eficacia de los programas de cumplimiento.

Como primer pronunciamiento del Tribunal Supremo nos encontramos la sentencia 514/2015, de 2 de septiembre, en el cual reafirma la aplicación de los principios generales del derecho penal al régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, *al decir que “ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal”*.

El tribunal Supremo no opta en esta sentencia por esclarecer el sistema de imputación de responsabilidades penales a las sociedades, es decir, entre un régimen de responsabilidad por hecho ajeno o autónomo. Sin embargo, un sistema de responsabilidad por hecho propio⁹³ parece que guarda una mayor coherencia con los principios generales del Derecho Penal, especialmente con la teoría de la culpabilidad.

Ya que, si analizamos la teoría de responsabilidad por hecho ajeno y se hace responsable a las sociedades, de manera automática y sin nexo justificativo, de los actos cometidos por los miembros de su organización podría ser calificado de inconstitucional.

Un mes posterior a la publicación de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, se dictó la Sentencia 154/2016 por el Tribunal Supremo, que entra a valorar las bases teóricas del régimen de responsabilidad del artículo 31 del Código Penal aplicable a las empresas de servicios de inversión. Analizando los fundamentos de derecho, nos encontramos que el alto tribunal:

- Se reafirma en lo mencionado respecto a la sentencia 514/2015, de 2 de septiembre.

- Exige, en una correcta aplicación del Código Penal, la realización de acto con relevancia penal por parte de una persona que se haya en una situación de

⁹³ Recordando la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, , este es el modelo de “responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación”; radicando su principal dificultad en la determinación de “qué personas físicas pueden comprometer al ente colectivo con su actuación.”

dependencia respecto a la sociedad.

- Reconoce la capacidad absolutoria, a efectos penales, de la adopción mecanismos de prevención y control, que se muestren eficaces en el combate contra conductas ilícitas en la empresa de servicios de inversión. Así se expresa incluso el voto particular de la sentencia:” *el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, como el fundamento último de la sanción penal del homicidio se encuentra en el respeto a la vida*”.

En esta sentencia, se recoge que “*la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (...), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica*”.

leyendo las líneas anteriores, nos encontramos que la permisividad de la sociedad respecto a la comisión de conductas ilícitas en el seno de su organización es suficiente señal para que se aprecie una ausencia de cultura de cumplimiento corporativa en la organización, y de este modo, hacer responsable penalmente a la sociedad.

La cultura de cumplimiento normativo se desarrolló “*en la primera década del s. XX se desarrolló el denominado concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica basado en el establecimiento de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. Que interpreta que “el rol que garantiza el Derecho penal (de la persona jurídica) es el del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho y, en consecuencia, la no institucionalización de esa cultura empresarial de fidelidad al Derecho constituye el quebrantamiento del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho; es decir, la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial”*⁹⁴.

La cultura de cumplimiento exige la implementación de medidas eficaces e idóneas de identificación, medición, control, supervisión y reacción de los riesgos para su apreciación como eximente ya que su ausencia integraría “*el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física*”⁹⁵.

⁹⁴ ⁹⁴ Gómez-Jara en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B.J. y Gómez-Jara Diez, C., Tratado, cit., pp. 164 y 165

⁹⁵ Sentencia 154/2016, F.J. 8º: “Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia

Por ello, los modelos de organización y gestión de los riesgos afectarán a la tipicidad objetiva del delito, no realizándose su valoración bajo la teoría de la culpabilidad. Esta valoración de los efectos de los programas de cumplimiento normativo se enfrenta a la opinión de la Fiscalía General del Estado, que defiende en la comentada Circular 1/2016 que la presencia de mecanismos de prevención y control de los riesgos se debería apreciar bajo el área de la culpabilidad.

Los magistrados adoptan una posición contrapuesta a la defendida por la Fiscalía General del Estado, defendiendo que la existencia de mecanismos de prevención y control de los riesgos de incumplimiento eliminan la posibilidad de la realización del supuesto de hecho recogido en el artículo 31 del Código Penal.

Se considera que la *ratio-iuris* del artículo 31 del Código Penal es la adopción de la mayor diligencia posible por parte de las sociedades, por lo que la aplicación por estas de programas de cumplimiento normativo materialmente eficaces no justificaría la realización de un reproche penal alguno a no producirse ningún elemento recogido en el supuesto de hecho.

Sin embargo, en el voto particular de la misma sentencia hayamos una línea doctrinal, que siguiendo la posición marcada por la Circular 1/2016, argumenta que los programas de cumplimiento normativo afectarían a la culpabilidad.

Otro punto importante a valorar de la sentencia es el reconocimiento de responsabilidades separadas e independientes de los representantes legales o trabajadores de la sociedad y de la propia sociedad, viniendo justificada en el reconocimiento de una capacidad de acción autónoma de las personas jurídicas que se expone en la sentencia.

A efectos prácticos, el Tribunal Supremo considera que serán los administradores de las entidades de crédito y ESIs los que vayan a asumir la carga probatoria de la adecuación y eficacia de los mecanismos de control y prevención asumido, al tener que haber *“adoptado y ejecutado con eficacia” modelos de organización y gestión que incluye medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos* (art. 31.2 bis CP).⁹⁶.

4.3 PROGRAMA DE COMPLIANCE Y PREVENCIÓN

Las sucesivas del artículo 31 del Código Penal van dirigidas a presionar a las entidades para que cambien la manera en la que desarrolla sus actividades, y adopten conductas y comportamientos proactivos en la lucha contra los delitos penales mediante la elaboración y el establecimiento de mecanismos que prevengan la realización de conductas ilícitas. De esta forma, podemos definir un programa de cumplimiento normativo como un conjunto de medidas de

de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física”.

⁹⁶Fuensanta Martínez., D. <http://www.complianza.net/actualidad/administradores/>

vigilancia y control interno.

En la reforma penal de la responsabilidad de las personas jurídicas nos encontramos que se define el programa de cumplimiento como “*una serie de programas⁹⁷, planes o sistemas tendentes a evitar que se cometan delitos en el seno de la empresa*”.

Para la elaboración de un programa de cumplimiento normativo debemos tomar como base la concepción de incumplimiento normativo en nuestra organización como un riesgo que debe ser gestionado a fin de mitigar su aparición.

