

VISTO BUENO Y PROPUESTA DE CALIFICACIÓN  
TRABAJO FIN DE MÁSTER

La Profesora D<sup>a</sup> **Lourdes V. Melero Bosch**, como Tutora del Trabajo Fin de Máster titulado "**LOS ADMINISTRADORES SOCIALES ANTE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICO-SOCIETARIA Y MERCANTIL**", realizado por la alumna D<sup>a</sup>. **Nazara Hernández González**, informa favorablemente el mismo, dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

En cumplimiento de lo previsto en la Guía docente de la asignatura, **se propone la calificación de 9.5 (sobresaliente)** en atención a la actualidad del tema elegido, la profundidad y sistemática con la que lo ha abordado, así como el adecuado manejo de textos legales, jurisprudenciales y bibliográficos.

En La Laguna, a 22 de enero de 2020

Fdo.: Lourdes V. Melero Bosch

C/ Padre Herrera s/n  
38207 La Laguna  
Santa Cruz de Tenerife. España

T: 900 43 25 26

ull.es

Este documento incorpora firma electrónica, y es copia auténtica de un documento electrónico archivado por la ULL según la Ley 39/2015.  
La autenticidad de este documento puede ser comprobada en la dirección: <https://sede.ull.es/validacion/>

Identificador del documento: 2357305 Código de verificación: 2i7Psr1D

Firmado por: Lourdes Verónica Melero Bosch  
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Fecha: 23/01/2020 09:53:21

Máster en: Abogacía

Facultad de Derecho ULL

Ilustre Colegio de Abogados de S/C de Tenerife

Curso: 2019/2020

Convocatoria: Enero 2020

# LOS ADMINISTRADORES SOCIALES ANTE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICO- SOCIETARIA Y MERCANTIL

THE COMPANY'S DIRECTORS BEFORE THE CRIMINAL COMPLIANCE  
PROGRAMMES FROM THE PERSPECTIVE OF THE COMMERCIAL LAW

Realizado por la alumna D. <sup>a</sup> Nazara Hernández González

Tutorizado por la Profesora D. <sup>a</sup> Lourdes Verónica Melero Bosch

Departamento: Derecho Mercantil

Área de conocimiento: Derecho Societario



RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Ante la condena penal a una persona jurídica en la que el administrador social no había implantado un programa de cumplimiento normativo penal que permitiera la exoneración o atenuación de su responsabilidad, se plantea la cuestión acerca de las posibles reacciones de la sociedad y/o sus socios ante el órgano de administración por faltar a sus obligaciones para conseguir la indemnización del daño causado.

Para responder a esa pregunta, se desarrolla a lo largo del dictamen un estudio de los programas de cumplimiento normativo, no solo desde el ámbito del derecho penal analizando cómo son tratados por el Código Penal y la jurisprudencia sino también desde el ámbito del derecho mercantil en cuanto la implantación de los programas de cumplimiento se integra en las obligaciones propias del deber de diligencia tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital.

Por último, se describen las acciones judiciales que se pueden interponer contra el administrador social, centrándose en la acción social de responsabilidad.

PALABRAS CLAVE: RESPONSABILIDAD, ADMINISTRADORES SOCIALES,  
PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO



## ABSTRACT

Before criminal conviction to a legal entity in which the company's director was not implanted a compliance programme that allows the exemption or the mitigation of his responsibility, the question arise about the possible responses by the company and/or his partners to the administration for failure to comply with his obligations to obtain compensation for the damage caused.

To answer this question, it is develop a study of the compliance programmes, not only under the scope of the criminal law analysing how the Penal Code treats them and the jurisprudence but also from the scope of the commercial law in terms of the implementation of compliance it is included in the own obligations of the duty of care after the reform of the Law on Corporations.

Finally, it describes legal proceedings that are can be sued against the company's directors, focusing on the social responsibility action.

**KEY WORDS: RESPONSIBILITY, COMPANY'S DIRECTORS, COMPLIANCE PROGRAMMES**



## ÍNDICE

**I. OBJETO DEL DICTAMEN**

**II. ANTECEDENTES DE HECHO O SITUACIÓN DE HECHO**

**III. CUESTIONES PLANTEADAS**

**IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA EMPRESA**

**SEGUNDO. NO OBLIGATORIEDAD DE IMPLANTACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO**

**TERCERO. LOS ADMINISTRADORES SOCIALES Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO**

I. EN EL ÁMBITO PENAL

II. EN EL ÁMBITO MERCANTIL

III. INTERRELACIÓN ENTRE PENAL Y MERCANTIL

**CUARTO. VÍAS DE RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIALES**

**V. CONCLUSIONES**

**VI. ANEXO**

*Demanda de acción social de responsabilidad contra el administrador social*

## **I. Objeto del dictamen**

El objeto del presente dictamen es dar respuesta a la consulta formulada por D. Ignacio García Medina, socio de ENVÍOS RÁPIDOS, S.L.<sup>1</sup>, sobre las posibilidades de reclamación contra el órgano de administración tras la condena penal firme a dicha persona jurídica.

ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. es una empresa de mensajería urgente de paquetería y documentación entre empresas y particulares.

D. Ignacio García Medina tras la condena penal a ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. por un delito contra la salud pública y preocupado ante la elevada cuantía a la que asciende la multa, habiendo leído en la sentencia cómo se señala en repetidas ocasiones la falta de control del administrador social y la permisividad que ocasionó que no se detectaran los actos delictivos, quiere saber qué son y para qué sirven los programas de cumplimiento normativo, si es obligatoria su implantación en las empresas y las consecuencias de la no implantación, el papel del administrador social respecto a los programas de cumplimiento así como las vías de reclamación que podría ejercitar frente al administrador social en el contexto de condena penal a la persona jurídica que gestiona cuando se ha eludido cualquier tipo de control sobre los empleados de la misma.

## **II. Antecedentes de hecho o situación de hecho**

1. Durante los años 2016 y 2017, ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. fue objeto de diversas investigaciones relativas a la comisión de delitos contra la salud pública por tráfico de estupefacientes de sustancia que causaba grave perjuicio para la salud (cocaína).
2. Se averiguó que efectivamente se estaban llevando a cabo distribuciones de cocaína. La actividad delictiva estaba dirigida por dos empleados, Miguel Jiménez Moreno y Vicente Rodríguez Toledo, quienes, en connivencia, aprovechando las labores de transporte realizadas en ENVÍOS RÁPIDOS, S.L., utilizaban las mismas para su ilícito tráfico.

---

<sup>1</sup> El supuesto que se plantea en este trabajo está inspirado en un caso real pero no se identifica a nadie real en el dictamen. Se han omitido datos, modificado los nombres de los involucrados utilizando términos sustitutivos y ampliado algunas cuestiones a los efectos de enriquecer el supuesto de hecho.

