



Presentado por
IGNACIO S. GALÁN

CUADERNOS de DERECHO para INGENIEROS

Defensa corporativa. Sistemas de cumplimiento. Prevención y reacción ante el incumplimiento

Directores:

**JAIME DE RÁBAGO MARÍN
SANTIAGO MARTÍNEZ GARRIDO**

Coordinador:

JOSÉ MIGUEL ALCOLEA

Presentado por
IGNACIO S. GALÁN

CUADERNOS de DERECHO para INGENIEROS

Defensa corporativa. Sistemas de cumplimiento. Prevención y reacción ante el incumplimiento

Directores:
JAIME DE RÁBAGO MARÍN
SANTIAGO MARTÍNEZ GARRIDO

Coordinador:
JOSÉ MIGUEL ALCOLEA

Equipo de Coordinación
(IBERDROLA y Asociación/Colegio
de Ingenieros de ICAI):

Irene M.^a Agúndez
M.^a Dolores de Juan
Loreto Sánchez

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

© **IBERDROLA**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Edición: febrero 2021

Depósito Legal: M-3988-2021

ISBN versión impresa: 978-84-18349-88-1

ISBN versión electrónica: 978-84-18349-89-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación. 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, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

1. PLANTEAMIENTO

El cumplimiento normativo es un término impreciso con el que se hace referencia a la obligación general de las sociedades de operar de acuerdo con su normativa interna y con la legalidad vigente en cada momento y en cada territorio en el que desarrollan su actividad. Conseguir este objetivo no siempre es sencillo porque, en muchas ocasiones, la realidad societaria y empresarial es compleja y porque son muy diversas las áreas del ordenamiento jurídico que la regulan.

El sistema de cumplimiento normativo es el conjunto de reglas, programas, prácticas, funciones y órganos que persiguen hacerlo efectivo en cada sociedad. Para que este sistema sea eficaz y cumpla su finalidad es necesario que se extienda al conjunto de las actividades desarrolladas y monitorice no solo la actuación de los administradores sino, también, la de sus directivos y demás profesionales en sus distintos niveles y responsabilidades.

El órgano de administración, especialmente en el caso de las grandes sociedades y de las sociedades cotizadas, tiene atribuidas dos funciones fundamentales: la fijación de la estrategia de las distintas empresas de las que la sociedad sea titular y la supervisión general de su actuación. Como parte de esta última, corresponde al consejo de administración el impulso y la supervisión general del sistema de cumplimiento normativo de la sociedad, aunque su seguimiento y ejecución pueda, e incluso, deba, como más adelante veremos, ser delegado en otros órganos.

Además, el impulso de un sistema de cumplimiento efectivo, que mitigue los riesgos asociados al incumplimiento normativo y proteja el interés social, constituye un deber derivado, también, del más amplio de administrar diligentemente la sociedad.

Desde ambas perspectivas, la involucración del órgano de administración en la implantación y supervisión de los sistemas de cumplimiento es un deber genérico impuesto por la ley, aunque esta no lo defina expresamente ni determine el ámbito al que deba extenderse.

Como hemos apuntado, no existe un único modelo de sistema de cumplimiento válido y eficaz para todas las sociedades en todos los momentos. Y ello, no solo porque los riesgos de cada compañía son distintos, sino porque al definir su configuración es necesario ponderar los distintos intereses en juego: por un lado, la conveniencia de asegurar el cumplimiento normativo, y por el otro, la necesidad de procurar el buen desarrollo de la actividad empresarial propia de cada sociedad.

Aunque ambos intereses suelen estar alineados en el largo plazo (una estrategia de cumplimiento normativo tiende a favorecer la reputación y la sostenibilidad de la compañía), es más difícil su adecuado equilibrio en el corto plazo. Corresponde al órgano de administración, en última instancia, la responsabilidad de definir los principios generales que deben configurar el apetito de riesgo de la compañía. En

este ámbito, donde adquiere protagonismo el juicio de la discrecionalidad empresarial, al que más adelante nos referiremos.

A modo de ejemplo, para mitigar el riesgo de la disposición indebida de fondos sociales puede considerarse eficaz exigir la firma de dos o más apoderados. Podría señalarse que cuanto mayor fuera el número de apoderados que debieran firmar conjuntamente, más seguro sería el procedimiento. Ciertamente, la mancomunidad es un instrumento útil para dicha finalidad pero dificulta la operativa diaria de la compañía.