La Guía ISO 73/2009, de Gestión de riesgos, define riesgo “*el efecto en la incertidumbre de los riesgos*”. Los riesgos vienen definidos por una serie de características:

- Tienen su origen en una variación de lo esperado.
- Se parte de la idea de incertidumbre como aquella situación en la que se ignora cualquier elemento que rodea un hecho.
- Las metas para alcanzar pueden hallarse determinados por diferentes elementos de diversa naturaleza que pueden influir en diferentes áreas de la entidad.

El Comité de Basilea definió como riesgo de incumplimiento aquel “*riesgo de sanciones legales, normativas, pérdida financiera material o de reputación que una organización puede sufrir como resultado de incumplir las leyes, regulaciones, normas, estándares de autorregulación y códigos de conducta aplicables a sus actividades*”⁹⁸. Esta definición otorga a la función de cumplimiento una gran trascendencia, al considerarla como instrumento de prevención de la comisión de delitos en las entidades financieras que queda englobada por la gestión integral de los riesgos corporativos.

Por otro lado, encontramos que se define riesgo penal como aquel “*relacionado con el desarrollo de conductas que pudieran ser constitutivas de delito, según el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido en el Código Penal español.*”⁹⁹

Junto con los otros riesgos derivados del desarrollo de una actividad financiera, las empresas de servicios de inversión deben identificar, analizar y disminuir el riesgo de incumplimiento por medio de las adecuadas herramientas, siendo el departamento de cumplimiento el principal eje.

Un riesgo estará identificado cuando conozcamos:

- El origen de los riesgos.
- Las consecuencias que tengan sobre la sociedad.
- Las medidas que puedan adoptarse para minorar los riesgos.

⁹⁷ Saiz Peña, Carlos Alberto. *Compliance, como gestionar los riesgos normativos en la empresa*. Pg. 525 y ss.

⁹⁸ *Compliance and the compliance function in banks*, p. 7, núm. 3.

⁹⁹ Casanovas Ysla, Alain. *COMPLIANCE PENAL NORMALIZADO.2017*. Pag. 105

- Probabilidades de que se hagan efectivos los riesgos en seno de la organización

Los riesgos penales en los que puede incurrir una empresa de servicio de inversión como consecuencia de la reforma del artículo 31 del código penal son, junto con el delito de contrabando conforme al artículo 2.6 de la L.O 12/1995, de 12 de diciembre de represión del contrabando:

- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197 quinquies CP).
- Estafas y fraudes (art. 251 bis CP).
- Insolvencias punibles (art. 261 bis CP).
- Daños informáticos (art. 264 quarter CP).
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288 CP).
- Blanqueo de Capitales (art. 302 CP).
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis CP).
- Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343 CP).
- Falsedad en los medios de pago (arts. 386 y 399 bis CP).
- Cohecho (art. 427 CP).
- Tráfico de influencias (art. 430 CP).
- Financiación del terrorismo (art. 576 CP).

Una correcta valoración de los riesgos mejorará la capacidad de respuesta de las empresas de inversión respecto la gestión de riesgos, reduciendo las posibilidades de materialización de estos en la organización de la entidad en la medida en la que los recursos materiales y humanos que disponga se lo permitan.

Para valorar adecuadamente los riesgos penales en los que puede incurrir una empresa de inversión, se debe analizar los elementos, tanto objetivos como subjetivos, que configuran el supuesto de hecho del delito penal y intentar identificar los eventuales paralelismos en los que puedan incurrir las diferentes divisiones corporativas del banco, así como las probabilidades de que produzcan efectivamente. Todo ello conforme a las exigencias que impone la aplicación del principio de adecuación que debe regir los procedimientos y procesos que se aprueben.

La baja posibilidad de que se produzca haga hecho un riesgo penal no implica que la unidad de cumplimiento ignore dicho riesgo y no quede recogido en el programa de cumplimiento normativo que se elabore. El grado de probabilidad deberá tenerse en cuenta en la cantidad de recursos humanos y técnicos que se

destinen a su prevención.

En la prevención de los riesgos penales se debe tener en cuenta la situación económica de la sociedad financiera, ya que en aquellas situaciones económicas de crecimiento negativo propician la aparición de conductas ilícitas que buscan de forma paralegal beneficios económicos.

La propia conducta previa de la sociedad nos puede señalar que conductas tienen una mayor probabilidad de aparecer en la entidad, así como los defectos y adecuar los medios destinados a prevención, para ello, pieza clave serían las multas administrativas o condenas que hayan percibido a la organización.

Las penas contempladas por la legislación aplicable serán el principal daño ocasionado por la materialización del riesgo penal, pero no el único, ya que la condena de la sociedad repercutirá gravemente en su reputación, concibiendo el riesgo reputacional como aquellos perjuicios ocasionados por un cambio en la visión que tienen los mercados en los que es miembro la sociedad. Su valoración es harta complicada por el fuerte grado de subjetividad, así como por su producción, ya que la mera investigación de la sociedad o de una entidad del mismo mercado financiero puede provocar un grave daño reputacional, sin necesidad de que el banco se halle sancionado o condenado.

Los bancos deberán establecer un conjunto de medidas que identifiquen y eviten la materialización de aquellos factores que favorezcan la aparición de conductas ilícitas en el seno de la organización de la financiera. Demostrando la adecuación de los mecanismos establecidos, se podrá probar el grado de diligencia adoptado por el Banco, para finalmente, ser capaz de determinar el grado de responsabilidad de la sociedad.

Como primer paso, debemos ser conscientes de toda la normativa que es aplicable al desarrollo de actividades financieras, con independencia de que nos hallemos vinculados, voluntaria o legalmente, de si tienen su origen en decisiones de las autoridades públicas competentes o surgidas de los deseos de autorregulación del sector mediante entidades representativas de la industria.

Debemos concebir a la empresa de servicios de inversión como un centro de imputación de obligaciones legales y penales, para así, limitar el contenido del programa de cumplimiento a aplicar en la sociedad.

La identificación de un riesgo puede ocasionar que la propia entidad establezca disposiciones internas aprobadas mediante políticas y procedimientos que disminuyan las probabilidades de materialización de un riesgo. De este modo, surgen los códigos de conducta o políticas de conflicto de interés, que serán elaborados por los responsables de cumplimiento normativo.

