

La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva Multidisciplinar. 1ª ed., febrero 2019

Páginas iniciales

LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL DESDE UNA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR

Primera Edición

(Directores)

FRANCISCO JAVIER CAMACHO DE LOS RÍOS

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Granada

JOSÉ CARLOS ESPIGARES HUETE

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Miguel Hernández de Elche

GUILLERMO VELASCO FABRA

Profesor Titular de Derecho Mercantil. CUNEF

(Coordinador)

M.ª CARMEN ORTIZ DEL VALLE

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil. Universidad Miguel Hernández de Elche



THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2019

Este trabajo se ha realizado en el ámbito de los siguientes Proyectos:

-Proyecto de Investigación del MINECO Análisis, desarrollo y perspectivas de las instituciones societarias y concursales idóneas para el tratamiento y solución de las crisis empresariales, Responsable: Prof.ª Dra. Doña Josefa Brenes Cortés / Prof. Dr. D. Alberto

Díaz Moreno, Tipo de Proyecto/Ayuda: Plan Estatal 2013-2016 Excelencia - Proyectos I+D.
Referencia: DER2017-84775-C2-1-P. Universidad de Sevilla - Universidadde Huelva.

-Proyecto de Investigación del MINECO La simplifi cación del Derecho de Sociedades III. La retribución deadministradores en el marco de mejora del gobierno corporativo, referencia DER2015-67918-P y dirigido por el Prof. Dr. D. Santiago Hierro Anibarro. Plan Estatal de Investigación Científi ca y Técnica de Excelencia.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Guillermo Velasco Fabra, Javier Camacho Ríos, José Carlos Espigares Huete y M^a del Carmen Ortiz del Valle]© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190, Cizur Menor

Teléfono: 902404047

Fax: 902400010

atencionclientes@thomsonreuters.com

www.thomsonreuters.es

Depósito Legal: DL NA 354-2019

ISBN 978-84-1309-296-6

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Guillermo Velasco Fabra, Javier Camacho Ríos, José Carlos Espigares

Huete y M^a del Carmen Ortiz del Valle]© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva Multidisciplinar. 1ª ed., febrero 2019

Contenido

Contenido

Presentación

Relación de autores

Primera Parte. Cuestiones mercantiles

Sobre la estructura, composición y funcionamiento del órgano de administración

Capítulo 1. Análisis de la problemática de los consejeros microdominicales (DAVID GARCÍA-OCHOA MAYOR y IGNACIO ZAPATA BENITO)

Capítulo 2. El presidente del consejo de administración (JAVIER MEGÍAS LÓPEZ)

Capítulo 3. El administrador societario en las fusiones (ANTONIO SERRANO ACITORES)

Capítulo 4. El acta notarial de la junta y los administradores sociales (JOSÉ CARLOS ESPIGARES HUETE)

Capítulo 5. Las relaciones jurídicas entre el administrador societario y el auditor de cuentas (GUILLERMO VELASCO FABRA)

Capítulo 6. Función y estructura del sistema de impugnación de los acuerdos de los órganos colegiados de administración de las sociedades de capital (VÍCTOR MARTÍNEZ MULERO)

Capítulo 7. El consejero de una entidad de crédito: particularidades en su proceso de designación (PABLO GARCÍA MONTAÑÉS)

Sobre la remuneración de los administradores

Capítulo 8. La retribución de los consejeros ejecutivos de las sociedades de capital: constancia estatutaria de la retribución y autonomía del contrato (M.ª DEL CARMEN ORTIZ DEL VALLE)

Capítulo 9. Remuneración del administrador social (SEGISMUNDO ÁLVAREZ-ROYO VILLANOVA)

Sobre los deberes de los administradores

Capítulo 10. Título deber de lealtad, interés social y remuneración de administradores (AMANDA COHEN BENCHETRIT)

Capítulo 11. Protección de las decisiones estratégicas y de negocio. Análisis del

artículo 226 LSC (ERIK SERRANO MORALES y JULIO BERMÚDEZ MADRIGAL)

Capítulo 12. Administradores sociales y conflicto de intereses (MANUEL GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS)

Capítulo 13. Programas y protocolos de cumplimiento desde la perspectiva de la nueva configuración del deber de diligencia del administrador social (LUIS CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO)

Capítulo 14. Privación del enriquecimiento del administrador desleal (JESÚS ALEMANY EGUIDAZU)

Sobre la responsabilidad de los administradores

Capítulo 15. Acción social y acción individual: presupuestos para su ejercicio (MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE)

Capítulo 16. Las presunciones de la culpabilidad concursal y los administradores sociales (JOSÉ DAVID ORTEGA RUEDA)

Capítulo 17. El acreedor como administrador oculto del deudor insolvente: una correcta delimitación del concepto de administrador oculto (TEODORA JACQUET YESTE)

Capítulo 18. La responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales (EVA RECAMÁN GRAÑA)