3. En ese período, desde mayo de 2016 hasta diciembre de 2018, ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. estaba administrada por D. Juan Antonio Morales Campos, procesado pero absuelto al no existir prueba de su efectiva participación en los hechos que se le atribuían.
4. Mediante sentencia de 10 de diciembre de 2018 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, ratificada por sentencia de 3 de noviembre de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. fue condenada a la pena de multa de 600.000,00 € por la comisión de delito contra la salud pública. Fueron además condenados los dos empleados ya identificados en calidad de autores responsables de delito contra la salud pública, a 4 años de prisión y multa de 200.000,00 €.
5. ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. no disponía de un adecuado programa de cumplimiento normativo, por lo que no pudo aplicarse la eximente recogida en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>2</sup>, resaltándose tanto en primera como en segunda instancia que la ausencia de una cultura de respeto al Derecho puesta de manifiesto en la falta de vigilancia y control por el administrador social y la permisividad de la empresa favoreció que se sucedieran a lo largo de casi tres años, los actos ilícitos.

### **III. Cuestiones planteadas**

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, se suscita la siguiente cuestión jurídica:

¿Qué puede hacer D. Ignacio, como socio de ENVÍOS RÁPIDOS, S.L., ante D. Juan Antonio, como administrador social, por no haber implantado en la empresa un programa de cumplimiento y haberle ocasionado a esta graves perjuicios económicos por la condena penal a la que se ha visto sometida?

---

<sup>2</sup> En adelante, CP.

Antes de entrar en la resolución de esta, aclararemos una serie de cuestiones relacionadas cuya explicación facilitará enormemente la comprensión de la materia que se va a tratar.

1. ¿Qué son los programas de cumplimiento normativo? ¿Cuál es su función dentro de la empresa?
2. ¿Existe obligación de implantar dichos programas de cumplimiento en las sociedades españolas?
3. ¿Cuál es el papel de los administradores sociales con respecto a los programas de cumplimiento?
  - a. En el ámbito penal
  - b. En el ámbito mercantil
  - c. ¿Existe relación entre el ámbito penal y el mercantil en lo que a los administradores sociales y a la implantación de programas de cumplimiento se refiere?
4. ¿Cuál o cuáles serían las vías de reclamación contra el administrador social por no haber implantado en la empresa un programa de cumplimiento y haberle ocasionado perjuicios económicos por la condena penal? ¿Quiénes estarían legitimados para ejercitar dicha reclamación?

Configuradas las anteriores cuestiones, ya queda delimitado el ámbito concreto que se va a abordar en las siguientes páginas para dar respuesta a la consulta sometida a dictamen.

#### **IV. Fundamentos jurídicos**

##### **Primero. Concepto y función de los programas de cumplimiento en la empresa**

En el quinto punto de los antecedentes de hecho se menciona que tanto en la sentencia condenatoria como en la sentencia que la ratificó se hizo referencia a la ausencia de un adecuado programa de cumplimiento normativo que permitiera eximir o atenuar la responsabilidad de ENVÍOS RÁPIDOS, S.L.

Por ello, como punto de partida del presente trabajo, realizaremos una aproximación a los programas de cumplimiento normativo, definiendo el concepto y la función de estos en las empresas.

El cumplimiento normativo o *compliance* se refiere a la actuación conforme al Derecho vigente según ROSTSCH<sup>3</sup>. Se trata de un instrumento que, plasmado como un programa de cumplimiento, permite a la empresa que lo adopta y ejecuta eficazmente estar en avenencia con el Derecho<sup>4</sup>.

Explica CAZORLA<sup>5</sup> que la práctica del cumplimiento normativo, muy desarrollada desde hace años en sectores regulados como el financiero, se fundamenta en la necesidad de establecer procesos y procedimientos que a modo de “puertos seguros” garanticen la conformidad de la actividad de la empresa con la normativa que le resulta de aplicación.

El fenómeno del cumplimiento normativo se ha ido manifestando en numerosos ámbitos y ya podemos encontrar términos que hacen referencia a determinadas especialidades jurídicas como, por ejemplo, en materia comercial (*trade compliance*), en materia tributaria (*tax compliance*) o de competencia (*anti-trust compliance*).

En concreto, desde la óptica jurídica-penal hablamos de *criminal compliance* o programa de cumplimiento normativo penal, que implica un conjunto de medidas preventivas para asegurar el cumplimiento de la empresa en relación con los riesgos de comisión de ilícitos penales<sup>6</sup>. Esta definición ya nos aclara que el programa de cumplimiento normativo no se trata de un sistema de reacción *ex post*, esto es, cuando el delito ya ha tenido lugar, sino que se anticipa y se sitúa en el plano de la preparación y disposición de mecanismos para evitar los riesgos de comisión delictiva que se detecten. A través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>7</sup> se incorporó la

---

<sup>3</sup> ROTSCH T. (2012) *Criminal Compliance*, In Dret, Revista para el análisis del derecho, p. 2.

<sup>4</sup> Debemos resaltar especialmente esta última nota que exige una adopción y ejecución eficaz, pues de lo contrario, un programa de cumplimiento se convierte en papel mojado. No sirve de nada disponer de un programa de cumplimiento por escrito cuya implantación no se ha llevado del folio a la realidad.

También sobre la necesidad de aplicación y ejecución del programa se pronuncia BACHMAIER, cit. infra., afirmando que *de lo contrario estaríamos ante un programa de cumplimiento meramente formal - lo que la doctrina norteamericana denomina window-dressing compliance programs-, que obviamente carecería de incidencia para atenuar la responsabilidad penal de la empresa.*

<sup>5</sup> CAZORLA, L. (2016) *Del Derecho al Compliance (cumplimiento normativo)*

<sup>6</sup> NAVAS MONDACA, I. y BALMACENA HOYOS, G. (2019), p. 11

<sup>7</sup> En adelante, Reforma de 2010.

responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>8</sup> y tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>9</sup> los programas de cumplimiento normativo penal en las empresas quedaron perfilados como método de exoneración o atenuación de responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>10</sup>, lo que, sin duda, potenció el interés por los mismos.

Antes de continuar con la delimitación de los programas de cumplimiento normativo penal, se debe apuntar una idea clave para la emisión de este dictamen y es que el cumplimiento normativo penal es una materia compleja e interdisciplinar, que ha de interesar también al Derecho Mercantil, en cuanto entronca con materias como la organización solidaria, los deberes de los administradores y la responsabilidad social corporativa y buen gobierno, por ejemplo<sup>11</sup>.