Los riesgos a los que se enfrenta un banco dependerán del tamaño que haya adquirido en el desarrollo de su actividad, y especialmente, en los diferentes escenarios legislativos en los que se despliegue. En este caso, será imperativo para la correcta identificación de los riesgos, elaborar una tabla comparativa de las diferentes obligaciones legales que debemos respetar según la jurisdicción en la que prestemos nuestros servicios. En aquellas financieras que tengan un

gran número de trabajadores o un alto índice de rotación en sus puestos, los riesgos penales se incrementan sustancialmente.

Para la identificación de los riesgos en los que se ve envuelta una entidad que preste servicios de inversión, es necesario determinar el grado de diligencia que impone la normativa en el cumplimiento de sus disposiciones. Si hablásemos de grandes grupos financieros, la función de cumplimiento debe decidir si una misma unidad de cumplimiento, y el programa de cumplimiento elaborado por este, se aplicará a todas las filiales o entidades subordinadas a la matriz. Lo más diligente sería que todas las entidades financieras del grupo quedasen integradas en el mismo proyecto de prevención, y dentro de ellas, todas las unidades en la que se divida la estructura de la sociedad.

En esta línea, habría que definir las líneas de responsabilidad en el entramado corporativo del holding empresarial a fin de que las autoridades no aprecien la eventual complejidad de la estructura empresarial como un mecanismo adoptado para disipar las responsabilidades penales en las que puedan incurrir los sujetos del grupo.

Para la imputación de responsabilidades penales a empresas del mismo grupo, se fijarán si constituyen una misma unidad económica, si están sometidas a una misma dirección o si resultan beneficiadas de la comisión de delitos por parte de filiales del mismo grupo.

No menor relevancia tiene la selección de los proveedores que presten servicios o proporcionen productos al banco habitualmente, porque, tras el nuevo régimen instaurado en Código Penal, las empresas de servicios de inversión responderán por las acciones realizadas por las personas sujetas a las facultades de dirección del órgano de administración o de los representantes legales de aquellas, estando condicionado a que se produzca una a traslación automática de los efectos producidos por la relación comercial entablada al banco para que este responda, es decir, que asuma las pérdidas o ganancias de la relación económica existen. Por lo que a través de los conceptos penales de *culpa in eligendo* junto con una *culpa in vigilando* se podría condenar a una entidad financiera por los hechos cometidos por sus proveedores.

Conforme a la idea indicada en el párrafo anterior, sería recomendable que la función de cumplimiento tuviese en consideración aquellas sociedades en las que mantenga posiciones, a través de la tenencia de títulos o acuerdos de ejercicio de derechos político-económicos, que le permitan influir en la toma de decisiones de la sociedad participada.

Una adecuada definición del campo objetivo y subjetivo de la unidad de cumplimiento, y del programa de prevención correspondiente, fortalecerá la eficacia de la función de cumplimiento, la voluntad cumplidora de la entidad y el grado de implementación de una cultura de cumplimiento en la sociedad. Todo ello hará que las medidas, mecanismos y estructuras de prevención establecidos pueda atenuar la responsabilidad penal de la entidad.

Un adecuado conocimiento de las circunstancias presentes en la

organización societaria como de las externas a ella es vital para la correcta elaboración y actualización de un programa de cumplimiento normativo, como señala la Fiscalía General del Estado al exigir que los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos.

A tal fin, todas las unidades orgánicas que compongan el banco deberán intervenir en la elaboración del mapa de riesgos, realizando un análisis de su propia unidad, atendiendo a sus funciones, composición, actividades y relaciones interdepartamentales o con terceros.

4.4 OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

4.4.1 Funciones y requisitos.

Una vez establecido identificado los riesgos de nuestra entidad, se debe mencionar que, con carácter habitual, las unidades de cumplimiento normativo solo se hacen responsables de la gestión de riesgos de incumplimiento que mantengan una relación directa con la actividad principal de entidad financiera. En esta línea, no se hará cargo de la vigilancia de los riesgos laborales o gestión del personal.

El Real Decreto 217/2008, en su artículo 28.1, menciona el “*riesgo de incumplimiento (...) de las obligaciones impuestas por las normas que resulten de aplicación*”. En esta misma línea el artículo 43.1.C del Real Decreto 84/2015 expresa que “... *función de cumplimiento normativo. Esta función deberá tener carácter integral, comprendiendo, entre otras, las obligaciones que al respecto resulten de la prestación de servicios de inversión, así como las establecidas por la normativa de prevención del blanqueo de capitales.*”

La unidad de cumplimiento deberá definir que disposiciones serán de aplicación. A tal fin, es recomendable y práctica habitual la elaboración de documento que recoja aquellos principios que guiará la actuación de la función de cumplimiento normativo. Este documento reflejará el ámbito de actuación de la unidad de cumplimiento normativo, así como la limitación de las responsabilidades que asuma respecto a otros departamentos cercanos, como pueden ser auditoria interna o control de riesgos.

Se suelen enmarcar dentro de las competencias de cumplimiento normativo las siguientes materias:

- Abuso de mercado/Insider trading
- Protección de datos
- Buen gobierno corporativo
- Normativa de conducta
- Código de conducta

- Conflictos de Interés/ Incompatibilidades
- Políticas de regalos
- Business Conduct/ Confidencialidad

Establecido el ámbito de aplicación, se debe elaborar una constante supervisión de los riesgos identificados, de su variación y actualización, para que la entidad financiera reaccione ante las novedades producidas en su entorno. La función de cumplimiento debe establecer un procedimiento capaz de adaptar el mapa de riesgos de la entidad a las variaciones del perfil de riesgos y de los rasgos internos de la propia entidad.

Esta obligación de permanecer constantemente informado y adaptado a los cambios producidos en los elementos que afectan a la actividad, viene recogido en el artículo 28 del Real Decreto 217/2008, estableciendo que *“las entidades que prestan servicios de inversión deberán establecer, aplicar y mantener medidas y procedimientos adecuados para detectar cualquier riesgo de incumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones impuestas por las normas que resulten de aplicación, así como los riesgos asociados, y para minimizar dichos riesgos”*

Debemos aclarar que el riesgo de incumplimiento, junto a aquellos riesgos inherentes a la actividad de la entidad, abarca también la necesidad de contar con las adecuadas estructuras para alcanzar los fines que establezca la normativa.

Un sistema de prevención y gestión de los riesgos será adecuado cuando sea proporcional a las características de la organización y se enfoque sobre aquellos riesgos que realmente supongan una amenaza.