Capítulo 19. La responsabilidad de los administradores societarios por operaciones vinculadas (ALBERTO QUINTANA DAIMIEL)

Segunda Parte. Cuestiones laborales

Capítulo 20. La administración de las sociedades de capital desde una perspectiva laboral. El contrato de alta dirección y el contrato de los consejeros ejecutivos (ANTONIO PEDRAJAS OUILES)

Capítulo 21. Aspectos laborales del administrador societario. El encuadramiento en la seguridad social (TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ)

Tercera Parte. Cuestiones fiscales y administrativas

Capítulo 22. La responsabilidad tributaria del administrador societario (JAVIER GALÁN RUIZ)

Capítulo 23. La retribución de los administradores de sociedades de capital en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (EVA ALIAGA AGULLÓ)

Capítulo 24. Implicaciones fiscales de las retribuciones de los administradores desde el punto de vista societario (PAULA VICENTE-ARCHE COLOMA)

Capítulo 25. La retribución de los administradores en las sociedades públicas (I) (M.^a DEL CARMEN ORTIZ DEL VALLE)

Capítulo 26. La retribución de los administradores en las sociedades públicas (y II) (JOSÉ CARLOS ESPIGARES HUETE)

Capítulo 27. Delito fiscal, corporate compliance y administradores sociales (PABLO CHICO DE LA CÁMARA)

[Capítulo 28. La prescripción de la responsabilidad tributaria de los administradores por las infracciones de las personas jurídicas desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador \(IGNACIO CALATAYUD PRATS\)](#)

Cuarta Parte. Cuestiones penales

[Capítulo 29. La responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por los administradores en la empresa \(ANTONIO ZÁRATE CONDE\)](#)

[Capítulo 30. La criminalidad de las sociedades \(LEYRE SÁENZ DE PIPAÓN DEL ROSAL\)](#)

[Capítulo 31. Responsabilidad penal de los administradores sociales: criterios para la individualización de su responsabilidad en la empresa \(ELENA B. FERNÁNDEZ CASTEJÓN\)](#)

[Capítulo 32. La responsabilidad penal del administrador derivada de los delitos societarios y conductas afines \(AIXA GÁLVEZ JIMÉNEZ\)](#)

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Guillermo Velasco Fabra, Javier Camacho Ríos, José Carlos Espigares

Huete y M^a del Carmen Ortiz del Valle]© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva Multidisciplinar. 1ª ed., febrero 2019

Primera Parte. Cuestiones mercantiles

Sobre los deberes de los administradores

Capítulo 13. Programas y protocolos de cumplimiento desde la perspectiva de la nueva configuración del deber de diligencia del administrador social (LUIS CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO)

I. Planteamiento

I. PLANTEAMIENTO

Como es sabido, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo (Ley 31/2014). reforma la Ley 1/2010, de 2 de julio, de Sociedades de Capital (Ley de Sociedades de Capital o LSC) en determinadas materias como los deberes de los administradores sociales. Esta reforma de los deberes de los administradores sociales supone concretar y delimitar el contenido del deber de diligencia, objetivándolo a través, por ejemplo, de la protección de la discrecionalidad empresarial, y junto a ello impulsar el papel del deber de lealtad con el interés social, que potencia su papel frente al deber de diligencia.

Pues bien, la reforma de la LSC en cuanto a la tradicional configuración del deber de diligencia abre la puerta los modelos de organización empresarial, protocolos de tomas de decisiones y programas o sistemas de cumplimiento, elementos en os que se concreta dicho deber, o que guardan relación directa con la aplicación de las reglas de la discrecionalidad empresarial.

En este sentido, la LSC y su reforma, forma parte de una tendencia normativa transversal en los últimos años, tendente a poner el acento en la necesaria organización empresarial a través de modelos de organización o gestión, en los que se concrete en deber de diligencia de los administradores sociales y permita orientar a la organización empresarial hacia el cumplimiento de la normativa que le resulta de aplicación.

A esta misma idea responde una de las grandes reformas acontecidas en nuestro Derecho en los últimos años, por su alcance, contenido y trascendencia teórica y práctica, esto es, el reconocimiento de la responsabilidad penal a las personas jurídicas. Así, las reformas del Código Penal efectuadas por las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio (Ley 5/2010) y 1/2015, de 30 de marzo (Ley 1/2015) incorporan a aquél una de las grandes novedades en nuestro Derecho en los últimos años, en concreto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la posibilidad de exonerar o atenuar la potencial pena impuesta a aquéllas, como consecuencia de la implementación de programas de cumplimiento penal o de *compliance penal*¹⁾.

Desde una perspectiva estrictamente penal, la reforma del Código Penal introdujo de forma novedosa en nuestro ordenamiento jurídico de corte napoleónico la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (característica de la tradición anglosajona), de modo que determinados tipos penales podían ser directamente cometidos por personas

jurídicas, que por ello podían ser condenadas y sancionadas penalmente, derogando, por ende, la vigencia general en nuestro Derecho del principio *societas delinquere non potest*.