En esta línea de relación entre disciplinas que manifiesta CAZORLA, la remodelación de los deberes de los administradores sociales llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital<sup>12</sup>, que vincula el adecuado cumplimiento del deber de diligencia del ordenado empresario con la adopción de decisiones conforme a procesos internos, ha contribuido también a la extensión de la práctica del cumplimiento normativo.

Por tanto, nos basamos en que los programas de cumplimiento penal se entrelazan con el ámbito mercantil al conformarse como guías de adecuación a la normativa que orientan a los administradores sociales a la hora de dirigir las sociedades.

Sobre el incumplimiento de las reglas de gobierno corporativo, referidas al conjunto de normas, principios y procedimientos que regulan la estructura y el funcionamiento de

---

<sup>8</sup> Se introduce en el CP el artículo 31 bis con la siguiente redacción (que después sería modificada por el art. único apartado 20 de la Reforma de 2015): “*En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por los representantes legales y administradores de hecho o de derecho*”.

<sup>9</sup> En adelante, Reforma de 2015.

<sup>10</sup> Véanse los apartados 2 y 4 del art. 31 bis CP.

<sup>11</sup> CAZORLA, L. (2015) *Administradores sociales, diligencia empresarial y programas de cumplimiento penal*.

<sup>12</sup> En adelante, Reforma de 2014.

los órganos de gobierno de la empresa, apunta ALFARO<sup>13</sup> que el cumplimiento normativo trata de proteger los intereses de los terceros (proveedores, trabajadores, acreedores, financiadores, clientes...) que se relacionan con la compañía y de la Sociedad en general (garantizando que la sociedad paga sus impuestos, no delinque y cumple con las reglas generalmente aplicables) y, aunque insiste en que deben mantenerse separados los conceptos de cumplimiento normativo y gobierno corporativo, destaca su relación en cuanto existen pruebas de que el cumplimiento normativo añade valor y maximizar el valor de la compañía constituye la directiva-derivada del interés social- que debe orientar el cumplimiento por los administradores de sus deberes de diligencia<sup>14</sup> y lealtad<sup>15</sup>.

Hasta ahora, hemos visto la adopción de un programa de cumplimiento sirve a quien lo implanta para controlar de manera más eficaz la sociedad, evitar sanciones y cumplir con los deberes de los administradores.

---

<sup>13</sup> ALFARO, J. (2015) *Sanciones administrativas por incumplimiento de las reglas de gobierno corporativo*

<sup>14</sup> En el art. 225 LSC, titulado *Deber general de diligencia*, se esbozan las notas características que nos ayudan a definir la actuación conforme a ese deber (negrita añadida):

1. Los administradores **deberán desempeñar el cargo** y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos **con la diligencia de un ordenado empresario**, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

2. Los administradores **deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad**.

3. En el desempeño de sus funciones, **el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones**

<sup>15</sup> En el apartado 1 del art. 227 LSC, titulado de *Deber de lealtad*, se define el concepto y en el apartado 2 del mismo artículo se contienen las dos consecuencias de su infracción (negrita añadida):

1. Los administradores **deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante**, obrando de **buena fe y en el mejor interés de la sociedad**.

2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la **obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social**, sino también la de **devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador**.

Además, los artículos 228 y 229 continúan describiendo obligaciones y deberes del administrado que derivan del deber de lealtad.

Retomando el análisis penal de los programas de cumplimiento normativo, tal y como afirma BACHMAIER<sup>16</sup>, es preciso clarificar qué se entiende por “medidas eficaces para prevenir el delito” y en qué consiste un programa de cumplimiento efectivo en este contexto jurídico.

Los programas de cumplimiento normativo constituyen una concreción legal de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos que se exigen para la aplicación de la eximente que recoge el artículo 31 bis.

Cuando el legislador se refiere al “debido control” y a “medidas eficaces de prevención y detección de delitos”, está contemplando tanto el diseño de una estructura organizativa de funcionamiento y control de las actuaciones y de la toma de decisiones dentro de una empresa (para ejercer el debido control) como la necesidad de realizar una identificación de los posibles riesgos, con el fin de establecer medidas de detección y prevención. Esta definición que tomamos de BACHMAIER delimita lo que se denomina programa de cumplimiento.

Las características determinadas que requiere el CP para que los modelos de organización y gestión operen como eximente o atenuante son:

- 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- 2.º 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.
- 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> BACHMAIER WINTER, L. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de compliance”.

<sup>17</sup> BACHMAIER, “*En particular, el programa de cumplimiento debe: 1) Establecer canales de denuncia de actuaciones delictivas, e informar acerca de cómo han de formularse las mismas y ante quién debe formularse la denuncia. 2) Garantizar la confidencialidad al denunciante y proteger al denunciante de buena fe frente a posibles represalias o consecuencias adversas.*”

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º 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.<sup>18</sup>

El programa de cumplimiento, además, deberá constar por escrito, como resulta lógico.

Aunque es cierto que la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre qué debe entenderse por un programa de cumplimiento adecuado, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero<sup>19</sup> establece unos criterios interpretativos comunes donde se contempla la extensión del objeto del proceso penal, en cuanto tendrá que entrarse a valorar la idoneidad de los modelos de prevención del delito, correspondiendo a la persona jurídica la carga de la prueba de cara a demostrar el cumplimiento de las condiciones exigidas para que se aplique la cláusula absolutoria<sup>20</sup>.

La Circular 1/2016 insiste en que el Ministerio Fiscal examinará si los modelos de prevención establecen una auténtica cultura ética corporativa<sup>21</sup> para valorar su idoneidad o no.

---

<sup>18</sup> Requisitos enumerados en el apartado 5 del artículo 31 bis CP.

<sup>19</sup> En adelante, Circular 1/2016.

<sup>20</sup> Importante señalar que debemos distinguir entre prueba de la circunstancia de exención de responsabilidad, que va a recaer en la persona jurídica, y prueba de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación va a corresponder a la acusación, como no podría ser de otra manera pues lo contrario desvirtuaría los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

<sup>21</sup> BACHMAIER, “*El programa de cumplimiento persigue establecer una cultura de cumplimiento dentro de la empresa. [...] La creación de una cultura de cumplimiento constituiría el marco inicial genérico y más amplio para la prevención de conductas delictivas. Para ello es adecuado aprobar un código de conducta, o bien incluir en el programa de cumplimiento esas pautas de conducta generales (que todos los empleados deben conocer) o específicas (que sólo afectan a determinados empleados). El código de conducta establecerá las conductas prohibidas y sus consecuencias. En algunos países se exige, además, que el programa de cumplimiento integre un código ético, pero en el ámbito europeo, debido a la mayor concreción de las conductas generadoras de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el programa de cumplimiento suele ceñirse a la prevención, detección y respuesta de esos delitos. No obstante, está demostrado que un programa de cumplimiento con un componente ético y de promoción de conductas éticas es más efectivo.*”

Además, se pronuncia la Fiscalía General del Estado sobre el punto 6.º de los requisitos manifestando que no se establecen plazos ni procedimientos concretos para la revisión periódica del modelo, que dependerá de las circunstancias propias de cada empresa.