En la práctica, en la elaboración de los programas de cumplimiento normativo, se aplica un pensamiento económico que provoca que los bancos y demás entidades financieras asuman aquellos riesgos penales que les reporten un beneficio económico mayor que el perjuicio económico provocado por una eventual condena penal. En este sentido, una empresa de servicio de inversión quebrantará una norma penal cuando:

$\text{Beneficio económico} \geq \text{Probabilidad de condena} * \text{Perjuicio de la condena}$

La función de cumplimiento se encuentra sujeta a diferentes tipos e intensidad de riesgos, según sus dimensiones, características, objetivos y normativa aplicable. Esta realidad provoca que la unidad de cumplimiento pueda optar por diversos mecanismos de control, como confirma el art. 193.4 del RDTRLMV al decir *“que los sistemas, procedimientos y mecanismos contemplados en este artículo serán exhaustivos y proporcionados a la naturaleza, escala y complejidad de los riesgos inherentes al modelo empresarial y a las actividades de la entidad. Asimismo, se configurarán con arreglo a criterios técnicos que garanticen una adecuada gestión y el tratamiento de los riesgos que reglamentariamente se determinen.”*

La unidad de cumplimiento se sirve de medidas, estrategias, políticas y procedimientos para la gestión de los riesgos normativos inherente a la intensa

actividad regulatoria en la que se hayan involucrados las entidades financieras.

En la correcta adopción, implementación, mantenimiento y mejora de un programa de cumplimiento normativo, han cobrado una gran importancia las políticas, procesos y procedimientos.

A través de las políticas, la función de cumplimiento establece las pautas de conducta que debe seguir la empresa de servicio de inversión y aquellos comportamientos que rechaza. De este modo se materializa la voluntad de cumplimiento de la entidad, y así, instruir a sus trabajadores en una ética corporativa. Las políticas, al fijar estándares de comportamiento, actúan sobre los procesos, que son aquellas acciones establecidas para conseguir determinados objetivos, y requieren de determinados procedimientos o pautas para la realización de los procesos.

La implementación de una unidad de cumplimiento deberá conllevar la ejecución de las medidas necesarias para desarrollar y establecer medidas tendentes a velar por el cumplimiento de la normativa y probar ante los organismos regulatorios el efectivo respeto de los requerimientos regulatorios.

En la práctica, MIFID I diferenció entre la función de cumplimiento del órgano o unidad de cumplimiento. Ya que cuando hablamos de función de cumplimiento se identifica a la alta dirección, que deberá supervisar por el cumplimiento con carácter general al ser responsable de la efectividad de los mecanismos adoptados y adoptar las medidas pertinentes.

Considerando alta dirección como *“ persona o grupo de personas que dirigen y controlan una organización al más alto nivel.”*¹⁰⁰

En este sentido se expresa el artículo 31.1 del Real Decreto 217/2008 al establecer que es la alta dirección la responsable de velar por el cumplimiento corporativo de las disposiciones en materia de mercado de valores. En concreto, evaluará y supervisará, con la periodicidad pertinente, los riesgos inherentes a los servicios prestados por la sociedad, su gestión y la eficacia de los mecanismos de respuestas implantados. Dicha obligación aparece marcada de manera expresa por la LOSS, artículo 37.2.B, al establecer que el consejo de administración tiene la obligación de *“aprobar y revisar periódicamente las estrategias y políticas de asunción, gestión, supervisión y reducción de los riesgos a los que la entidad esté o pueda estar expuesta, incluidos los que presente la coyuntura macroeconómica en que opera en relación con la fase del ciclo económico.”*

En esta línea, y como ya hemos comentado, el Código Penal, artículo 31 bis, impone a los administradores la obligación de adoptar y ejecutar eficazmente, *antes de la “comisión de los delitos, modelos de organización y gestión que incluyen medidas de vigilancia e idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”*. Por lo que los administradores responden de la adopción del programa de

¹⁰⁰ ISO 19600, Apartado 3, Términos y definiciones, definición 3.3, alta dirección.

cumplimiento normativo por parte del banco o de la ESI, al asumir una posición de garante de la implantación de medidas de prevención y control de los riesgos penales. Dicha responsabilidad concuerda con la obligación mercantil de control sobre la empresa y los riesgos que deben cumplir los administradores.

Por otro lado, la unidad de cumplimiento asume la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los programas de prevención de riesgos penales, sin ostentar facultades de decisión, sólo de proposición. Se produce una suerte de delegación¹⁰¹ de las facultades de control penal por parte de los administradores hacia la unidad de cumplimiento, reservándose aquellos la decisión última sobre “*el diseño, implementación, verificación, y actualización de los programas de cumplimiento*”.¹⁰²

De este modo, la unidad de cumplimiento será la encargada de garantizar el desarrollo de la función de cumplimiento normativo, debiéndose ser independiente y objetiva.¹⁰³ La unidad de cumplimiento se encargará:

- Identificación de las normas aplicables a la organización.
- Control y evaluación de la adecuación y eficacia de los procedimientos establecidos para la identificación de los riesgos y medidas adoptadas como respuesta frente a ellos.
- Asesorar a las personas competentes responsables de la realización de los servicios de inversión para el cumplimiento de las funciones.
-

Para la identificación y evaluación de los riesgos de incumplimiento normativo en los diferentes departamentos comerciales y su adecuada gestión, se exige a la unidad de cumplimiento la elaboración de un plan de revisión de los procedimientos implantados en la organización, que sea capaz de prevenir, corregir y minimizar cualquier tipo de riesgo de incumplimiento de las disposiciones contenidas en las normas que disciplinan el ejercicio de servicios de inversión, prestando especial atención a la probabilidad de ser objeto de sanciones, penas o sufrir pérdidas financieras o reputaciones como consecuencia de haber infringido alguna de las leyes, regulaciones, normas, estándares de autorregulación o código de conducta aplicables.

De esta forma, el programa de supervisión y control que se establezca deberá abarcar todas las áreas de la entidad, los servicios, tanto principales como auxiliares, y actividades que preste y contar con suficientes y adecuados recursos y facultades, como, por ejemplo, inspecciones físicas en las áreas operativas, para confirmar el respeto y cumplimiento de las políticas y

¹⁰¹ En este sentido, se expresa el art. 31.1 Bis del Código Penal al contemplar que como causa de exención de responsabilidad “*la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica*”.

