

COMUNICACIÓN SOBRE EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO Y LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2010

(Comunicación)

Sr. D. Rafael Mateu de Ros Cerezo
Abogado del Estado Excedente
Doctor en Derecho
Socio de Ramón y Cajal Abogados

INDICE

<u>I.</u>	<u>CONCEPTO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO</u>	3
<u>II.</u>	<u>CARACTERISTICAS DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO</u>	3
<u>III.</u>	<u>PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO</u>	3
<u>IV.</u>	<u>MALAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO</u>	4
<u>V.</u>	<u>PATOLOGÍAS DEL GOBIERNO CORPORATIVO</u>	4
<u>VI.</u>	<u>CODIGO PENAL 2005 Y L.O. 5/2010, 22 JUNIO</u>	5
<u>VII.</u>	<u>DELITO DE ESTAFA DE INVERSORES: ART. 282 BIS</u>	5
<u>VIII.</u>	<u>TIPOS ART. 284</u>	5
<u>IX.</u>	<u>OTROS DELITOS DE LA PERSONA JURÍDICA</u>	5
<u>X.</u>	<u>DELITOS SOCIETARIOS</u>	6
<u>XI.</u>	<u>DELITOS CORPORATIVOS</u>	6
<u>XII.</u>	<u>CONCLUSIONES</u>	6

I. CONCEPTO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

El Buen Gobierno Corporativo consiste en un conjunto de principios y reglas de conducta para la organización eficaz transparente y justa de las sociedades, cuya finalidad es garantizar el interés social=interés común de los socios en la estabilidad, continuidad y creación de valor [maximizar de forma sostenida el valor económico de la empresa] para prevenir los conflictos de:

- 1. Administración/Propiedad.**
- 2. Propiedad/Gestión.**
- 3. Administración/Dirección.**
- 4. Mayoría/Minoría.**

II. CARACTERISTICAS DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Las características del Buen Gobierno Corporativo son las siguientes:

- 1. Programa de principios vs. Código de normas.**
- 2. Valor axiológico, nomogenético y transnacional.**
- 3. Genio expansivo.**
- 4. Flexible, abierto y adaptable.**
- 5. Singular: sistema de gobierno corporativo de cada entidad.**
- 6. Relación contractual bilateral:**
 - 6.1. Derechos y deberes de las partes
 - 6.2. Eficacia jurídica para los accionistas
 - 6.3. Oferta transparente y permanente de condiciones contractuales
 - 6.4. Prevalencia del interés social
 - 6.5. Autonomía del Derecho privado

III. PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

- 1. Consejo de Administración.**
 - 1.1. Competencias
 - 1.2. Estructura: Tamaño. Pluralidad y equilibrio de Consejeros

- 1.3. *Mayoría de Consejeros externos*
- 1.4. *Proporción Consejeros dominicales/Consejeros independientes*
- 1.5. *Número de Consejeros independientes*
- 1.6. *Presidente*

2. *Secretario.*

3. *Sesiones del consejo: número. Información. Dedicación.*

Asistencia. Delegación. Discrepancia. Nombramiento y cese de Consejeros.

4. *Retribuciones de Consejeros.*

5. *Comisiones del Consejo.*

IV. MALAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO

1. *Concentración de poderes.*

2. *Abuso de poderes.*

3. *Exceso de confianza.*

4. *Falta de formación, experiencia, criterio e independencia de los Consejeros.*

5. *Escasez e inutilidad de las reuniones.*

6. *Falta de información.*

7. *Gestión incorrecta de la agenda de los Consejeros.*

8. *Ocultación de información al mercado.*

9. *Ignorar a los administradores.*

10. *Ignorar a los accionistas.*

V. PATOLOGÍAS DEL GOBIERNO CORPORATIVO

1. *Gobierno corporativo formalista.*

2. *Invasión del derecho imperativo.*

2.1. *Ley 12/2010: los consejeros expertos*

2.2. *Proyecto ley economía sostenible: publicidad retribuciones individuales*

3. *Transformación de los principios en paradigmas.*

3.1. *Separación Presidente / Consejero Delegado*

ESTEREOTIPOS → CLICHÉS

- 3.2. Plazo de mandato de los Consejeros
- 3.3. Número de Consejeros independientes
- 3.4. Calificación del Consejero independiente

VI. CODIGO PENAL 2005 Y L.O. 5/2010, 22 JUNIO

1. Derecho administrativo sancionador y Derecho penal:

- 1.1. La culpabilidad
- 1.2. La doble sanción
- 1.3. Sanciones no rehabilitantes
- 1.4. Responsabilidad penal de la persona jurídica:
arts. 31 bis, 33.7 y 66 bis
- 1.5. Delitos en nombre/por cuenta y en provecho de la sociedad por administradores de hecho o derecho y otros autores en caso de falta de control
- 1.6. Compatibilidad responsabilidad persona
jurídica/persona física Circunstancias
atenuantes: Confesión, colaboración,
reparación y medios 0de prevención
- 1.7. Sistema tasado: Exclusión de los delitos societarios

VII. DELITO DE ESTAFA DE INVERSORES: ART. 282 BIS

- 1. Falseamiento de la información económico-financiera de sociedades emisoras con fines de captación de inversores/clientes, colocación de activos financieros u obtención de financiación.***

VIII. TIPOS ART. 284

- 1. Alteración de precios.***
- 2. Difusión de indicios engañosos, noticias y rumores falsos con finalidad de alteración de precios.***