Subyace la misma idea en todo el texto de la Fiscalía y también en la doctrina de que habrá que estar a las circunstancias particulares de cada sociedad y que no va a tener las mismas exigencias una pequeña empresa que una cotizada<sup>22</sup>.

En la jurisprudencia, hasta ahora, lo que sí encontramos son algunas menciones a la implantación de programas de cumplimiento. A continuación, se citan algunos ejemplos.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 316/2018, de 28 de junio, se destacan las virtudes de dicha medida, incluso tratándose del enjuiciamiento de un delito que no pertenece al catálogo de aquellos que pueden ser cometidos por personas jurídicas. Se advierte de que de haber estado implantado un programa de cumplimiento se habría reducido el riesgo de comisión de hechos antijurídicos<sup>23</sup>.

La sentencia anterior contiene un relato histórico de los avances que se han llevado a cabo para la reestructuración del buen gobierno corporativo que menciona el Código Olivenza y la introducción de los programas de cumplimiento en las empresas.

En la Sentencia 365/2018, de 18 de julio también se repite esa descripción y se acoge el mismo argumento sobre la importancia de que las sociedades implanten programas de cumplimiento normativo<sup>24</sup>.

Por su parte, en la Sentencia del Tribunal Supremo 192/2019, de 9 de abril, sobre falsedad en documento mercantil y estafa de una trabajadora que se sirve del abuso de

---

<sup>22</sup> Según lo previsto en el apartado 3 del art. 31 bis, a causa de las limitaciones inherentes a su tamaño, las pequeñas empresas desarrollan esquemas de cumplimiento normativo simplificados, donde es el propio órgano de administración el que asume los roles de dicha función. En sociedades de mayores dimensiones, la función de cumplimiento suele encomendarse a un órgano con dependencia funcional del órgano de administración

<sup>23</sup> Fundamento de Derecho octavo de la STS 316/2018, de 28 de junio. “*Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, o abuso de funciones que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato*”.

<sup>24</sup> Fundamento de Derecho segundo de la STS 365/2018, de 18 de julio.

confianza, los ponentes reflexionan sobre cómo hubiera influido en la empresa el que dispusieran de un programa de cumplimiento a la hora de detectar antes las operaciones delictivas llevadas a cabo por su empleada<sup>25</sup>.

De esta última sentencia citada resulta interesante cómo se plantean los programas de cumplimiento para proteger a la propia empresa de ser víctima de un delito<sup>26</sup>, destacando así la virtualidad de los programas de cumplimiento no solo para la prevención de comisión delictiva por parte de la empresa a la que están destinados sino más allá de la misma.

La ausencia de programas de cumplimiento normativo ad intra y la falta de control interno hacia las personas que tienen conferidas poder de dirección o materialización de actividades relevantes en una empresa que ella conlleva, hace que exista el riesgo de que se lleven a cabo conductas delictivas de forma continuada sin que dicho modus operandi sea detectado por la administración de la sociedad ni, aun menos, por sus socios.

La misma sentencia destaca que *“el sector empresarial debe ser consciente de que el modelo del cumplimiento normativo lleva consigo una evitación de los tipos penales antes citados<sup>27</sup> al hacer desaparecer los modelos tradicionales de confianza y relaciones personales que en el seno de una empresa degradan “el debido control” entre los órganos operativos que deben ejecutar decisiones en la empresa, tanto gerenciales, y de administración, como económicas y de pagos y cobros, porque está acreditado que la relación de los mecanismos de control en la empresa y el exceso en la confianza por las relaciones personales puede dar lugar en algunos casos a abusos que den lugar a que si la ausencia de control es prolongada, como aquí ha ocurrido, el resultado de la responsabilidad civil sea elevado.”*

La Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, considera que, para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica deberá analizarse si el delito ha sido cometido como consecuencia de la ausencia de una cultura de respeto al

---

<sup>25</sup> Fundamento de Derecho cuarto de la STS 192/2019, de 9 de abril.

<sup>26</sup> *“sí hay que insistir en que estos programas de compliance reducen el riesgo de que ello ocurra y con el paso del tiempo debe existir la extensión de esta filosofía de uso para autoprotgerse de este tipo de situaciones en donde se comprueba una mayor facilidad para perpetrar este tipo de actos [...]”*

<sup>27</sup> Delitos de apropiación indebida, estafa, administración desleal y falsedades.

Derecho (...) que debería manifestarse a través de concretas medidas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos.

Por otra parte, puede darse el caso de que no estemos ante la ausencia total de programa de cumplimiento como sucede en el supuesto de hecho que suscita este dictamen sino ante la ineficacia del modelo de prevención de delitos existente, adoptado antes de cometer el delito, lo que posibilita que la responsabilidad penal de la persona jurídica se vea atenuada. Esto es lo que sucede en la SAP de Barcelona, Sección 8ª, 694/2016, de 14 de diciembre<sup>28</sup>. Concurren en el caso las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes, ya que se establecieron medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos que en el futuro puedan cometerse del apartado 4 del art. 31 bis CP, con relación a lo previsto en el art. 66 bis CP.

No solo la jurisprudencia penal ha puesto énfasis en el fenómeno del cumplimiento normativo sino también por parte de la Fiscalía General del Estado a través de su Circular 1/2016 que ya hemos mencionado y de ciertas entidades privadas en sede de normalización y certificación<sup>29</sup> (normas ISO 19.600 y 37.001, norma UNE 19.601)<sup>30</sup>.

Volviendo a la citada circular, la FGE señala que *“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”*. Dichos sistemas de organización y gestión deberán de ser moldeados y ajustados a cada tipo de empresa y sociedad, por lo que habrá que aplicar las *“necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la persona jurídica”*<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> “En los ejercicios de 2011 y 2013 la entidad FÚTBOL CLUB BARCELONA no tenía implementado un programa de cumplimiento y prevención de delitos, ni circuitos institucionalizados y/o protocolizados de cumplimiento normativo. En la actualidad la entidad tiene implementado el programa de cumplimiento normativo encargado a consultora independiente que atiende a los parámetros y exigencias contenidas en el art. 31 bis 5 CP [...]”.

<sup>29</sup> TURIENZO FERNÁNDEZ, A. (2018). *Una aproximación heterodoxa al fenómeno del compliance. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018*.

<sup>30</sup> Sobre este tipo de certificaciones externas, la FGE en su Circular 1/2016 ha manifestado que se valorará positivamente la existencia de las mismas respecto a los modelos de prevención de delitos, aunque no supongan una acreditación, por sí mismas de la eficacia del mismo.