¹⁰² MERCEDES. V. “*La responsabilidad penal de los administradores y del ‘compliance officer’ en la última reforma del Código Penal*”. <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-responsabilidad-penal-de-los-administradores-y-del-compliance-officer-en-la-ultima-reforma-del-codigo-penal>

¹⁰³ Art. 193, R.D 4/2015

procedimientos, y de este modo corroborar su efectiva implantación.

La unidad de cumplimiento normativo deberá elaborar un informe periódicamente a la alta dirección, informando de las deficiencias apreciadas y como se han subsanado¹⁰⁴. Por ello, se redacta trimestralmente un escrito informando sobre las tareas realizadas, los resultados obtenidos, incumplimientos y riesgos detectados, las reclamaciones realizadas por los clientes y sugerencias de las medidas necesarias para la corrección de las deficiencias encontradas.

Junto al informe trimestral, el responsable de la unidad de cumplimiento se encargará de emitir un informe anual, que comprenda todas las unidades de negocio, que detalle el resultado de las tareas que ha realizado, subrayando los riesgos e incumplimientos detectados, junto con las medidas a adoptar. El presente documento se dirigirá a la alta dirección, dentro del primer cuatrimestre siguiente al año al que venga referido, para su información y concienciación. Debiendo recoger los siguientes puntos:

“– Identificación de las áreas de riesgo en el ámbito del control de cumplimiento normativo.

– Descripción de la aplicación y eficacia de las políticas y procedimientos de control establecidos con un resumen de las revisiones a distancia o in situ realizadas.

– Detalle de los principales tipos de incidencias e incumplimientos detectados en el seno de la organización y en la aplicación de las políticas y procedimientos establecidos durante el transcurso de las revisiones.

- Detalle de las medidas sugeridas para retornar al cumplimiento y para la resolución de las incidencias detectadas.*
- Cambios sustanciales en la normativa regulatoria y las medidas acordadas de adaptación a los nuevos requisitos.*
- Correspondencia establecida con las autoridades supervisoras.*
- Cualesquiera otros aspectos de importancia que no hayan sido reflejados en informes anteriores.”¹⁰⁵*

Los informes trimestrales y anuales no implican que la unidad de cumplimiento no deba informar con carácter inmediato a la alta dirección cuando se observe un incumplimiento normativo de especial relevancia.

El envío de los informes citados arriba , así como la constante comunicación entre la unidad de cumplimiento y el órgano de administración de la entidad financiera es vital para el correcto desempeño de las funciones de los administradores, ya que no olvidemos, que son estos los principales responsables de la implantación y actualización de los mecanismos de prevención penal, y, debido a ello, en el caso de que el banco o la ESI se vea condenado penalmente y no tuviesen implantado mecanismos de prevención

¹⁰⁴ Art. 31.2 Real Decreto 217/2008

¹⁰⁵ Art. 4. Circular Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión

penal, los administradores podrán responder penalmente de dicho delito mediante la comisión por omisión al no haber intentado evitar el riesgo penal y encontrarse obligados legalmente a la implantación de los programas de prevención de riesgos penales.

El administrador podrá responder de manera individual de los delitos que se hayan producido en la entidad financiera dependiendo de su grado de intervención en la realización del hecho penalmente relevante, ya sea por comisión o omisión, pudiendo responder en aquellos casos en los que se haya instaurado un adecuado y eficaz modelo de prevención penal.

4.4.2 Enmarcación e interacción en la estructura societaria.

Para el correcto funcionamiento de la unidad de cumplimiento normativo, deberá respetar las siguientes condiciones¹⁰⁶:

Deberá estar dotada de la autoridad, los recursos y la experiencia necesarios y deberá tener acceso a toda la información pertinente.

A la unidad de cumplimiento se le exige independencia y objetividad en las múltiples normas que regulan la autorización y el desarrollo de las actividades financieras. Para ello, es necesario que se respete esa autonomía en su ubicación en la jerarquía corporativa, esto se traduce en que exista la debida separación entre la unidad de cumplimiento y el órgano de gobierno de la entidad financiera.

Cercano al requisito de independencia, pero no sinónimo, se exige que la unidad de cumplimiento goce de autonomía. Esta exigencia le otorga la capacidad de actuar bajo su criterio, sin necesidad de ser dirigido constantemente y gozando de plena libertad para realizar sus funciones. Diferente a la autonomía, la independencia requiere que la unidad de cumplimiento pueda adoptar sus decisiones en un escenario de neutralidad, esto es, que se halle separado de aquellas áreas con las que puede producirse un conflicto de interés, especialmente las áreas de negocio o comerciales del banco.

A estos efectos, las personas que desarrollen funciones de cumplimiento normativo no podrán intervenir en aquellas áreas o funciones que controlen con el objetivo de que no se vean condicionadas por la *“influencia indebida que pudieran ejercer personas de otras áreas de actividad de la entidad.”*¹⁰⁷

De lo expuesto, se deduce que la unidad de cumplimiento debe ostentar una posición elevada en la jerarquía orgánica de la empresa de servicio de inversión. Por ello, se suele establecer una relación directa con el órgano de gobierno o indirecta a través de una comisión delegada del consejo de administración que

¹⁰⁶ Art. 28 Real Decreto 217/2008

¹⁰⁷ Artículo 1.2. Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión.

ostente responsabilidades de prevención penal. Las personas encargadas de garantizar el desarrollo de la función de cumplimiento no podrán participar en la prestación de los servicios y actividades que controlan. Por ello, el responsable de la unidad de cumplimiento y las personas a su cargo deberán estar inscritos en líneas jerárquicas separadas de los servicios que controlan.

Intrínsecamente relacionado con la independencia y autonomía, se haya la adecuada disponibilidad de medios y recursos económicos y humanos, así como las necesarias vías de comunicación e información con las áreas, departamentos y comités de la organización.

Los recursos puestos a disposición de la unidad de cumplimiento deberán ser proporcionales a la estructura y necesidades de la entidad. Dichos recursos incluirán mano de obra cualificada, así como sistemas y programas informáticos de control. El sistema que se haya establecido para la remuneración de las personas que realicen funciones de cumplimiento no deberá comprometer, ni real ni potencialmente, su objetividad. En caso de que se haya establecido una remuneración variable para la unidad de cumplimiento, ésta deberá estar determinada por el logro de objetivos independientes de las actividades que supervisen.

El personal que se encuentre integrado en la unidad deberá ser cualificado, teniendo conocimientos sobre la actividad realizada y la regulación a la que se haya sometida, contar con experiencia profesional en el sector.