En el plano material, el papel del órgano de administración va más allá de la definición o configuración formal del sistema de cumplimiento.

Por su posición en la sociedad, los administradores tienen atribuida una función de liderazgo implícito, que excede lo normativo, al configurar, con sus actuaciones y decisiones, una cultura corporativa, entendida como el conjunto de valores que sirven como guía de conducta a todos los miembros de la organización y que ayudan a sus integrantes a configurar sus expectativas acerca de cómo espera la empresa que actúen.

Desde este punto de vista, el fomento efectivo de una cultura corporativa que favorezca el cumplimiento normativo es clave para que el sistema de cumplimiento sea eficaz. Se trata, también, de otro de los aspectos sujetos a la discrecionalidad empresarial del órgano de administración, como luego veremos.

Así, una cultura corporativa contraria al fraude y a la corrupción incentiva a los profesionales de la organización a cumplir y respetar las normas y controles del sistema de cumplimiento normativo. Al contrario, una cultura que prime el interés económico o comercial a corto plazo en detrimento del respeto de las leyes y las normas internas dificulta la eficacia real de cualquier sistema de cumplimiento, por más sofisticado y exigente que este sea.

2.

LA OBLIGATORIEDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE UN PROGRAMA Y DE UNA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

Para determinar el ámbito de actuación y de responsabilidad de los administradores en relación con el establecimiento de un sistema de cumplimiento normativo es necesario identificar, primero, si su implantación es voluntaria o, por el contrario, se trata de una imposición legal.

Con carácter general, el establecimiento de un sistema de cumplimiento normativo —o de una función o programa de cumplimiento específicos— tiene, en Derecho español como también, por ejemplo, en los derechos alemán e italiano, carácter voluntario. Son pocas las excepciones en derecho comparado a esta regla. La más significativa es probablemente la de Francia donde la Ley SAPIN II lo convirtió en obligatorio en determinados supuestos.

Este principio general de voluntariedad no excluye, sin embargo, que, en determinados ámbitos y respecto de las sociedades que operan en sectores concretos de actividad, su implantación venga exigida normativamente.

Es el caso, por ejemplo, de las leyes reguladoras de la prevención de riesgos laborales, de la protección de datos personales y de la prevención del blanqueo de capitales. Además, sectorialmente, se imponen obligaciones en la normativa reguladora del mercado de valores, en las de las entidades de crédito y aseguradoras, entre otras.

Es frecuente, sin embargo, que aun cuando su implantación sea voluntaria, se incentive de diferentes formas: así, en el ámbito penal, puede servir para eximir o atenuar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y, en el del derecho administrativo, como condición o parámetro para contratar con determinadas administraciones públicas o para acceder a subvenciones o a otras ayudas públicas.

Finalmente, el establecimiento de sistemas de cumplimiento puede justificarse solo por su coherencia con los valores que guían la actuación de la sociedad, por el ánimo de prevenir los riesgos asociados al incumplimiento normativo y, en su caso, para proteger su capital reputacional.

En todo caso y aun en los casos en que la ley exija la efectiva implementación de un sistema o programa de cumplimiento, su alcance, configuración concreta y/o metodología dependen en última instancia, de las decisiones que adopte y las directrices que establezca el órgano de administración.

3. LAS FUNCIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

En la normativa española, la administración de las sociedades de capital sigue un modelo monista, en el que un mismo órgano desarrolla las funciones de dirección y de supervisión. Únicamente en las sociedades europeas con domicilio en España la ley permite un modelo dualista compuesto por un comité de dirección y otro de supervisión.

En el caso de las sociedades cotizadas, la administración corresponde siempre a un consejo de administración, al que se le asignan las funciones de administración y representación junto con las de determinación estratégica y supervisión general de la gestión social.

La evolución normativa y las sucesivas recomendaciones de buen gobierno han ido reforzando, en especial en las sociedades cotizadas, las facultades de supervisión en detrimento de las de administración, encargadas en su mayor parte a órganos delegados.

En este marco, cada sociedad puede, en aplicación del principio de libre configuración de su estructura orgánica, adecuar el sistema de gobierno a sus necesidades. Sin embargo, su libertad no es total: tiene, entre otros límites que analizaremos más adelante, el definido por las competencias que el consejo de administración no puede delegar por constituir el núcleo esencial de sus facultades.