Dicha reforma del Código Penal incorpora también como novedad, una causa eximente o, en su caso, atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, los sistemas de prevención de delitos o mecanismos de *compliance penal*, cuya articulación en el seno de la estructura de la persona jurídica y su efectiva aplicación podían servir para acreditar unos estándares de diligencia que permitiesen al juez, en su caso, exonerar o atemperar la responsabilidad penal de aquélla.

La citada reforma ha dado lugar a multitud de análisis y estudios desde un punto de vista estrictamente penal y de análisis de riesgos, obviando en muchas ocasiones el necesario enfoque interdisciplinar, y muy en particular, el mercantil que la materia requiere, especialmente, cuando de la diligencia en la organización de la propia estructura de la persona jurídica societaria (mercantil), se trata.

Así las cosas, en un marco general de concreción y objetivación del deber de diligencia empresarial y de la protección de la discrecionalidad empresarial frente a un potencial juicio de bondad al amparo de la diligencia empresarial abstracta, vinculando la toma de decisiones a protocolos de adopción de las mismas, los planes de cumplimiento penal del artículo 31bis del CP, gozan de una importancia que desborda la estrictamente penal. Subrayase, que la existencia de un programa de cumplimiento penal no es sino el corolario necesario a la existencia de una estructura o sistema de organización y gestión empresarial, en definitiva, de una cultura de cumplimiento impulsada por los administradores en su labor de organización empresarial diligente.

Esa importancia reside en la vinculación de los programas de cumplimiento en general y penal, en particular, con el deber de diligencia del ordenado empresario propio del administrador social, cuya infracción, por no adoptarse aquéllos por ejemplo, podría dar lugar, en el caso de concurrir los elementos objetivos, subjetivos y procesales recogidos en los artículos 236 y ss de la LSC, a una acción social o individual de responsabilidad frente a los administradores sociales.

No es objeto del presente trabajo un estudio jurídico-penal del artículo 31 bis del Código Penal, pero es preciso partir siquiera sucintamente del fundamento de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, que de forma mayoritaria ha sido considerado como la autorresponsabilidad²⁾. Se atribuye responsabilidad penal a la organización como consecuencia de sus propios defectos organizativos internos en el control, supervisión y prevención de comportamientos que pueden concluir en responsabilidad penal, por parte de aquéllos sujetos que actúan en su nombre y de cuya actuación pueden obtener un beneficio.

En la base del reproche penal, y obviando el debate estrictamente penal de la naturaleza del reproche penal reside en la necesaria existencia en toda actividad empresarial de una adecuada organización que permita el control de los riesgos propios de su actividad y la adecuada toma de decisiones y supervisión de las mismas.

Así las cosas, resulta muy ilustrativo de lo anterior la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, que se refiere a los *modelos de organización o gestión empresarial* y lo hace en los siguientes términos: «*Lo que no resulta tan plausible es que sea el Legislador penal quien, mediante una regulación necesariamente insuficiente de los requisitos que han de cumplir los programas normativos, haya asumido una tarea más propia del ámbito administrativo. Los programas comportan exigencias de naturaleza societaria, propia estructura orgánica corporativa,*

requieren un alto grado de desarrollo y tienen una evidente finalidad preventiva, razones que deberían haber llevado esta regulación a la correspondiente legislación mercantil, a la que el juez pudiera acudir para valorar la existencia en la empresa de una organización adecuada para prevenir delitos, de modo similar a como ocurre con la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (Ley 10/2010 y Real Decreto 304/2014).

En puridad, los modelos de organización y gestión o corporate compliance programs no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. La empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no solo con ella, único contenido que el Legislador de 2015 expresamente impone a los modelos de organización y gestión, que todavía restringe más al limitar esa suerte de compliance penal a los “delitos de la misma naturaleza”.

Sin duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal pero, más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal.»

En definitiva, lo que en realidad introduce la reforma del Código Penal, es la trascendencia jurídico-penal de los defectos en el funcionamiento o la ausencia de sistemas, modelos o protocolos de organización y toma de decisiones empresariales, de naturaleza mercantil. No se trata tanto de la previsión de modelos ajenos a la organización mercantil de la empresa, sino estos propios modelos, protocolos y sistemas de toma de decisiones empresariales, que promueva una auténtica *cultura ética empresarial*.

Pues bien, en esa labor de organización interna que permita prevenir, identificar y reparar las potenciales consecuencias de la actividad de riesgos, y entre ellos los penales, ha de ser impulsada y liderada por los administradores sociales en el caso de sociedades mercantiles, todo ello en el marco de los programas y procesos de cumplimiento en general y penales en particular. Tales programas, protocolos o modelos no son sino concreciones del deber de diligencia de administradores sociales, manifestado en el adecuado control y supervisión de la organización societaria en su conjunto, en la búsqueda de procesos, cuyo cumplimiento suponga un «puerto seguro» para aquéllos.