El responsable de la unidad de cumplimiento debe tener un profundo conocimiento de la organización y funcionamiento de las empresas de inversión, y del ámbito en el que se desenvuelven, y así, poder ser consciente de los riesgos que acechan a la entidad.

El concepto de autoridad es un concepto jurídico indeterminado, pudiéndose entender que es cualidad necesaria para la participación en las reuniones y las relaciones con el resto de las unidades orgánicas en los que se divida la empresa de servicio de inversión, así como para la imposición de sanciones a los empleados por el incumplimiento de las políticas y procedimientos aprobados.

El responsable de la unidad de cumplimiento debe ser capaz de acceder a los procesos internos y a toda aquella información que sea necesaria para el correcto desarrollo de sus funciones. El órgano de cumplimiento podrá tener conocimiento del desarrollo diario de las actividades del Banco para comprobar que sigue la disciplina marcada por la normativa aplicable.

De especial relevancia para el correcto desarrollo de las funciones de la unidad de cumplimiento, es la existencia de canales internos de denuncia o medios de reporte como mecanismos para obtener información sobre eventuales infracciones que se produzcan en la organización o fuera de ella, de tal modo, que exista una comunicación fluida de las áreas con la función de cumplimiento.

Al tener otorgada facultades principalmente de supervisión, la unidad de cumplimiento necesita una cercanía a aquellos órganos, cargos y funciones de la entidad financiera que dispongan de capacidades de actuación de la que

carece y sean necesarias para el cumplimiento de sus objetivos. Por ello, será necesario que se establezcan líneas de colaboración entre la unidad de funcionamientos y aquellas otras áreas que realicen funciones cercanas al cumplimiento normativo, y de este modo, aprovechar las sinergias.

Entre estas áreas, nos encontramos Asesoría jurídica, que podrá colaborar asesorando sobre la nueva normativa, analizar los efectos de eventuales incumplimientos. etc.; Gestión de riesgos, que podrá asistir en la metodología para la evaluación de los riesgos de cumplimiento normativo, en la realización de la matriz de riesgos y controles de la organización así como en la configuración del mapa de riesgos; Control interno, que en el diseño y evaluación de políticas, procedimientos y controles y el establecimiento de la matriz de riesgos y controles de cumplimiento normativo, podrán intervenir; Recursos humanos, que deberá revisar conjuntamente con la unidad de cumplimiento los sistemas de incentivos que se aplican a personas expuestas al riesgo penal, coordinación en la medición del perfil de riesgo de los miembros de la entidad.¹⁰⁸

La unidad de cumplimiento deberá, asimismo, formar y concienciar al conjunto de la organización societaria en la cultura de cumplimiento normativo, siendo piezas claves en un programa de cumplimiento normativo, y en la relevancia penal que pueda adquirir en un proceso penal.

A través de la formación y concienciación se debe buscar mejorar las competencias de los miembros de entidad desde diferentes planos. Mientras que la concienciación no busca mejorar la capacitación de las personas y se homogénea para todas ellas, la formación se dirigirá a aquellos grupos cuya capacitación se presenta como necesaria para la gestión de los riesgos de incumplimiento.

La formación, para que sea efectiva, deberá versar sobre los riesgos penales que puedan afectar a la entidad y el comportamiento que se espera de las personas objeto de la formación ante la presencia de estos riesgos sobre la base de lo recogido en las políticas emitidas por la unidad de cumplimiento. se busca que los miembros de la organización tengan conocimiento de los riesgos penales que les afectan, como evitarlos, detectarlos y los efectos negativos que tienen.

Es aconsejable que se incluya en la formación a los proveedores, aunque se halle limitada por la escasa capacidad de influir sobre los estos. Por lo que, a efectos prácticos, se suele limitar a una mera puesta en conocimiento de los valores de la entidad y políticas a los proveedores.

La concienciación persigue sensibilizar a un colectivo e informar sobre los principales temas de prevención y gestión de los riesgos de cumplimiento, como son los valores de la organización, los objetivos marcados y las diferentes políticas, procedimientos y herramientas establecidas. Las actividades de concienciación pueden ser muy diversas.

¹⁰⁸ Casanovas Ysla, Alain. *Compliance Penal normalizado, el estándar UNE 19601*. Aenor ediciones. 2017. Pag. 146.11

5. CONCLUSIONES

I.

El sistema financiero es fundamental en la economía mundial, es complejo y, como hemos comprobado recientemente, puede generar profundas y peligrosas crisis internacionales, como consecuencia de la globalización.

Asimismo, de un sistema más basado en la autorregulación de las entidades y en la libertad de los mercados con un reducido intervencionismo de las autoridades, como fruto de la reciente crisis, se ha dado un giro hacia una gran regulación del sector, corriéndose el riesgo de la sobrerregulación y quizás un excesivo intervencionismo.

A pesar de que a la producción de la crisis han contribuido muchos colectivos, el regulador parece haberse centrado especialmente en los administradores de entidades financieras, imponiéndoles muchos y variados deberes y responsabilidades.

De este modo, los administradores se convierten en responsables de prácticamente todo lo que acontezca en la compañía, lo cual es complejo en un entorno tan regulado.

II.

Los administradores de las entidades financieras están sujetos a diversos tipos de responsabilidad —mercantil, administrativa o penal— por las actuaciones que llevan a cabo dentro de la sociedad. La creciente preocupación del legislador con el buen funcionamiento y la gestión societaria ha promovido una serie de cambios legislativos en busca de una mayor regulación y endurecimiento de la responsabilidad de los administradores societarios.

El sistema que rige en España conjuga medidas legislativas de obligado cumplimiento como puede ser la LSC y el CP, con otra serie de medidas no obligatorias que surgen de la autorregulación.

En el ámbito mercantil de la responsabilidad de los administradores se ha producido una evolución a lo largo del tiempo con el objetivo de endurecer los supuestos de responsabilidad de los administradores como de delimitar las normas de actuación de los administradores y de adaptar aquellas recomendaciones que tenían la consideración de *soft law* para convertirlas, cada vez más, en auténticas obligaciones normativas.

En un primer lugar, la normativa societaria, a través esencialmente de la LSC, y la jurisprudencia han delimitado cuales son los presupuestos que deben

concurrir en la actuación de un administrador para que pueda dar lugar a un supuesto de responsabilidad. Nos parece adecuado que la responsabilidad de los administradores se “active”, cada vez más, cumpliendo el presupuesto establecido en el artículo 1902 CC una vez se haya producido un daño, que dicho daño se produzca por un incumplimiento de los deberes de los administradores y que exista una relación causal entre el daño y el comportamiento culposo o negligente del administrador.

