

Buen Gobierno Corporativo

Nota Informativa

29/2020

Uno de los principales cambios que introdujo la Ley Orgánica 1/2015 fue el papel primordial de los modelos de organización y gestión para la prevención de delitos –conocidos como *compliance program*– en la búsqueda de exención o atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, así como la concreción de los requisitos de estos modelos. Esta nota informativa recoge las claves a tener en cuenta en este sentido.



¹ El esfuerzo que han tenido que hacer las empresas españolas para adaptarse a las nuevas exigencias quedó constatado en el informe anual de Gobierno Corporativo de las entidades emisoras de la CNMV, correspondiente al ejercicio 2016, en el que el 37 por ciento de las compañías aseguraron haber seguido cerca del 90 por ciento de las recomendaciones. No es baladí que un 97 por ciento de los inversores institucionales haya llegado a cancelar o reconsiderar

1. INTRODUCCIÓN

La LO 1/2015, de 30 de marzo de modificación del Código Penal vino a ampliar y especificar algunos aspectos que habían quedado pendientes de resolver tras la reforma operada por la LO 5/2010 que, como se sabe, marcó un antes y un después en nuestro ordenamiento jurídico-penal¹. Sin duda, uno de los elementos más importantes del cambio operado en 2015 ha sido el papel primordial que se otorga a los modelos de organización y gestión para la prevención de delitos –conocidos como *compliance program*– en la búsqueda de exención o atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, así como la concreción de los requisitos de estos modelos.

2. OBJETO

El apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal² establece los requisitos de todo modelo de organización y gestión empresarial para eximir o atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Estos requisitos son mínimos, siendo recomendable que la Organización implante más elementos de los establecidos,

una inversión ante un marco insuficiente de Gobierno Corporativo.

² Lo primero que ha de establecer un modelo de prevención es el **Mapa de riesgos penales**. Este mapa identificará las todas las actividades de la sociedad en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos y que han sido enumerados con anterioridad.

tales como Códigos de Buen Gobierno Corporativo, Códigos de Conducta, Protocolos de Crisis, etc.

El Gobierno Corporativo es el conjunto de principios, normas y procedimientos que regulan la estructura y el funcionamiento de los Órganos de Gobierno de una organización (sociedades mercantiles, Fundaciones, Asociaciones, etc.). A través del Gobierno Corporativo se establecen las relaciones entre la Junta Directiva, el Consejo de Administración, los accionistas y el resto de sujetos interesados; por otro lado, constituyen los principios por el que se rige el proceso de toma de decisiones sobre la compañía para la generación de valor.

La gestión del Gobierno Corporativo ha avanzado muchísimo en los últimos veinte años³, convirtiéndose en uno de los instrumentos más efectivos para transmitir confianza a los inversores, así como para prevenir, moderar o evitar en la medida de lo posible responsabilidades de toda índole para la empresa y los Directivos. Fue a raíz del inicio de la crisis financiera de 2008 cuando la comunidad internacional ha asumido la importancia de una gestión adecuada y transparente de las sociedades cotizadas, revelándose fundamental el control y el equilibrio estructural a la hora de reforzar esas buenas prácticas de gobernanza.

La gran debilidad que mostraron los gobiernos corporativos de multinacionales y organizaciones internacionales fue causa de las exigencias de transparencia, buenas prácticas y gestión responsable por parte de inversores, consumidores y la sociedad en general. En la actualidad, el buen gobierno de las empresas representa un pilar fundamental para los mercados, pues favorece la credibilidad, la estabilidad y determina el impulso necesario al crecimiento y a la consecuente generación de riqueza de la organización.

Realizar un correcto diagnóstico de la situación de la empresa en materia de Gobierno Corporativo es fundamental: a) contribuye a identificar las áreas de mejora que redundarán en un incremento de la capacidad de dar valor y sostenibilidad a la actividad de la compañía; b) es garantía de resultados, transparencia y seguridad jurídica, y; c) sirve como criterio de valoración para la comunidad financiera.

Para llevar a cabo correctamente ese diagnóstico en materia de Gobierno Corporativo, -y como requisito de ese modelo de organización y gestión empresarial que pueda eximir o atenuar la

En segundo término ha de establecer los **Protocolos** o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la empresa, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas en relación con los delitos a prevenir. Debemos hacer especial referencia al Protocolo de actuación ante el incumplimiento del modelo de prevención, que inevitablemente debe contemplar el Proceso de Investigación interna, la sanción por los incumplimientos detectados y la toma de decisión acerca de la Comunicación de dichos incumplimientos a las autoridades, siendo aconsejable asimismo reflejar el ejercicio de los mecanismos oportunos para articular desde ese primer momento una eficaz defensa de la persona jurídica (Protocolo de Crisis).

Se han de dotar **Recursos financieros** adecuados para impedir la comisión de los delitos.

La implantación de un **Canal de denuncias** e imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimiento al órgano de cumplimiento (Compliance Officer). Este canal debe garantizar un Procedimiento de denuncia confidencial

(Whistleblowing) adecuado al Informe Jurídico 128/2007 "Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de 'whistleblowing')" de la Agencia Española de Protección de Datos.

Se establecerá asimismo un **Sistema disciplinario** que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

Y finalmente, se ha de implantar un **Sistema de revisión** y actualización del modelo en caso de infracciones relevantes de sus disposiciones.

Estos requisitos son mínimos, pudiendo darse el hecho de que la Organización implante más elementos de los establecidos, tales como Códigos de Buen Gobierno Corporativo, Códigos de Conducta, Protocolos de Crisis, etc.

