Programas de prevención de delitos y responsabilidad del administrador por deficiente desempeño del deber de control

Luis Suárez Mariño
Abogado.
Miembro de la Directiva de la AEAEC

"El Código Penal exige a los administradores que, en el ejercicio de su función, adopten y ejecuten modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos"

Tras la debacle que siguió a la crisis financiera internacional originada con la quiebra de Lehman Brothers, estos últimos años han visto la luz varias iniciativas tendentes a promover buenas prácticas en materia de gobierno corporativo y una mayor concreción de los deberes atinentes a los administradores de sociedades de capital.

Con la finalidad de mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas, situar los estándares nacionales al más alto nivel de cumplimiento comparado de los criterios y principios internacionales de Buen Gobierno, y prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, se creó una Comisión de expertos, con el objeto, según explicitaba el propio acuerdo del Consejo, de velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas, para conducirlas a las máximas cotas de competitividad, generar confianza y transparencia para con los accionistas e inversores nacionales y extranjeros, mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas, y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor.

A estos objetivos respondió tanto la mejora del marco normativo de las sociedades de capital a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificaba la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que explicitó deberes y obligaciones de carácter vinculante para para los administradores de sociedades de capital, (las más generalizadas en nuestro ordenamiento jurídico); como las recomendaciones de buen gobierno, de carácter voluntario, contenidas en el nuevo Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, elaborado con el apoyo y asesoramiento de la Comisión de expertos y aprobado por Acuerdo del Consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015.

En relación con las normas de obligado cumplimiento impuestas a los administradores de las sociedades de capital, el art. 225 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), en la redacción actual dada por la ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, **exige actualmente a los administradores no solo el cumplimiento diligente -con la dedicación adecuada- de los concretos deberes impuestos por las leyes y los estatutos,** sino **el deber concreto de exigir (y el derecho de recabar) de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones, y la adopción de las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad; siendo este concreto deber legal, según se deduce del art. 249 bis en el caso de que la administración de la sociedad se atribuya a un Consejo de administración, indelegable, pues entre las funciones que el citado precepto impide expresamente delegar al Consejo se encuentra: 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 (entra los que se encuentra el órgano u oficial de cumplimiento al que se refiere el art. 31 bis 2, 2º del C.P. como órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control".)

Este deber de control de la sociedad que actualmente recoge la LSC como una función específica e indelegable del órgano de administración parece acorde con las exigencias del **art. 31 bis 2, 1º y 4 del Código Penal** que, en relación al sistema de prevención penal que regula como eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considera como una **función específica del órgano de administración la de adoptar y ejecutar con eficacia**, antes de la comisión del delito, **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; y también resulta serlo con lo dispuesto en el art. 31 bis 3 del propio Código cuando dispone, en relación con las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (aquellas que estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada), que las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 puedan ser asumidas directamente por el órgano de administración.

Sin embargo, que la función de control que la LSC atribuye a los administradores, sea indelegable, parece algo aparentemente contradictorio con la condición, impuesta por el art. 31 bis 2 2.ª, de que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado sea confiada a un **órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control;** condición impuesta para que el programa de prevención pueda actuar de eximente en caso de que el delito sea cometido precisamente por los representantes legales, administradores o personas con facultades de organización y control dentro de la sociedad.

Dicha aparente contradicción de tener que empoderar a un órgano diferente al administrador de poderes autónomos para ejercitar la función de control sobre los propios administradores (vigilando al vigilante), en realidad no es tal, sino que, por el contrario, con dicho empoderamiento, se viene a cerrar el propio círculo relativo a la función de control.

Dicha función de control ciertamente corresponde ex art. 225 LSC a los administradores, y ellos mismos, cuando ostentan el cargo de administrador en una sociedad de pequeñas dimensiones, el art. 31 bis. 3 permite asumir directamente la función de supervisión del funcionamiento del modelo de prevención implantado.

Únicamente cuando se trata de sociedades que reúnan a la fecha de cierre de cada uno de los dos ejercicios al menos dos de las siguientes circunstancias: 1.- Que el total de las partidas de activo no supere los 11.400.000 €.; 2..- Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los 22.850.000 €. Y 3.- Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 250 - es decir, únicamente cuando se trate de sociedades con un patrimonio, cifra de negocio y estructura organizativa importante-, es cuando el Código Penal exige a los administradores que, en el ejercicio de sus función, de adoptar y ejecutar modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, designen un órgano (comité u oficial delegado) con poderes autónomos de iniciativa y de control que, a semejanza de los Comités de auditoría, tenga suficiente autoridad e independencia para acceder a la información y al personal de la sociedad y recabar cualquier tipo de información siempre que sea necesario para el correcto ejercicio de sus funciones y entre dentro del ámbito de su competencia; pero ello no significa que los administradores sean liberados de su función de control, sino de que ésta función la eleven hasta la última consecuencia de designar a alguien con poder autónomo para controlar al propio órgano de administración.