<sup>31</sup> En la misma línea, BACHMAIER, *“No existe un modelo de programa de cumplimiento con validez general. Cada programa de cumplimiento ha de adecuarse a la concreta actividad de la empresa, analizando los riesgos específicos que se derivan de esa actividad y del contexto concreto en el que opera la empresa. Sólo desde la perspectiva de la valoración de los riesgos concretos puede diseñarse un*

La Circular 1/2016 subraya el necesario cambio en la cultura empresarial que relaciona directamente con una cultura de prevención y control más que de un concreto programa de cumplimiento<sup>32</sup>. A efectos de la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo esencial es que la empresa haya actuado con toda la diligencia precisa para evitar la comisión de delitos por parte de sus empleados, no solo con carácter general, sino también en el caso concreto. Pero, ello no impide que nuestros tribunales a la hora de valorar si una persona jurídica ha ejercido el «debido control» (art. 31 bis 1 CP) o ha establecido «medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos» (31 bis 4 d CP), valoren también la existencia de un programa de cumplimiento y su aplicación en el caso concreto<sup>33</sup>.

### **Segundo. No obligatoriedad de implantación de los programas de cumplimiento**

Una vez hemos visto, a grandes rasgos, qué son y para qué sirven los programas de cumplimiento cabe preguntarse si los mismos son obligatorios para las empresas.

En este momento la implantación de un programa de cumplimiento normativo penal no es obligatoria en España ni por lo establecido en el CP ni por las referencias contenidas en la Ley de Sociedades de Capital<sup>34</sup>.

---

*programa de cumplimiento idóneo. Las características del programa de cumplimiento no vienen necesariamente marcadas por el tamaño de la empresa, aunque, en la práctica de los países con larga tradición en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de compliance, se reconoce que una estructura empresarial grande requiere un programa de cumplimiento más elaborado y extenso, así como dedicar más recursos para lograr su efectiva implementación y controlar su cumplimiento.” (negrita añadida)*

<sup>32</sup> CAZORLA, L. (2016) *Ya está aquí la Circular FGE 1/2016 sobre responsabilidad penal PJ y Compliance*

<sup>33</sup> BACHMAIER, quien además añade que “El hecho de que la empresa tenga un programa de cumplimiento, lo implemente y lo actualice adecuadamente, además de promover un comportamiento ético en la empresa y tener relevancia preventiva general, de cara a un proceso concreto es, sin duda, un indicio más para demostrar que, aunque se haya cometido un delito, ese delito no se ha producido como consecuencia de la ausencia del control razonable o de la diligencia debida por parte de la empresa. O a la inversa, no tener un programa de cumplimiento puede ser valorado como un indicio de falta de voluntad de cumplimiento y de que no se ejerce el debido control.”

<sup>34</sup> En adelante, LSC.

No es obligación para el administrador la implantación de programas de cumplimiento normativo por imperativo legal. Cuestión distinta es si esa obligación podría ser tal en base al cumplimiento de los deberes de los administradores que contempla la LSC o si las consecuencias que pudieran derivarse de la no implantación la hacen más que recomendable.

Como se ha mencionado, si las empresas quieren optar a algún tipo de atenuante o eximente de responsabilidad penal deberán contar con un programa de cumplimiento.

Si bien es cierto que el art. 31 bis CP no obliga a las personas jurídicas a implementar un programa de prevención de delitos; 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 29 de febrero de 2016<sup>35</sup> 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<sup>36</sup>.

Desde el punto de vista dogmático está claro que la adopción de un programa de cumplimiento es la forma de dar respuesta a su deber de vigilancia<sup>37</sup>.

Acerca de las consecuencias, lo explica a la perfección SUÁREZ, al exponer 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

---

<sup>35</sup> Ya mencionada, STS 154/2016, de 29 de febrero.

<sup>36</sup> SUÁREZ MARIÑO, L. *Programas de prevención de delitos y responsabilidad del administrador por deficiente desempeño del deber de control*

<sup>37</sup> NIETO MARTÍN, A. *Cumplimiento normativo basado en evidencias empíricas.*

control; respondiendo frente a la sociedad, sus socios y accionistas, o terceros de los daños y perjuicios causados con base en su negligencia.

En esta reflexión encontramos la clave para la resolución de la cuestión principal de la consulta en la que se basa este dictamen: podrá reclamarse responsabilidad al administrador social por el incumplimiento de su deber de control que ha llevado a que la sociedad acabe siendo condenada en el proceso penal.

Continúa, aclarando que 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<sup>38</sup>, en la misma línea que la SAP de Barcelona 694/2016, de 14 de diciembre ya mencionada antes.

Como en el supuesto planteado nos encontramos en el primer caso, no entraremos a desarrollar qué sucede cuando el cumplimiento es parcial, para evitar la dispersión en un tema que puede ser profuso.

Por este mismo motivo y en aras de mayor brevedad, no tratamos la figura del compliance Officer. Al no haberse ni siquiera implantado programa de cumplimiento, carece de sentido introducir cualquier reflexión sobre el que hubiera sido el encargado de la supervisión de la eficacia de las medidas de control contenidas en ese programa.

Por último, sobre la obligatoriedad, la conclusión a la que se llega respecto a las consecuencias de la no implantación del programa de cumplimiento sería muy distinta si hubiera llegado a prosperar el *non nato* art. 286.6 CP que en el proyecto de reforma del CP recogía el delito de omisión de la aprobación del plan de prevención de riesgos delictivos por parte de los administradores sociales<sup>39</sup>. Dicho artículo no llegó a

---

<sup>38</sup> El autor menciona, como ejemplos, 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

<sup>39</sup> La redacción de dicho artículo era la siguiente: “1.—Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de

incorporarse a nuestro CP con la reforma, pero a nuestro parecer hubiera supuesto una sanción concreta que perfilaría los programas de cumplimiento como obligatorios.

### **Tercero. Los administradores sociales y los programas de cumplimiento**

Queda claro que para analizar el rol de los administradores sociales en los modelos de prevención de delitos debemos partir de la idea de que las implicaciones que conlleva la entrada del cumplimiento normativo en nuestro sistema jurídico van más allá del ámbito penal y repercuten directamente en materias mercantiles por su estrecha relación con los principios de Buen Gobierno Corporativo<sup>40</sup>, por ejemplo, en cuanto se abre la posibilidad de integrar dentro de la diligencia debida por los administradores sociales la implantación de un sistema de cumplimiento en la sociedad que gestionan. Y todo ello, como hemos analizado en el apartado anterior, sin ser obligatorios legalmente.