³ Especialmente como consecuencia de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que reformó la Ley de Sociedades de Capital en esta materia con la aprobación del nuevo Código de Buen Gobierno de Sociedades Cotizadas en febrero de 2015 con la que llegó una modificación sustancial del marco de la gobernanza empresarial.

responsabilidad penal de la empresa-, es necesario establecer adecuadamente los protocolos o procedimientos en que esta conforma su voluntad, adopta decisiones y las ejecuta. Se trata de determinar con precisión el órgano -u órganos- de la empresa que tiene los poderes de decisión, ejecución y determinación de las fases que componen estos actos de clara relevancia jurídica.

Para ello se hace imperativo desarrollar un organigrama, relacionando en él a todos los individuos que desempeñen funciones relevantes en los ámbitos decisorios o ejecutivos, prestando particular atención a aquellos individuos que ostenten las facultades de representación, decisión y control.

Una vez que se realice esta tarea centrada en la definición de los roles y estatus de todos los profesionales que componen la estructura societaria, será indispensable establecer con nitidez cada una de las fases que constituyen los procesos de formación de voluntad, adopción de decisiones y ejecuciones de las mismas. Esto conlleva especificar todo el *iter* procedimental desde que surge una propuesta hasta que se ejecuta. Debe quedar patente todo el procedimiento, así como los intervinientes y documentos, desde la primera aparición en el orden del día en un órgano para su toma en consideración hasta la materialización concreta de la decisión.

En el desarrollo de esta tarea es útil conocer el tratamiento de los procesos recogidos en los estándares generales y procedimientos específicos utilizados en el sector, así como la utilización, -como elementos de apoyo-, de flujogramas y otros instrumentos de representación gráfica de procesos porque permiten convertir los detalles de los procedimientos operativos en un retrato simple y claro.

En consecuencia, la conjugación de un organigrama claro con la plasmación detallada de todas las fases que componen la formación de voluntad, la adopción de decisiones y la ejecución de las mismas deberá de satisfacer la exigencia que a este respecto recoge nuestro Código Penal.

Por otro lado, la Fiscalía General de Estado en su Circular 1/2016 hace expresa referencia a este requisito, cuando señala que: *“El requisito segundo del apartado 5 se refiere a los protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción y de ejecución de decisiones. Tales procedimientos deben garantizar altos estándares éticos⁴, de manera singular en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los miembros de los órganos de administración. Además de la obligación de atender a los criterios de idoneidad fijados por la normativa sectorial y, en defecto de tales criterios, la persona jurídica debe tener muy en consideración la trayectoria profesional del aspirante y rechazar a quienes, por sus antecedentes carezcan de la idoneidad exigible”*.

Relacionado con lo expuesto, cabe señalar que son cada vez más numerosas las empresas que utilizan estructuras y medidas alineadas con lo que conocemos como el buen gobierno corporativo y la responsabilidad social corporativa, que, al fin y al cabo, son principios que ayudan a las empresas a actuar conforme a estándares éticos de calidad. La diferencia es que, mientras el *buen gobierno corporativo* se circunscribe esencialmente al ámbito de organización empresarial interna (estableciendo obligaciones relativas a transparencia, control eficaz y salvaguarda de los intereses de los socios, etc.), la *responsabilidad social corporativa* está enfocada en la gestión de los impactos que la actividad de la empresa genera en el entorno, tocante a otros aspectos como la necesidad de evaluaciones profundas de impacto ambiental, la afectación a los núcleos sociales y los grupos de interés asociados a su actividad, etc.

Un aspecto muy importante a la hora de adoptar y controlar los procedimientos para la formación de la voluntad, adopción de decisiones y su ejecución es la existencia de un verdadero compromiso de los miembros de la organización. Para ello se requiere una labor proactiva

⁴ Es importante precisar la diferencia conceptual entre moral y ética, puesto que es habitual la confusión terminológica entre estos dos conceptos. La ética tiene la moral y el deber ser como objeto de estudio, mientras que la moral se desarrolla en el nivel práctico, tomando en cuenta la conducta del individuo.

tendente a promover la transparencia, la rendición de cuentas y el respeto por el cumplimiento normativo que ha de estar liderada por el propio órgano de administración y el personal con facultades de control, pero en la que todo trabajador ha de ser partícipe. Los procesos minuciosamente redactados carentes de ánimo de fiscalización o control real, resultan ineficaces; las empresas que quieran evitarlo tendrán que destinar medios y recursos a la formación y concienciación de todos los miembros de la organización.

3. RECOMENDACIÓN

La adopción de un sistema de Gobierno Corporativo es uno de los instrumentos más efectivos para identificar las áreas de mejora -que redundarán en un incremento de la capacidad de dar valor y sostenibilidad a la actividad de la compañía-, transmitir confianza a los inversores -dota de transparencia y seguridad jurídica-, así como para prevenir, moderar o evitar responsabilidades de toda índole para la empresa y los Directivos.

Madrid, 22 de junio de 2020.

©2020 TARSSO

Todos los derechos reservados.

El presente documento ha sido preparado a efectos de orientación general sobre materias de interés y no constituye asesoramiento profesional alguno.

No deben llevarse a cabo actuaciones en base a la información contenida en este documento, sin obtener el específico asesoramiento profesional. No se efectúa manifestación ni se presta garantía alguna (de carácter expreso o tácito) respecto de la exactitud o integridad de la información contenida en el mismo y, en la medida legalmente permitida.

www.tarssso.com