III.

En lo referido a los deberes de los administradores, la reforma de la LSC a través de la Ley 31/2014 ha sido un acierto del legislador pues entendemos, en parte, conveniente el endurecimiento de los deberes de los administradores allí contemplados. La labor del administrador societario es fundamental para el buen desarrollo de la sociedad y su actividad al mando de ésta debe respetar siempre los principios básicos de diligencia y lealtad en conjunción con otros deberes como el de información y vigilancia.

Destaca el papel que en los últimos años han tenido las medidas en materia de buen gobierno corporativo (impulsadas en gran medida por la Unión Europea y por organismos como la CNMV). Acertada ha sido, sin duda, la reforma de la LSC en materia de gobierno corporativo para sociedades cotizadas. Esta reforma coge el guante de la CNMV y otras iniciativas o recomendaciones (como puede ser el Informe Olivencia) para convertir en derecho dispositivo lo que hasta hace poco tiempo eran meras recomendaciones y principios.

Desde nuestro punto de vista, el legislador ha dado un gran impulso a la manera en que se intenta prevenir la comisión de infracciones dentro de las grandes sociedades cotizadas. Sin embargo, la mayor parte del tejido empresarial español se instrumenta a través de pequeñas y medianas empresas para las cuales el legislador no ha establecido ningún tipo de medida ni regulación. Entendemos que para las PYMES es más complejo adaptar su estructura de funcionamiento en materia de buen gobierno corporativo¹⁰⁹ pero el legislador, en nuestra opinión, debería hacer un doble esfuerzo: (i) regular las medidas en materia de buen gobierno corporativo enfocado en las necesidades y características de las PYMES; y (ii) dotar a estas sociedades de las herramientas necesarias para que puedan llevar a cabo estas medidas.

¹⁰⁹ Pues está dirigido en gran parte a regular el funcionamiento de los consejos de administración y la mayor parte de las pequeñas y medianas empresas españolas son empresas familiares que no disponen ni del tamaño ni de la logística necesaria para contar con un consejo de administración.

IV.

En España la mayoría de las entidades de crédito operan bajo el modelo de matriz-filial, al igual que las grandes corporaciones internacionales y algunas nacionales de otros sectores productivos.

La seguridad jurídica se constituye como unos pilares fundamentales del Estado de Derecho y como tal se debe tender a la previsión del mayor número de supuestos o hechos concretos que suceden con habitualidad en nuestro entorno.

En la actualidad, la *administración de hecho* en un supuesto de control real entre sociedades se debe determinar judicialmente y se debe observar una *intervención directa* en la vida societaria, ejerciendo un control sobre la actividad; no basta la mera supervisión del acreedor.

La tendencia reguladora (soft law y hard law) que hemos experimentado en los años precedentes debe ser homogénea tanto a nivel operativo como a nivel de gobierno corporativo, donde creemos que aún falta un paso más hacia la protección de los administradores y directores. La actividad bancaria es inherente al riesgo y su desarrollo no debe estar comprometido por las posibles consecuencias jurídicas que pudieran descargarse sobre el administrador.

La finalidad de la regulación debe ser dar una respuesta a un hecho concreto y en la medida de lo posible, prevenir conductas lesivas hacia terceros; no creemos que una regulación en exceso coercitiva redunde en un mejor desarrollo de la actividad.

V.

En la misma línea que la idea anterior, si bien por la propia idiosincrasia y características del negocio bancario es necesario que los administradores estén bajo un régimen riguroso y estricto, creemos que la legislación se debe abrir a nuevas fórmulas que articulen el ejercicio del cargo con una cierta protección de quién lo ejerce. Bajo esa premisa, creemos que la responsabilidad de un administrador debe estar en consonancia con su actividad.

Apostamos porque se articulen mecanismos parecidos a las *indemnity clauses* americanas, que dinamizarían los consejos de administración, al constituir una protección directa del administrador a cargo del balance de la empresa. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de la contratación de una póliza como puede ser la D&O (Directors & Officers). Todo ello combinado con un buen plan de *compliance* tendría como efecto un funcionamiento más eficiente de las entidades de crédito y ESIs.

VI.

Se desarrolla normativa penal dura, y se interpreta de forma aún más dura. Se exige de una forma excesiva pues hasta aun administrador diligente es

susceptible de infringir en un incumplimiento.

Así, las leyes orgánicas 5/2010 y 1/2015 han venido a dotar de una relevancia penal a los programas de cumplimiento y prevención normativo, herramientas que ya, en parte, se desprendían la diversa normativa aplicable a las entidades financieras como consecuencia de la fuerte regulación a la que están sometidas.

Los programas de cumplimiento normativo tendrán especial relevancia en el momento en el que un juez o tribunal esté conociendo de una conducta imputable a un banco que pueda ser constitutiva de un delito. Sin embargo, el legislador sólo ha contemplado en el artículo 31 del Código Penal unos requisitos formales que deben ser respetados pero que se pueden quedar cortos a la hora de su aplicación práctica. Esta falta ha provocado que tanto la jurisprudencia como la doctrina hallan intentado suplir tal deficiencia, y hayan insistido en la importancia de su implantación real y el establecimiento de una sólida cultura de cumplimiento.

VII.

El legislador no ha contemplado la forma o el contenido que deben adoptar los programas de cumplimiento para que sean considerados válidos y eficaces, sino que, para ello, deberemos dirigirnos a las normas surgidas de la industria, como son las normas ISO Y UNE.

La falta de concreción o de desarrollo de los elementos que se deben recoger en un programa de compliance, puede provocar el riesgo de que los modelos se limiten a enumerarlos con un mero carácter formal, con el fin de eludir las eventuales responsabilidades penales en las que pueden incurrir, pero sin fomentar la adopción de verdaderas medidas que modifiquen materialmente la operativa de las mercantiles.

Como ejemplo de la diversidad de opiniones vertidas sobre el asunto encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 514/2016, y la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

La Fiscalía adopta una dura posición, exigiendo una especie de responsabilidad automática de las entidades cuando los sujetos que hayan realizados los actos sean miembros de la alta dirección

La entidad deberá demostrar que ha adoptado un modelo de prevención y control de los riesgos, que materialmente ha aplicado las medidas que se contienen, que se han recogido todas las situaciones en las que pueda surgir un riesgo y se han adoptado las adecuadas medidas para su respeto.