La función de cumplimiento normativo forma parte de ese núcleo esencial. El consejo de administración es garante de su cumplimiento en dos sentidos: formal y material. Formalmente, debe aprobar las directrices y orientaciones básicas que informan el sistema de cumplimiento y organizar su funcionamiento. Desde un punto de vista material, dada la relevancia de la posición que ocupa, debe influir en que la organización en su conjunto cumpla con las normas legales y con las internas, mediante el establecimiento y difusión de una cultura corporativa que favorezca el cumplimiento, premiando las conductas alineadas con esa cultura y desincentivando las actuaciones con un elevado nivel de riesgo de incumplimiento normativo o, directamente, contrarias a las leyes.

Esta es la interpretación que resulta de la normativa societaria y de otras normas como, por ejemplo, las penales (artículo 31 *bis* del Código Penal) que asignan

expresamente al órgano de administración el papel de garante de la legalidad y, en su ejercicio, le atribuyen la responsabilidad del establecimiento de un sistema de cumplimiento normativo.

4. LA DELEGACIÓN DE FACULTADES EN RELACIÓN CON LA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Como se ha señalado, el consejo de administración no puede delegar el ejercicio de sus facultades de supervisión general de la sociedad ni, como parte de ellas, las de definición general e impulso de un sistema de cumplimiento.

El movimiento de gobierno corporativo puso de manifiesto, ya desde el Código Olivencia, la necesidad de que el consejo de administración de las sociedades cotizadas se involucrara directa y activamente en la gestión social y reforzara sus facultades de supervisión y control. A Olivencia le siguieron, en este mismo sentido, otros informes de seguimiento voluntario que, bajo el principio de cumplir o explicar, recomendaron que las sociedades identificaran un núcleo de facultades más amplio que el exiguo catálogo legal entonces vigente para que fueran necesariamente ejercidas por el pleno del consejo de administración. Al tiempo, sugirieron diversas medidas para reforzar el control del consejo sobre los órganos con facultades delegadas.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, con la finalidad de que el consejo de administración se implicara directamente en la determinación de la estrategia y la supervisión de la gestión social, incorporó a la Ley de Sociedades de Capital algunas de las citadas recomendaciones de buen gobierno, ampliando el núcleo de las facultades indelegables del consejo, no solo de las sociedades cotizadas, sino también, aunque con alcance más limitado, de todas las sociedades de capital, mediante los nuevos artículos 249 *bis* y 529 *ter* de la Ley de Sociedades de Capital.

El primero de ellos, aplicable a todas las sociedades de capital, establece que es competencia indelegable del consejo la relativa a «*la supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado*», así como «*la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad*».

El catálogo legal de las facultades indelegables lo completa el 529 *ter*, que, para las sociedades cotizadas, atribuye al consejo «*la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control*».

Las facultades indelegables que recogen los artículos 249 *bis* y 529 *ter* de la Ley de Sociedades de Capital no deben tomarse, sin embargo, como una obligación: no imponen al consejo el deber de establecer siempre y en todo caso un programa de gestión de riesgos ni de cumplimiento. Solo señalan que, cuando así se decida, debe ser el consejo y no otro órgano el que lo lleve a cabo. Por tanto, no cabe considerar que estas normas establecen una obligación autónoma de implantar un programa de cumplimiento.



AUTORES:

CÉSAR ALBIÑANA CILVETI

GERARDO CODES CALATRAVA

MANUEL CRESPO DE LA MATA

JOSÉ MARÍA ELÍAS DE TEJADA CASANOVA

SYLVIA ENSEÑAT DE CARLOS

ROBERTO GARCÍA POLO

JUSTO GARZÓN ORTEGA

JOSÉ ÁNGEL GONZÁLEZ FRANCO

MARÍA DOLORES HERRERA PEREDA

JOSÉ VICENTE IGLESIAS GÓMEZ

JAVIER LÓPEZ ANDREO

MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGO

ANTONIO DEL MORAL GARCÍA

JUANA MARÍA PARDO PARDO

AGUSTÍN PUENTE ESCOBAR

RAÚL SALAMERO RAJO

JESÚS SANTOS ALONSO

EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE

ORLANDO E. VIDAL

FERNANDO VIVES RUIZ



www.wolterskluwer.es