Se plantea, de este modo, el papel de los administradores sociales de una mercantil capitalista en el impulso, aprobación, ejecución y supervisión de los programas, protocolos y sistemas internos de organización y cumplimiento, desde la perspectiva del adecuado cumplimiento de sus deberes como administradores sociales, en particular, el deber de diligencia tras la reforma de la Ley 31/2014.

Junto a lo anterior, pero ya desde una perspectiva exclusivamente penal que excede, por lo tanto, del objeto del trabajo, puede también analizarse el papel de los propios administradores sociales como sujetos que atribuyan responsabilidad penal a la mercantil por sus actuaciones, y que puedan, en su caso, beneficiarse de la exención derivada de la existencia de un programa de cumplimiento penal en los términos derivados del artículo 31 bis del CP.

En la primera de las cuestiones apuntadas no detendremos en el presente capítulo.

FOOTNOTES

1

Referidos por el propio artículo 31 bis del CP como *«modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión»*.

2

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, subraya al respecto, lo siguiente: *«El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.»*

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Guillermo Velasco Fabra, Javier Camacho Ríos, José Carlos Espigares

Huete y M^a del Carmen Ortiz del Valle]© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva Multidisciplinar. 1ª ed., febrero 2019

Primera Parte. Cuestiones mercantiles

Sobre los deberes de los administradores

Capítulo 13. Programas y protocolos de cumplimiento desde la perspectiva de la nueva configuración del deber de diligencia del administrador social (LUIS CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO)

II. Breve referencia a la reforma del código penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas

II. BREVE REFERENCIA A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Como hemos avanzado, la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, introdujo de forma novedosa en nuestro ordenamiento jurídica la responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 31 bis del Código Penal).

En este sentido, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos:

- En nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, 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.
- En el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/2015, incorporó, entre otras, las siguientes novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: (i) el reconocimiento expreso de la posibilidad de que los programas de *compliance penal* tengan virtualidad como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, (ii) la exigencia de crear un órgano de supervisión (Comité de Compliance o Compliance *Officer*), y (iii) la enumeración por la propia norma de los requisitos y características que deben reunir dichos programas de *compliance penal* para permitir a la persona jurídica exonerarse de responsabilidad penal.

Entre dichos requisitos, se subrayan los siguientes:

- Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

- 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.
- Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- 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.

El modelo delimitado por el artículo 31 bis del CP ha sido ya interpretado y analizado tanto por la Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 1/2016³⁾, como por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en recientes Sentencias, en concreto, la de 29 de febrero de 2016, y la de 16 de marzo de 2016, entre otras⁴⁾.

FOOTNOTES

3

La Fiscalía General a través de la referida Circular analiza el contenido. Alcance y efectos de los programas de cumplimiento penal, destacando entre otras consideraciones que (i) la regulación de los modelos de organización y gestión debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica, (ii) el objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa y (iii) cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Si son los principales responsables de la entidad quienes incumplen el modelo de organización y de prevención o recompensan o incentivan, directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa.

4

Las referidas Sentencias que han contado con votos particulares analizan en profundidad el sistema delimitado por el artículo 31 bis del CP, destacando, entre otras afirmaciones, las siguientes: «La Sala rechaza que pueda interpretarse que una vez acreditado la comisión de un delito por una persona física de las del art. 31 bis, exista una presunción iuris tantum de que

concorre responsabilidad corporativa. En la medida en la que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión orientados a la prevención en la comisión de delitos constituyen el fundamento de la responsabilidad por delito corporativo, la vigencia del principio de presunción de inocencia impone al Fiscal la obligación de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión.»

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Guillermo Velasco Fabra, Javier Camacho Ríos, José Carlos Espigares

Huete y M^a del Carmen Ortiz del Valle]© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva Multidisciplinar. 1ª ed., febrero 2019

Primera Parte. Cuestiones mercantiles

Sobre los deberes de los administradores

Capítulo 13. Programas y protocolos de cumplimiento desde la perspectiva de la nueva configuración del deber de diligencia del administrador social (LUIS CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO)

III. La nueva configuración del deber de diligencia tras la reforma de la ley 31/2014: breve aproximación a la Business Judgement Rule

III. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE DILIGENCIA TRAS LA REFORMA DE LA LEY 31/2014: BREVE APROXIMACIÓN A LA BUSINESS JUDGEMENT RULE

La reforma operada por la Ley 31/2014 en la LSC, en el ámbito del órgano de administración y, en particular, en el estatuto de los administradores sociales, introduce importantes novedades⁵⁾, que afectan al alcance y contenido de sus deberes como tales.

De esta forma, con anterioridad a la reforma, muy a grandes trazos, eran tres los deberes de los administradores sociales, a saber, diligencia, lealtad con el interés social y secreto. La reforma de la Ley 31/2014, reduce esta tradicional triple distinción a dos deberes: diligencia y de lealtad con el interés social, de forma que el deber de secreto se configura como una consecuencia del deber de lealtad⁶⁾.