Antes de continuar hablando de los administradores sociales, conviene introducir la aclaración de que el órgano de administración es distinto a la Junta de accionistas/socios (que son los propietarios de la sociedad) y se trata del órgano encargado de supervisar el buen funcionamiento de la sociedad. Establece el artículo 209 LSC que el órgano de administración tiene encomendadas las facultades de gestión y representación de la sociedad<sup>41</sup>.

---

*personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida. Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del art. 31 bis. 2.—Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses. 3.—No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas.”*

<sup>40</sup> CAZORLA, L. en *La profesionalización de los consejos de administración* (2013) lo define como propio de sociedades cotizadas, bancos y entidades financieras sometidas a regulación específica que les obliga a disponer de un conjunto de estándares de actuación o mejores prácticas de funcionamiento.

<sup>41</sup> Artículo 209 LSC, titulado *Competencia del órgano de administración*:

*Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.*

La Sentencia del Tribunal Supremo 316/2018, de 28 de junio, convalida la interpretación de que la autorización que tienen los administradores societarios está dirigida para gestionar de forma diligente las sociedades para las que trabajan o a quien representan, sin que pueda servir de manto bajo el que realizar actos en propio beneficio que perjudiquen a la sociedad.<sup>42</sup>

### **i. En el ámbito penal**

Comenzando por el ámbito penal, en el artículo 31 bis se establecen dos sistemas parcialmente distintos, en función de si el delito lo ha cometido un superior jerárquico o un subordinado. La Reforma de 2010 en el punto VII del Preámbulo, refiriéndose a la doble vía de fijación de responsabilidad de las personas jurídicas, establece que junto a la imputación de aquellos delitos cometidos por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, matizando que será imprescindible la consideración de las circunstancias del caso concreto para evitar una lectura meramente objetiva de dicha regla de imputación. Hay una serie de requisitos para la primera vía de imputación, representantes legales o integrantes de la dirección y gestión corporativa<sup>43</sup> que deben cumplirse forzosamente para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal:

- 1.ª adopción y ejecución eficaz por el órgano de administración, anterior a la comisión del delito de 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;

---

<sup>42</sup> Fundamento de Derecho octavo de la STS 316/2018, de 28 de junio “Sin embargo, la interpretación acertada que sigue el Tribunal es la que se convalida por esta Sala, ya que de ser así cualquier administrador que tiene autorización, obviamente, de gestión por su sociedad para la que trabaja o a quien representa podría, bajo ese manto de "autorización", realizar los actos dispositivos que quisiera en su propio beneficio y en perjuicio de la sociedad sin que ello supusiera un delito de apropiación indebida por entender que está "autorizado". Pero es que la autorización que tienen los administradores societarios son y están dirigidas para gestionar de forma diligente las sociedades para las que trabajan o a quien representan”.

<sup>43</sup> Véase el apartado 2 del art. 31 bis CP.

- 2.<sup>a</sup> supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
- 3.<sup>a</sup> elusión fraudulenta de los modelos de organización y prevención implantados por parte de los autores individuales del delito
- 4.<sup>a</sup> ejercicio suficiente y sin omisión de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano encargado

En cambio, si el delito lo comete un subordinado, segunda vía de imputación, es suficiente para eximir la responsabilidad penal de la empresa que se acredite que el modelo de prevención era adecuado<sup>44</sup>, sin necesidad de tener que probar que la elusión de él fue realizada fraudulentamente.

En la Reforma de 2010 ya se regulaba entre los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Mediante la Reforma de 2015, se lleva a cabo una mejora técnica, denominación que se le da en el propio punto III del Preámbulo de la misma, que consistió en delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica, y su condición a las dimensiones de la persona jurídica.

En el marco del artículo 31 bis CP, se analiza el papel de los administradores sociales desde la perspectiva tanto externa (como impulsores y responsables) como interna (potenciales infractores).<sup>45</sup>

El legislador hace expresamente responsable al órgano de administración de la adopción y ejecución eficaz de un sistema de compliance, por lo que –en negativo– se le responsabiliza también de la no adopción o de la ejecución ineficaz al hacerle garante legal. Es decir, si la empresa quiere evitar o mitigar su responsabilidad penal, el órgano de administración tiene que emplearse de forma activa en la implementación y despliegue eficaz del sistema de cumplimiento, siendo responsable por inacción.

---

<sup>44</sup> Véase el apartado 4 del art. 31 bis CP.

<sup>45</sup> CAZORLA, L. *El deber de diligencia del administrador social y los programas de cumplimiento penal*

Sin un programa de cumplimiento implementado de forma eficiente, la sociedad incrementará las posibilidades de una condena penal, que consistirá en la aplicación de lo dispuesto en el art. 33.7 CP<sup>46</sup>, ya que, no solo no existirán medios de defensa suficientes para lograr la exoneración de la responsabilidad que prevé la ley sino que dicha ausencia se incorporará como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica por parte de la acusación.

## **ii. En el ámbito mercantil**

Los programas de cumplimiento penal, en el marco estrictamente mercantil, también tienen un papel relevante al configurarse como elemento cuya aprobación 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<sup>47</sup>.

Tras la reforma de la LSC de 2014 para la mejora del gobierno corporativo, se amplían los deberes y responsabilidades de los administradores. Se introduce la regla de la

---

<sup>46</sup> “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

a) *Multa por cuotas o proporcional.*

b) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*

c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

d) *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

e) *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*

f) *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*

g) *Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.”*

<sup>47</sup> CAZORLA, L. en *El deber de diligencia del administrador social y los programas de cumplimiento penal* defiende, además, que “en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando de sociedades mercantiles se trata, un análisis jurídico-societario y mercantil se impone”.

business judgement rule, estrechamente relacionada con el cumplimiento del deber de diligencia.

Dice la LSC que constituyen facultades indelegables del consejo de administración 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.

Dentro de la posición de garante de los administradores respecto del cumplimiento de las normas, conviene analizar el papel de estos en la elaboración, implementación, ejecución, revisión y supervisión de los programas de cumplimiento normativo penal. Es un deber que debe ejercerse antes que ocurra el delito, pero su eficacia se evaluará una vez haya ocurrido.

Dentro de las obligaciones establecidas en el Capítulo III del título VI de la LSC nos interesa analizar el deber de diligencia recogido en el art. 225 LSC, sin perder de vista la apreciación de VELERDAS<sup>48</sup> de que la regulación de forma separada de los deberes no debe entenderse como que los mismos sean autónomos puesto que existe una notoria conexión entre ellos dado que la observancia de uno de ellos implica la del otro.

El art. 225 LSC 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.

La reforma, en lo que al deber de diligencia se refiere, importa el concepto anglosajón de “care and loyalty” al entender el mismo como la exigencia a los administradores de tiempo, dedicación, interés, esfuerzo y despliegue de todas las medida de supervisión a fin de maximizar la producción de valor o beneficio.