IX. OTROS DELITOS DE LA PERSONA JURÍDICA

- 1. Blanqueo de capitales.***

2. *Delitos contra la Hacienda Pública y la S.S.*
3. *Delitos contra los derechos de los trabajadores.*
4. *Insolvencias punibles.*
5. *Medioambientales.*

X. DELITOS SOCIETARIOS

1. *Falsedad de cuentas: Art. 290.*
2. *Disposición fraudulenta de bienes/asunción de obligaciones: Art. 295.*
3. *Imposición de acuerdos lesivos por mayoría ficticia [abuso de firma en blanco, atribución indebida del derecho de voto]: Art. 292.*
4. *Negación o impedimento sin causa legal de derechos de socio [información y participación en la gestión/control y suscripción preferente]: Art. 293.*

XI. DELITOS CORPORATIVOS

1. *Delitos con abuso de ley o de funciones.*
2. *Delitos de resultado.*
3. *Ley penal en blanco.*
4. *Definición de los tipos.*
5. *Imputabilidad.*

XII. CONCLUSIONES

1. *El Derecho penal como límite y freno a las malas prácticas de gobierno: Principios de intervención mínima y subsidiariedad del Derecho penal*

Ante el riesgo de que la reforma del Código Penal, con la aparición de la responsabilidad de las personas jurídicas y la creación de nuevos tipos delictivos, en especial el fraude o estafa de inversores, lleve al territorio del Derecho Penal actuaciones y conductas de las sociedades de capital y de los administradores de las mismas que correspondan a la gestión ordinaria de los negocios y a las reglas habituales del management, es importante reiterar que el Derecho Penal es un derecho de mínimos, aplicable sólo, en lo que se refiere a sus fronteras con el Derecho privado civil y

mercantil, en casos extremos y nunca para la sanción ordinaria de las irregularidades derivadas de acuerdos o decisiones negligentes de los administradores de la Sociedad.

2. Conflicto Derecho administrativo sancionador y Derecho penal

Una de las debilidades estructurales más acusadas del ordenamiento jurídico español es la coexistencia de dos derechos sancionadores, el penal y el administrativo, que con frecuencia confluyen en relación con tipologías idénticas de sujetos. Un ejemplo muy relevante es el que ofrece el Derecho Administrativo sancionador en el ámbito del Mercado de Valores y, por supuesto, el Derecho Tributario en relación con el ámbito del delito fiscal. Esta debilidad no se corrige con los mecanismos habituales de liquidación a cuenta de la sanción administrativa respecto de la pena, ya que la tramitación paralela de procedimientos unida a la ejecutividad de las sanciones administrativas (aunque sólo fuera en términos de publicidad y notoriedad) provocan con frecuencia que el posterior sobreseimiento o exculpación en la vía penal no repare los daños y perjuicios que la aplicación del Derecho Público sancionador ya ha producido al administrado. La solución de futuro debería radicar o en la despenalización de determinadas conductas o actuaciones (que no parece que sea la línea de la política del legislador) o, más bien, en el retraimiento de las normas punitivas administrativas. Si el catálogo de infracciones y sanciones previsto en el Derecho Administrativo económico español se aplicara efectivamente en la realidad mercantil, se paralizaría sectores enteros de nuestra economía, justo en el peor momento.

3. Ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica

La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas puede marcar el rumbo a seguir en ese horizonte de penalización y simultánea exclusión de responsabilidad administrativa de las conductas fraudulentas o irregulares de las empresas y sus administradores. En este sentido, es fundamental que el concepto de dolo se aplique sin matices en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, evitando el riesgo de que el concepto objetivo de falta de control implique la criminalización casi automática de los administradores pues obviamente son los órganos de gobierno y administración de las sociedades mercantiles quienes definen y supervisan las reglas internas de control de cada entidad. Nunca bastará por tanto con la prueba de la relación de causalidad entre el daño penal y el acuerdo o decisión del Consejo de Administración o del

administrador delegado; ni tampoco con la concurrencia de una laguna o falta de normas internas de control. Será necesario en todo caso para que la responsabilidad criminal aparezca que se pruebe el dolo en la actuación de los administradores. En este sentido, es importante también que las medidas y protocolos internos de prevención y protección penal puedan funcionar como causas excluyentes y no solo como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando la empresa pueda probar la integridad y eficacia de dichas medidas.

4. Derecho penal interpretado conforme a los principios del buen gobierno corporativo

En gran medida, los tipos del Código Penal en materia de delitos corporativos están vinculados a conceptos de Derecho Mercantil de Sociedades sobre los que el Derecho Penal no se pronuncia. Por ejemplo, el concepto de participación de los accionistas en la gestión o el de delegación de voto para la Junta General responden a instituciones reguladas en la Ley de Sociedades de Capital pero también, en alto grado, en las normas internas de Gobierno Corporativo sectoriales o individuales de cada sociedad y en las recomendaciones internacionales y nacionales sobre Buen Gobierno de las Sociedades Mercantiles cotizadas y, crecientemente, de otras sociedades y personas jurídicas en general. Por tanto, la interpretación y aplicación de esos preceptos del Código Penal no puede hacerse sin tener muy en cuenta la regulación y la autoregulación en materia de Buen Gobierno Corporativo y, por supuesto, las características singulares de cada entidad. De nuevo, el Derecho Privado Mercantil aparece no sólo como una guía imprescindible en la aplicación de las normas penales sino también y sobre todo como un valladar infranqueable ante cualquier intento de extensión exagerada de la punibilidad de las conductas empresariales.