Adicionalmente, y pese a las diferentes posturas doctrinales al respecto, parece que se refuerza el papel del deber de lealtad con el interés social en el estatuto del administrador social, al limitarse la fuerza expansiva tradicional del deber de diligencia y tratar de objetivarse su cumplimiento a través, por ejemplo, de la conocida como *business judgement rule* o la protección de la discrecionalidad empresarial (artículo 226 de la LSC), que se presenta como una suerte de *safe harbour* o puerto seguro para el administrador social, respecto de la adecuada satisfacción de las exigencias derivadas del deber de diligencia.

El deber de diligencia, elemento central y esencial en el estatuto del administrador social en nuestra tradición societaria, parece perder protagonismo por la admisión de la regla de la discrecionalidad empresarial, ámbito en el que el deber de diligencia se entenderá satisfecho con el cumplimiento de una serie de elementos objetivos, más allá de del acierto o error de la decisión tomada y, en consecuencia, los beneficios y pérdidas obtenidas como consecuencia del riesgo asumido en la toma de decisión empresarial que conduce dicho resultado.

No nos detendremos en el análisis detallado de la reforma por exceder de los limitados propósitos del trabajo, y simplemente advertiremos alguno de los aspectos esenciales de la configuración del deber de diligencia, con ocasión de la reforma de la Ley 31/2014, que guardan relación directa con el fundamento y la finalidad perseguidas por la reforma del artículo 31 bis del CP en la previsión de los programas internos de cumplimiento penal.

Puede entenderse que la reforma de la Ley 31/2014 no introduce ex novo elementos conceptuales esencialmente diferentes de los anteriormente existentes en el deber de diligencia del administrador social, pero sí que contribuye a la «objetivación» de su contenido y al establecimiento de zonas protegidas de la subjetividad propia de un análisis o test de diligencia a posteriori o a la vista de un resultado concreto *ex post*.

Indudablemente, lo anterior puede conllevar que en la práctica la preocupación del administrador social en relación con la satisfacción del estándar de diligencia necesario en cada caso concreto se concentre en la existencia de una organización o sistema de gestión adecuado que permita «descargar» su responsabilidad. De este modo, parece que más allá de la interpretación concreta de la reforma, lo que el legislador busca es la objetivación del cumplimiento del deber de diligencia a través, por ejemplo, de sistemas de organización que si bien no garanticen necesariamente la inexistencia de una infracción del deber de diligencia, sí que dificulten la misma, muy en particular, en el ámbito de las decisiones estratégicas.

La principal novedad, como hemos avanzado, en el ámbito del deber de diligencia, es la inclusión de la protección a la discrecionalidad empresarial, como ámbito en el que el deber de diligencia entendido como la potencial valoración del resultado ex post de una toma de decisión, no alcanza.

En este sentido conviene recordar que el artículo 226.1 de la LSC, establece que *«En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.»*⁷⁾

De este modo, todas las decisiones que puedan ser consideradas como estratégicas o de negocio, se encuentran sujetas a la discrecionalidad y el estándar de diligencia del ordenado empresario a la que el artículo 225 de la LSC se refiere se entenderá debidamente satisfecho en aquellos casos en los que el administrador cumpla con cuatro requisitos, a saber, (i) actuar de buena fe, (ii) sin infringir la lealtad con el interés social, (iii) con información suficiente, y finalmente, (iv) con arreglo a un procedimiento de toma de decisión adecuado.

Así las cosas, en el ámbito de las decisiones discrecionales y de negocio, siempre que no se vulnere el deber de lealtad, el deber de diligencia de los administradores sociales quedará salvaguardado siempre que se adopte la decisión con adecuada información y con arreglo a procesos internos de tomas de decisión, esto es, programas, procesos y protocolos.

Pues bien, parece claro que la justificación o fundamento mercantil y societario de los programas de cumplimiento, penales o de naturaleza general, reside en el deber de diligencia del administrador social, desde una doble óptica o perspectiva:

En primer término, como ha apuntado con acierto un sector doctrinal, los programas de cumplimiento son una concreción del deber de diligencia de los administradores sociales en cuanto al imperativo que en ellos recae de velar porque la organización empresarial en su conjunto cumpla con la legalidad vigente que resulte de aplicación. De este modo, son los administradores lo que deben organizar la actividad empresarial para que ésta cumpla con la legalidad aplicable, y en este ámbito, los sistemas de cumplimiento y, en general, todos los de gestión empresarial, suponen un instrumento necesario para que los administradores sociales puedan satisfacer dicha exigencia legal, y para que, llegado el caso, puedan justificar su diligencia en la organización y supervisión de la organización que

encabezan.

En este sentido, se ha destacado que en términos organizativos «*los administradores tienen un deber de asegurar que la organización actúa de conformidad con la legalidad*», derivado de lo dispuesto en el artículo 225.1 de la LSC. Se afirma, además, que «*este deber de legalidad impone a los administradores un deber personal de asegurarse de la legalidad de las decisiones que adoptan y un deber más general de velar porque todas las decisiones que se adopten en el seno de la organización por cualquiera de sus miembros sean lícitas.* ⁸⁾»

Se trata, en definitiva, de elementos que permiten objetivar, actuando a modo de «puertos seguros» de eficacia limitada, el deber de diligencia de los administradores sociales.