Ciertamente el art. 31 bis c.p. no obliga a las personas jurídicas a implementar un programa de prevención de delitos; pero en el caso de que no se implemente y el delito se produzca, la propia inexistencia de un **modelo de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos,** no solo sería una **clara manifestación de la "ausencia de cultura del respeto al Derecho"** que, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2016 ya aclaró, constituía la base de la responsabilidad penal de la persona jurídica, **sino que, al mismo tiempo, constituiría una evidente manifestación del incumplimiento de la función de control que la LSC impone a los administradores.**

Quiere ello decir que si una sociedad no cuenta con "alguna clase de formas concretas de vigilancia y control tendentes a la evitación de la comisión de delitos de los que la persona jurídica puede ser responsable" y alguno de estos delitos llega a cometerse no solo la persona jurídica será directamente acusada y condenada; sino que sus administradores podrían también ser penalmente responsables a título de autores o cómplices, si conociendo los riesgos de comisión del delito lo aceptaron como posible y no hicieron nada para evitarlo (dolo eventual); y en cualquier caso serían responsables civiles, con base en el daño o perjuicio causado por incumplimiento o cumplimiento negligente de su deber de control; respondiendo frente a la sociedad, sus socios y accionistas, o terceros de los daños y perjuicios causados con base en su negligencia.

Esa responsabilidad civil frente a la sociedad, accionistas o socios y terceros podría llegar a predicarse no solo en caso de la total ausencia de formas concretas de vigilancia y control tendentes a la evitación de la comisión de delitos de los que la persona jurídica puede ser responsable, e incumplimiento total del deber de control, sino en caso de un cumplimiento parcial, caso de que el sistema de prevención implementado fuese imperfecto o deficiente, el compliance officer designado inidóneo o negligente (culpa in eligendo); la dotación presupuestaria arbitrada para el desempeño de la función de control o insuficiente, los controles implantados también deficientes o insuficientes, o deficiente la revisión de los mismos o la documentación y prueba de los controles establecidos.

Por ello, en la caso de producción de un delito del que la sociedad pueda responder, **será clave para exonerar de responsabilidad civil al órgano de administración la prueba de que sus miembros han desempeñado su función de control con diligencia y dedicación adecuada; siendo igualmente trascendente que sean capaces de probar ese desempeño diligente, mediante la prueba eficaz de la implantación y ejecución del sistema de prevención, ex ante la producción del delito en cuestión.**

En este sentido hoy existen programas informáticos idóneos y certificables a través de los cuales se puede acreditar el desempeño, con dedicación adecuada, de la función de control, la documentación elaborada, el tiempo dedicado a su estudio, así como los hitos más importantes en el establecimiento del modelo de gestión, desde el acuerdo del órgano de gobierno de implementar un modelo de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, a las instrucciones impartidas a la alta dirección; el proceso de selección llevado a cabo y el nombramiento de los miembros del órgano u oficial de cumplimiento idóneos; la asignación de recursos adecuados para el ejercicio de su función; la aprobación de los principales hitos en la implementación del programa (mapa de riesgos, medidas y procedimientos de control, Código Ético, reglamento de conducta, procedimiento y régimen disciplinario); los reportes periódicos del órgano u oficial de cumplimiento sobre el desempeño de su función; el cumplimiento de los protocolos y medidas establecidas; los procedimientos de investigación interna realizados, expedientes disciplinarios abiertos o la revisión y auditoria del sistema.

En definitiva queremos llamar la atención sobre las cada vez más precisas funciones y deberes legales de los administradores, sobre el concreto deber de control que tienen atribuido, y que incluye el deber de adoptar y ejecutar con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos; así como sobre las consecuencias de una negligente conducta en el cumplimiento de dichas funciones y deberes, las cuales nacen, una vez aceptado el cargo de administrador legal, de tal modo que si, desde ese preciso momento, se produce un daño para la sociedad, accionistas o terceros, a consecuencia del desempeño negligente de esos deberes, el administrador responderá por falta de la previsibilidad inherente a su cargo, al ser, como afirman las sentencias del Tribunal Supremo 509/1999, de 7 de junio , y 222/2004, de 22 de marzo , "el auténtico responsable de la marcha de la sociedad".

> *"Será clave para exonerar de responsabilidad civil al órgano de administración, la prueba de que sus miembros han desempeñado su función de control con diligencia y dedicación adecuada".*