Se configura ese deber como una obligación de medios, no de resultados y, aunque supeditado al interés social, no cabe apreciar el incumplimiento del deber de diligencia o su cumplimiento deficiente en función de los resultados obtenidos, siempre que se encuentren en el marco de la toma de decisiones empresariales que, desde luego, no incluye aquellas que sobrepasen los parámetros legales.

---

<sup>48</sup> VELERDAS PERALTA, A. (2016) pp. 288-290

Los administradores, en cuanto dirigen la sociedad, son quienes están en la mejor posición para influir en su comportamiento<sup>49</sup>.

### **iii. Interrelación entre penal y mercantil**

CAZORLA considera posible relacionar el artículo 31 bis del CP con los artículos 225 y 226 de la LSC, muy en particular, con la protección de la discrecionalidad empresarial o business judgement rule<sup>50</sup>. 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.

La relación que podemos establecer entre el programa de cumplimiento penal y la discrecionalidad empresarial es doble.

Por una parte, dicho programa, en tanto contiene planes de acción y recomienda formas concretas de actuación, puede constituirse en reflejo de esos procedimientos de toma de decisiones a los que se sujeta la protección de las decisiones estratégicas que se mencionan en el artículo.

Mientras que, por otra parte, plantea la cuestión de si, al no ser obligatoria la implantación, eso significa que la decisión sobre tener un programa de cumplimiento es una decisión discrecional y, por tanto, sometida al parámetro del 226, pudiendo amparar a los administradores que han decidido no contar con el programa actuando de buena fe, informados, etc., y si es así, quedarían exonerados de responsabilidad.

No obstante, el incumplimiento por parte del órgano de administración del deber de mantener una estructura organizativa transparente que evite la comisión de un delito o disminuya su riesgo en el seno de la persona jurídica puede con facilidad ser considerada una gestión negligente de los administradores societarios, por vulneración del deber de diligencia que corresponde al órgano de administración en su posición de garante de intereses patrimoniales de la sociedad.

---

<sup>49</sup> FLORES SEGURA, M. (2018) *Cumplimiento normativo, deber de diligencia y responsabilidad de administradores*.

<sup>50</sup> CAZORLA L., *El deber de diligencia del administrador social y los programas de cumplimiento penal*.

El deber de control puede incumplirse bien por ausencia absoluta de planes de prevención, o bien porque éstos no sean idóneos o eficaces para el fin para el que se establecen.

Si esta situación es aprovechada por una persona física vinculada con la empresa para la comisión de un ilícito, la consecuencia para la administración social deviene difícil de salvar.

Por un lado, si con la comisión del delito, resultado directo o indirecto de la ausencia de planes preventivos, se perjudican los intereses patrimoniales de la sociedad, bien directamente, bien como consecuencia de sentencia que establezca su responsabilidad civil, el administrador social podrá ser responsable del daño patrimonial generado.

Y si, por otro lado, el delito se comete en el seno de la empresa y en su beneficio, y ello acarreará su responsabilidad penal, y consecuencia de la pena que se imponga el perjuicio económico para la sociedad y por ende para sus socios, o incluso para terceros y acreedores, igualmente se podrá generar la responsabilidad derivativa del administrador social al no haber implementado medidas adecuadas de prevención, en cumplimiento de lo establecido legalmente, que hubieran eximido a la sociedad de responsabilidad penal, que igualmente le podrá ser exigida a través de las correspondientes acciones individuales y sociales de responsabilidad.

Así, el 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 CP 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 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.<sup>a</sup> del apartado 2 puedan ser asumidas directamente por el órgano de administración<sup>51</sup>.

Tanto desde el punto de vista de las personas legitimadas para ejercitar acciones de responsabilidad (entre las que se encuentran los socios) contra los administradores sociales como para los propios administradores sociales a la hora de defender su actuación, la existencia o no del programa de cumplimiento dentro de la empresa puede ser fundamental.

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<sup>52</sup>.

Si se produce un daño para la sociedad, socios o terceros, a consecuencia del desempeño negligente de las funciones y deberes del administrador, este 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”<sup>53</sup>.

#### **Cuarto. Vías de reclamación de responsabilidad de administradores sociales**

Al hilo de lo desarrollado en este dictamen con relación a la responsabilidad de los administradores sociales se describen a continuación las formas de reacción del derecho mercantil ante la infracción de dicha responsabilidad, a través de dos acciones judiciales: la acción social y la acción individual. La interposición de una u otra dependerá del sujeto perjudicado, como veremos.

El régimen de responsabilidad societaria está configurado para indemnizar los daños provocados por los administradores sociales en el ejercicio de su cargo ya sean causados

---

<sup>51</sup> SÚAREZ MARIÑO, L. *Programas de prevención de delitos y responsabilidad del administrador por deficiente desempeño del deber de control*

<sup>52</sup> Ídem

<sup>53</sup> Ídem

al patrimonio social o bien al patrimonio individual de los socios o terceros (acreedores, por ejemplo).

Establece el artículo 236 LSC que “*los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa*” y crea el nexo necesario entre los deberes de los administradores, que ya relacionamos debidamente en el apartado anterior con los programas de cumplimiento normativo, y el incumplimiento de los mismos puesto de manifiesto en la ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos de la que surgió la responsabilidad penal de la persona jurídica en el caso que nos ocupa.

En función del sujeto pasivo, si el incumplimiento del administrador causa un daño directamente a la sociedad, se podrá interponer por ésta una acción social de responsabilidad. En cambio, si el incumplimiento del administrador a quien perjudica es directamente a socios o acreedores sociales, podrán interponer acciones individuales de responsabilidad, según se establece en el art. 241.

Ambas acciones prescriben a los 4 años a contar desde la fecha en que hubieran podido ejercitarse<sup>54</sup>.

Los presupuestos para que pueda exigirse responsabilidad de los administradores sociales, es decir, las circunstancias necesarias que deben concurrir previamente para atribuir responsabilidad a los administradores son los regulados en el art. 236.1 LSC.

Tomando el resumen de SÁNCHEZ y SÁNCHEZ-CALERO<sup>55</sup>, se trata de los siguientes:

- a) Incumplimiento de la ley, los estatutos o los deberes inherentes del cargo de administrador por acción u omisión.
- b) Culpabilidad, quedan excluidos los casos de fuerza mayor, acción o error justificable. Se requiere la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del

---

<sup>54</sup> Artículo 241 bis LSC. *Prescripción de las acciones de responsabilidad.* (negrita añadida)

*La acción de responsabilidad contra los administradores sea social o individual, **prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.***

<sup>55</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2013) Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I. p. 528

administrador y ésta se presume<sup>56</sup> si queda probado que se trata de actos contrarios a la ley o a los estatutos.

c) Daño directo a la sociedad. Se requiere que sea la propia sociedad la que sufra el daño provocado por la conducta del administrador y es por ello por lo que ostenta la legitimación activa para interponer la acción social de responsabilidad mientras que la legitimación de los socios y terceros es subsidiaria.

d) Existencia de nexo causal entre la acción u omisión ilícita del administrador y el daño provocado.

e) Cuantificación económica del daño. El perjuicio económico sufrido por la condena penal de la persona jurídica que podría haberse sorteado de haberse incorporado diligentemente y con carácter previo un programa de cumplimiento eficaz.