En segundo lugar, la propia definición de los elementos, requisitos o condicionantes a los que se somete la aplicación de la regla de la discrecionalidad empresarial, incluye la utilización de «*un procedimiento de decisión adecuado*». Dicho procedimiento de toma de decisiones no es sino una manifestación concreta en la toma de decisiones de los administradores sociales, de los protocolos o sistemas de organización empresarial de carácter general.

Se ha destacado por la doctrina, con acierto a nuestro juicio, que la valoración del cumplimiento de la diligencia debe realizarse «*no ex post, sino a partir de la objetivación de unos procedimientos de actuación, lo cual implica la necesidad de que las sociedades creen sistemas de organización corporativa que garanticen una preparación de la decisión en función de su importancia, el tipo de actividad a la que se dedica la sociedad, de la dimensión o características de cada decisión, y de otras circunstancias que puedan concurrir en cada caso concreto así como la creación de estructuras que permitan identificar y prevenir las consecuencias de la decisión, que comprende los riesgos operativos de la empresa y, en particular, los de actividades ilegales o irregulares en que pudiera incurrir la sociedad o sus empleados, como comités de auditoría o sistemas de compliance.* ⁹⁾»

Es en este punto, dónde se puede encontrar una conexión entre el artículo 31 bis del CP y el fundamento de la reforma del CP en esta materia y la evolución del deber de diligencia de los administradores sociales hacia un escenario de objetivación de su cumplimiento mediante procesos, programas y protocolos de organización y gestión empresarial que garanticen que la decisión estratégica adoptada satisfaga el deber de diligencia.

FOOTNOTES

5

Un análisis detenido de los diferentes aspectos de la reforma puede encontrarse, por ejemplo, en *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, tomos I y II, RODRIGUEZ ARTIGAS, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO GONZÁLEZ, ALONSO UREBA, VELASCO SAN PEDRO y ESTEBAN VELASCO (Dirs.), RdS, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, JUSTE MENCÍA (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, y en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, VÁZQUEZ ALBERT y CALAVIA MOLINERO (Dirs.), Revista Jurídica de Cataluña, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

6

Se configura como una de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad en el artículo 228 b) de la LSC.

7

Un análisis detallado del contenido y alcance de la *business judgement rule* puede consultarse en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», Comentario a la reforma..., *op. cit.*, págs. 325 y ss.

8

En este sentido, *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», Comentario a la reforma..., *op. cit.*, pág. 344.

9

Vid., RONCERO, A., en «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», en AAVV, *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, tomo II, RODRÍGUEZ ARTIGAS, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO GONZÁLEZ, ALONSO UREBA, VELASCO SAN PEDRO y ESTEBAN VELASCO (Dirs.), RdS, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pág. 414.

La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva Multidisciplinar. 1ª ed., febrero 2019

Primera Parte. Cuestiones mercantiles

Sobre los deberes de los administradores

Capítulo 13. Programas y protocolos de cumplimiento desde la perspectiva de la nueva configuración del deber de diligencia del administrador social (LUIS CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO)

IV. Administradores sociales y programas o protocolos de cumplimiento

IV. ADMINISTRADORES SOCIALES Y PROGRAMAS O PROTOCOLOS DE CUMPLIMIENTO

De lo expuesto hasta este punto, puede deducirse con facilidad que el papel de administradores sociales desde la perspectiva de los programas de cumplimiento o sistemas de organización empresarial en general y de ámbito penal en particular, es doble, o puede ser analizado desde una doble perspectiva.

En primer término, atendiendo a la posibilidad que sus actuaciones puedan atribuir responsabilidad penal a la sociedad mercantil y que, en consecuencia, la existencia de un programa de cumplimiento penal pueda suponer una exención o eximente en este caso, cuestión que es admitida en ambos casos por el artículo 31 bis del CP y en la que no nos detendremos¹⁰⁾.

En segundo lugar, los administradores sociales, como máximo órgano de gestión y representación de la compañía, son los encargados de impulsar, aprobar, y supervisar el funcionamiento de los modelos, protocolos o sistemas de organización empresarial que fomente una cultura de cumplimiento. Esta cultura de cumplimiento debe caracterizar los sistemas de organización empresarial y, a ella, hace referencia expresa, como hemos visto, tanto la Circular 1/2016 de la FGE, como otras disposiciones de autogobierno y buen gobierno corporativo relativas al papel de los administradores sociales frente a los programas de cumplimiento.

De lo anterior resulta que, el impulso de los administradores sociales en la aprobación de sistemas de gestión y organización interna debe estar guiado por una cultura de cumplimiento que no es sino una concreción del más genérico deber de los administradores de garantizar el funcionamiento legal de la estructura empresarial que encabezan (artículo 225.1 LSC).