VIII.

En esta línea, nos podríamos cuestionar ¿Cómo se puede considerar válido o idóneo un programa de cumplimiento normativo cuando se ha producido

un delito en la sociedad? Esta idea ocasionará en la práctica que la entidad sea prejuzgada siendo considerada responsable penalmente de antemano, asumiendo toda la carga de la prueba las entidades juzgadas.

Otro elemento criticable, a nuestro juicio, sería la introducción de un concepto jurídico indeterminado como es la Cultura de cumplimiento. Requisito exigido por la jurisprudencia que no aparece recogido por el legislador.

La exigencia de una determinada ética a la empresa conlleva una serie de peligros derivados del carácter subjetivo de la ética, que depende de cada individuo, pudiendo cambiar según a quien sea preguntado.

Esperamos que una futura línea jurisprudencial vaya definiendo los niveles de diligencia material que deben contener los modelos de cumplimiento, y la multitud de conceptos teóricos indeterminados que recoge el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aldama y Miñón, E. (2003) *Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas*.

Banco de España (2015) “*La reciente evolución del gobierno corporativo de las entidades de crédito*” [en línea] disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletines/Revistas/RevistaEstabilidadFinanciera/15/MAYO%202015/restfin2015282.pdf>

Casanovas Ysla, Alain. “Compliance penal normalizado. el estándar UNE 19601”. Aranzadi. 2017.

(2016) *Cinco Días* [en línea] disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/10/24/empresas/1477324403_106749.html

Clemente Casas, Ismael y Álvarez Feijoo, Manuel. “*¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿y qué forma le doy? (responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)*”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 28-2011*

CNMV (2006) *Qué debe saber de las empresas de servicios de inversión*. Ed: CNMV

CNMV. Departamento de Supervisión de ESI-ECA (2009) *Manual de cumplimentación de los estados de solvencia individuales y consolidados de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables*. Ed: CNMV

CNMV. Departamento de Supervisión de ESI-ECA (2014) *Guía de procedimientos de las funciones de control interno (cumplimiento normativo, gestión de riesgos y auditoría interna) a que se refiere la Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión*. Ed: CNMV

CNMV (2016) *Guía de comunicación de operaciones de la CNMV*. Ed: CNMV

Corporate Excellence (2011) “Identificar y priorizar stakeholders, clave para una buena gestión de crisis”. *Public Affairs* [en línea] disponible en: <http://www.corporateexcellence.org/index.php/Compartimos-conocimiento/Identificar-a-los-stakeholders-clave-para-la-gestion-de-crisis>

Delgado Pacheco, A. (2016) “Responsabilidad de los administradores”. *Diario Expansión* [en línea] disponible en: http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/responsabilidad-de-administradores

Diario Jurídico (2017) “*La responsabilidad de los miembros del órgano de administración en las sociedades de capital*” [en línea] disponible en: <<http://www.diariojuridico.com/responsabilidad-miembros-organo-administracion-sociedades-capital/>>

Díaz Moreno, A., Vázquez Cueto, J.C. (Dir.) y Brenes Cortés, J. (Coor.) (2018) *Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales*. Ed. Aranzadi. España.

Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina(coord.),” Memento Experto Reforma Penal, 2010”.

Elías de Tejada, J.M. (2016) “La responsabilidad de los administradores por incumplimientos en la sociedad”. *Blog de Deloitte Legal* [en línea] disponible en: <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articulos/La-responsabilidad-de-los-administradores-por-incumplimientos-de-la-sociedad.html>

Esteban Rivero, J. S. “El secretario del consejo de administración y el compliance officer: Filias y fobias en el cumplimiento normativo”. *Revista de Derecho Mercantil*”.

Fourey González, Matilde “Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* .43-2016.

García González, R. (2008) “La Responsabilidad civil y penal de los administradores sociales”. *Noticias Jurídicas* [en línea] disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4357-la-responsabilidad-civil-y-penal-de-los-administradores-sociales/>

Guerra Martín, G. (Coor.) (2011) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. Ed. La Ley. España

Hay Derecho (2016) “*Hard law y soft law: gobierno corporativo y capitalismo clientelar*” [en línea] disponible en: <<https://hayderecho.com/2016/05/30/hard-law-y-soft-law-gobierno-corporativo-y-capitalismo-clientelar/>>

Herrero, J. (2015) “La reciente evolución del gobierno corporativo de las entidades de crédito”. *Dialnet* [en línea] nº28 disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5296610>

Instituto de Consejeros-Administradores (2005), *Principios de buen gobierno corporativo para empresas no cotizadas* Ed: Instituto de Consejeros-Administradores

Legal Today (2015) “La responsabilidad penal de los administradores y del “compliance officer” en la última reforma del Código Penal” [en línea] disponible

en: <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-responsabilidad-penal-de-los-administradores-y-del-compliance-officer-en-la-ultima-reforma-del-codigo-penal>>

Maudos, J. (2017) “Cabos sueltos en el rescate del Popular”. El País [en línea] disponible en: https://elpais.com/economia/2017/06/16/actualidad/1497629166_256802.html

Nieto, A. (2013) Introducción, en *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Olivencia Ruiz, M. (1998) *El gobierno de las sociedades. Comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades*.

Remacha, M. (2016) *Compliance, ética y RSC. Cátedra “La Caixa” de Responsabilidad social de la empresa y gobierno corporativo*.

Saiz Peña, Carlos Alberto. “Compliance, como gestionar los riesgos normativos en la empresa”. Aranzadi. 2015.

Salvador, P. et alii (2003) “Derecho de daños y responsabilidad ilimitada en las sociedades de capital. En torno a Meyer v. Holley et al. (537 U.S. 280 (2003)).” *Indret* [en línea] (145) disponible en: http://www.indret.com/pdf/145_es.pdf

Villoria, I. (2017) “El acreedor financiero como administrador de hecho”. *Almacén de derecho* [en línea] disponible en: <http://almacenederecho.org/acreedor-financiero-administrador-hecho/>

Uría Menéndez (2015) “*Guía práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil*” [en línea] disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679>

Zugaldía Espinar, J.M., “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)*”

Zurita Vicioso, J.M., (2015) “La responsabilidad de los administradores”. *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia* (Volumen 10)