



El deber de diligencia del administrador social y los programas de cumplimiento o “compliance” penal

Autor/a

Luis Cazorla González-Serrano

Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil de la URJC

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

*Doctrina, Praxis, Jurispru-
dencia y Legislación*

RLM nº1 | Año 2015

Artículo nº 3

Páginas 10-12

revistalexmercatoria.umh.es

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 de *compliance penal*, (“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”) incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por las reformas del Código Penal efectuadas por las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015, es una de

las grandes novedades en nuestro Derecho en su conjunto en los últimos años.

Desde la perspectiva 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 gene-

ral en nuestro Derecho del principio *societas delinquere non potest*. Esta reforma del Código Penal, además, abre paso, a modo eximente o de atenuante de la responsabilidad penal, a 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.

Son muchos los análisis y estudios del nuevo artículo 31 bis del Código Penal y artículos concordantes, desde la perspectiva estrictamente penal, así como la elaboración de planes y programas de cumplimiento, partiendo de un enfoque penal y de análisis de riesgos exclusivamente, pero como hemos defendido desde hace tiempo, en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando de sociedades mercantiles se trata, un análisis jurídico-societario y mercantil se impone.

En efecto, el establecimiento de programas y procesos de cumplimiento penal, 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, todo ello en la búsqueda de procesos, cuyo cumplimiento ejerza de “puerto seguro”, para los administradores sociales.

Como hemos tenido ocasión de exponer ya aquí (<http://luiscazorla.com/2015/11/el-deber-de-diligencia-del-administrador-social-y-los-programas-de-cumplimiento-penal/>), y posteriormente ha sido también defendido [por ejemplo, (<http://almacenederecho.org/accion-social-de-responsabilidad-y-cumplimiento-normativo/>)] la aprobación e implementación por los administradores sociales de los planes de cumplimiento penal ha de integrarse en el adecuado cumplimiento del deber de diligencia del

ordenado empresario que el administrador social debe satisfacer, y cuya infracción podría dar lugar a acciones de responsabilidad frente a administradores sociales.

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 sociales.

En este sentido, y sin perjuicio de lo anterior, parece posible relacionar el artículo 31 bis del CP con la protección de la discrecionalidad empresarial o *business judgement rule* a la que el artículo 226 de la LSC hace referencia, como garantía del adecuado cumplimiento del deber de diligencia del ordenado empresario. En dicho precepto en el marco de las decisiones estratégicas o de negocio, se protege la actuación de los administradores sociales cuando actúan de buena fe, informados, sin interés particular, y con sujeción a un procedimiento de toma de decisiones. Este proceso o procedimiento de toma de decisiones bien puede servir de nexo, entre el programa de cumplimiento penal con el deber de diligencia del administrador social en el plano normativo, más allá, de su lógica conexión teórica. De este modo, los planes de cumplimiento penal, como procesos generales para la toma de decisiones y la evaluación de los riesgos penales que implican las mismas, constituyen los procesos 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.

Así las cosas, en un marco general de concreción y reducción del deber de diligencia del administrador social al respecto y cumplimiento de los procesos de toma de decisiones internamente establecidos, incluidos los relativos a la gestión de riesgos, los planes de cumplimiento penal del artículo 31bis del CP, gozan de una importancia que desborda la estrictamente penal, referida esta última, en el caso de los administradores sociales, al papel que hayan de desempeñar en relación con la supervisión del sistema y su potencial infracción; polémica que el artículo 31 bis resultante de la

Ley 1/2015 resuelve en el sentido de admitir dicha posibilidad.

Esa importancia reside en la vinculación de los programas de cumplimiento penal 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. Veremos.