En este escenario, los programas de *compliance* penal o cumplimiento penal son una consecuencia de los programas más generales de organización y si concreción en el ámbito penal, de modo que son la consecuencia lógica de toda la estructura. En ellos, los administradores sociales, además de ser su impulsor y órgano de superior aprobación de los mismos, se colocan en la cúspide organizativa, aun cuando existiendo órgano específico de cumplimiento penal por aplicación del artículo 31 bis éste actúe con independencia funcional y presupuestaria en su caso.

En este segundo escenario, la no adopción e implantación de un programa de cumplimiento penal, desde un punto de vista estrictamente penal, solo supone la pérdida de la posibilidad de acceder a una eximente o atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, al no haber recogido en la reforma el delito previsto en el anteproyecto consistente en la no adopción y no implementación de estos programas. Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente mercantil, la no aprobación e implementación de estas medidas organizativas podría, en su caso y en función de las concretas circunstancias concurrentes, llegar a comprometer el deber de diligencia de los administradores sociales afectados.

Así, la aprobación e implementación por los administradores sociales de los sistemas o modelos de organización empresarial y como corolario de ello sistema de cumplimiento penal integrarse en el adecuado cumplimiento del deber de diligencia del ordenado empresario que el administrador social debe satisfacer, y cuya infracción, en su caso, podría dar lugar a acciones de responsabilidad social o individual frente a administradores sociales¹¹⁾.

Pues bien, en aquéllos supuestos en los que la falta de aprobación de dichos planes genere algún tipo de daño acreditable y evaluable económicamente (pérdida de contratos, daños reputaciones, multas, pérdida de negocio, etc.), podría cuestionarse el adecuado cumplimiento del deber de diligencia del ordenado empresario (artículo 225 LSC) y, en consecuencia, plantearse el ejercicio de acción social o individual de responsabilidad frente a administradores sociales¹²⁾.

En todo caso, resulta conveniente diferenciar entre la responsabilidad que pudiera generarse para el administrador social como consecuencia de no atender a las exigencias del deber de diligencia al no aprobar sistemas internos de organización empresarial y cumplimiento normativo, en su caso, de la posibilidad de que no existiendo protocolos de toma de decisión concretos, la protección de la regla de la discrecionalidad empresarial pueda entrar en juego.

Puede concluirse, por tanto, que desde la perspectiva mercantil, los planes de cumplimiento y sistemas de organización interna y, con ellos los de naturaleza penal, son manifestaciones concretas del deber de diligencia empresarial. Estos protocolos, procedimientos objetivos, también gozan de un destacado papel en la aplicación de la discrecionalidad empresarial, a través de la expresa referencia a los procedimientos adecuados para la toma de decisiones.

De este modo, los planes de cumplimiento penal, que entre otros elementos integran procesos generales y concretos para la toma de decisiones y la evaluación de los riesgos penales que implican las mismas, pueden constituir los procesos de toma de decisión a los que el artículo 226 de la LSC se refiere, como elementos a los que el administrador social debe adecuar su actuación, con el fin de verse a salvo frente a cualquier reclamación de responsabilidad por incumplimiento de su deber de diligencia por resultar de aplicación en tal caso la regla de la discrecionalidad empresarial.

Así las cosas, en un marco general de concreción y objetivación del contenido y alcance del deber de diligencia del administrador social, cuya satisfacción en el ámbito de las decisiones estratégicas se concreta en el respeto y cumplimiento de los procesos de toma de decisiones internamente establecidos, incluidos los relativos a la gestión de riesgos, los planes de cumplimiento en general y penal, en particular, gozan de una importancia que desborda la estrictamente penal.

Esa importancia reside en la vinculación de los programas de cumplimiento interno el adecuado cumplimiento y respeto del deber de diligencia del ordenado empresario propio del administrador social, cuya infracción¹³⁾ podría dar lugar, en el caso de concurrir los

elementos objetivos, subjetivos y procesales recogidos en los artículos 236 y ss de la LSC, a una acción social o individual de responsabilidad frente a los administradores sociales.

FOOTNOTES

10

Así lo prevé el artículo 31.1 a), en relación con el 31.2 del CP.

11

Véase en el mismo sentido la opinión de NIETO MARTÍN, A., y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., en (<http://almacenederecho.org/accion-social-de-responsabilidad-y-cumplimiento-normativo/>)

12

Destaca RECALDE con acierto que no necesariamente la ausencia de aprobación de un plan de cumplimiento penal ha de implicar responsabilidad del administrador social. Véase RECALDE, A., «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la business judgment rule», en *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, EMBID y EMPARANZA (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 253 y 254.

13

La infracción del deber de diligencia podría provenir de no adoptarse aquéllos por ejemplo, (i) cuando la diligencia media del sector lo exija, o (ii) por impedir dicha falta de adopción el juego de la regla de la discrecionalidad empresarial al no existir procesos de toma de decisión desde la perspectiva penal.

La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva Multidisciplinar. 1ª ed., febrero 2019

Primera Parte. Cuestiones mercantiles

Sobre los deberes de los administradores

Capítulo 13. Programas y protocolos de cumplimiento desde la perspectiva de la nueva configuración del deber de diligencia del administrador social (LUIS CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO)

V. A modo de consideraciones conclusivas

V. A MODO DE CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

La aparición de los conocidos como sistemas de gestión y organización empresarial que permitan no sólo que la actividad empresarial se organice conforme a las exigencias legales de aplicación sino impulsar una cultura de cumplimiento, es, desde luego, manifestación concreta del deber de diligencia y de los contornos definidos para el mismo en las últimas reformas legislativas.

El deber de diligencia exige, como hemos expuesto, a los administradores sociales, la implementación de sistemas de organización empresarial y planes de cumplimiento que permita que la actividad que gestionan cumpla con las exigencias legales y que dicha circunstancia pueda ser controlada y supervisada. Desde este punto de vista, la esencia del deber de diligencia no cambia, pero sí que parece que asistimos a un fenómeno de «objetivación» de los elementos cuya concurrencia resulta necesaria para entender satisfecho dicho deber del administrador.

Lo anterior implica que, por ejemplo, la reforma del CP en materia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los correspondientes planes de cumplimiento penal, cuando de personas jurídicas societarias se trata, deba enmarcarse, desde la perspectiva mercantil, como una concreción de la cultura de cumplimiento que los administradores sociales deben impulsar en el ámbito de su deber de diligencia.

En concreto, y en relación con los administradores sociales y su deber de diligencia parece necesario no sólo un análisis de los sistemas de organización interna de la corporación que se concretan en programas de cumplimiento, sino del papel que aquéllos, en la cúspide de la organización corporativa, han de desempeñar.

En este marco general, y más allá de otras cuestiones referidas en el trabajo, conviene subrayar la vinculación de la reciente reforma de los deberes de los administradores sociales por la ley 31/2014 y la nueva configuración del deber de diligencia y la *business judgement rule*, con la implementación de planes de cumplimiento en general y penal en particular. La vinculación de dichos programas y protocolos con el deber de diligencia permite afirmar que una omisión de los mismos podría plantearse, en su caso y dependiendo del concreto sector, como una infracción del deber de diligencia que amparase el ejercicio de acciones de responsabilidad social o individual frente a administradores (i) teniendo en cuenta el estándar de diligencia medio del sector, o (ii) por imposibilidad de aplicar la *business judgement rule* o la regla de la discrecionalidad

empresarial al no existir procesos de toma de decisión adecuados desde la perspectiva, cuando de decisiones estratégicas o de negocio se trate. No obstante, en éste último caso, la ausencia de un proceso de toma de decisión no debería impedir automáticamente la aplicación de la regla o juicio de discrecionalidad empresarial, si la decisión fue adoptada con la información suficiente.

En definitiva, asistimos a un proceso de objetivación del deber de diligencia de los administradores sociales, en el que juegan un papel principal, los protocolos, programas o sistemas de organización y cumplimiento interno, incluidos los penales, que han de constituir una pieza básica en el fomento de la cultura de cumplimiento, que como manifestación concreta también del deber de legalidad respecto de la organización empresarial, los administradores deben cumplir.

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Guillermo Velasco Fabra, Javier Camacho Ríos, José Carlos Espigares

Huete y M^a del Carmen Ortiz del Valle] © Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

La Administración de las Sociedades de Capital desde una Perspectiva Multidisciplinar. 1ª ed., febrero 2019

Primera Parte. Cuestiones mercantiles

Sobre los deberes de los administradores

Capítulo 13. Programas y protocolos de cumplimiento desde la perspectiva de la nueva configuración del deber de diligencia del administrador social (LUIS CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO)

VI. Bibliografía

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, JUSTE MENCÍA (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 325 y ss.

RECALDE, A., «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la business judgment rule», en *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, EMBID y EMPARANZA (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 249 y ss.

RONCERO, A., en «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», en AAVV, *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, tomo II, RODRIGUEZ ARTIGAS, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO GONZÁLEZ, ALONSO UREBA, VELASCO SAN PEDRO y ESTEBAN VELASCO (Dirs.), RdS, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 383 y ss.

AAVV, *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, tomos I y II, RODRIGUEZ ARTIGAS, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO GONZÁLEZ, ALONSO UREBA, VELASCO SAN PEDRO y ESTEBAN VELASCO (Dirs.), RdS, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

AAVV, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, JUSTE MENCÍA (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2015,

AAVV, *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, VÁZQUEZ ALBERT y CALAVIA MOLINERO (Dirs.), Revista Jurídica de Cataluña, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

NIETO MARTÍN, A., y PÉREZ FERNÁNDEZ, P., en (<http://almacenederecho.org/accion-social-de-responsabilidad-y-cumplimiento-normativo/>)