La acción social de responsabilidad tiene como finalidad la restauración del patrimonio social a su estado anterior a la actuación ilícita y culpable del administrador.

Se establece legalmente un orden de prelación por el cual, en primer lugar, es la propia sociedad la que se halla legitimada a entablar la acción social de responsabilidad<sup>57</sup>. En este caso, como requisito previo, se necesita un acuerdo de la junta general tomado por mayoría ordinaria, sin que sea necesario que conste en el orden del día.

En segundo lugar, la Ley permite que la acción social se ejerza por los socios o por los acreedores de la sociedad (arts. 239 y 240 LSC respectivamente), sin que ello implique se esté ante una acción individual. La perjudicada continúa siendo la sociedad, los socios o acreedores litigan en nombre propio, pero en interés de la sociedad y la indemnización iría destinada a integrar el patrimonio de la sociedad.

Los socios que representen, al menos, un 5% del capital podrán convocar junta general para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y, en su caso, entablar conjuntamente la acción en defensa del interés social. El requisito previo de

---

<sup>56</sup> Presunción iuris tantum

<sup>57</sup> El artículo 238, titulado *Acción social de responsabilidad*, en su apartado 1, establece que:

*1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.*

someter la decisión a la junta general podrá obviarse cuando se acredite que los administradores actuaron en contra al deber de lealtad.

Respecto a la acción social ejercitada por los acreedores, solo podrá serlo cuando no haya sido ejercitada previamente ni por la propia sociedad ni por sus socios y tendrá que acreditarse la insuficiencia de patrimonio social para la satisfacción de sus créditos.

En cambio, si el incumplimiento del administrador a quien perjudica es, directamente, a socios o acreedores, podrán interponer acciones individuales de responsabilidad, según se establece en el art. 241 LSC<sup>58</sup>.

No disponemos de un antecedente español de condena al órgano de administración social por su responsabilidad al no aplicar un sistema de cumplimiento normativo pero, siendo nuestro modelo penal copia del Decreto Legislativo 231 italiano, resulta interesante mencionar la sentencia del Tribunal de Milán de 13 de febrero de 2008<sup>59</sup> en la que se condena al Consejero-Delegado y Presidente del Consejo de Administración por no haber elaborado un programa de cumplimiento normativo con el siguiente argumento: *“en lo referente a la falta de adopción de un adecuado modelo organizativo, por un lado, el daño aparece como indiscutible atendiendo al pago de la sanción pactada y, por el otro, resulta igualmente indiscutible el concurso de responsabilidad del demandado que, como Consejero Delegado y Presidente del Consejo de Administración, tenía el deber de activar este órgano que, en cambio, permaneció inoperante”*.

En el supuesto anterior, se reconoce el perjuicio causado por la inactividad del órgano de administración a la hora de establecer las estructuras de prevención penal exigidas por la normativa italiana y se refrenda por el Tribunal que la sociedad perjudicada pueda repetir contra el administrador por los daños sufridos.

---

<sup>58</sup> Artículo 241 LSC. *Acción individual de responsabilidad.*

*Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.*

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal de Milán (Sección VIII de lo Civil) núm. 1774/2008, de 13 de febrero. Hemos utilizado la traducción libre que forma parte de la Serie de Cuadernos sobre Cumplimiento Legal (n.º 9) – Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal de KPMG como Apéndice I.

El planteamiento se basa en que, si el incumplimiento se debe a la inexistencia o inadecuación de sistemas para la gestión del cumplimiento, la responsabilidad tenderá a dirigirse a los administradores sociales, puesto que forma parte de sus cometidos impulsar modelos adecuados para desarrollar la actividad empresarial dentro de la legalidad.

En esta misma línea pensamos que se va a desarrollar la jurisprudencia española. Muy probablemente nos encontraremos con supuestos en los que la falta de implantación de programas de cumplimiento o su adopción defectuosa sustenten nuevos supuestos de responsabilidad de los administradores sociales de las empresas por los daños que se ocasionen a las mismas al ser condenadas penalmente.

Para finalizar el presente dictamen, justificaremos por qué entendemos que en el supuesto de hecho es posible accionar contra el administrador social por los daños ocasionados a la sociedad al no implantar un modelo de prevención de delitos eficaz y haber sido esta condenada penalmente.

De acuerdo con la enumeración de presupuestos de responsabilidad del apartado anterior, observamos lo siguiente:

- a) Existe incumplimiento de deberes inherentes al cargo de administrador, en este caso por omisión. Ante la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica, partiendo de que dentro del deber de diligencia se encuentra la necesidad de control que se materializa en la implantación de programas de cumplimiento y su ejecución eficaz, es latente que, en ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. no se llevó a cabo dicha implantación y tampoco existía ningún otro tipo de control que nos permitiera entender que se cumplía con el deber de diligencia a pesar de no disponer de programa.
- b) Dolo o culpa del administrador. La culpabilidad, se presume y recae en el administrador la carga de probar su conducta diligente, difícilmente sostenible en este caso en el que no ha existido ni siquiera el mínimo intento de supervisión, más allá de que no se haya implantado programa de cumplimiento alguno, tampoco constan evidencias de protocolos o líneas de actuación que

supusieran la vigilancia o dirección de la realización de las actividades de transporte por parte del administrador u autorizados por el mismo.

- c) Daño directo a la sociedad. Existe una condena penal a la persona jurídica, el delito se ha cometido en su seno, por las personas que indica el art. 31.1 bis b) CP, en este caso, los empleados Miguel Jiménez Moreno y Vicente Rodríguez Toledo, y no se cumplen las condiciones para que opere la exoneración de responsabilidad, por lo que ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. ha sido condenada al pago de una cuantiosa multa.
- d) Existencia de nexo causal entre la acción u omisión ilícita del administrador y el daño provocado. En los hechos probados del caso se evidencia que la inacción o incumplimiento procede personalmente del administrador social y que, de haberse adoptado las medidas correspondientes, hubiera existido eximente de la responsabilidad penal de la empresa que hubiera evitado la condena penal de la misma a pesar de la comisión del delito de salud pública que tuvo lugar en su seno.
- e) Cuantificación económica del daño. Se utiliza la pena impuesta a la sociedad como base para la cuantificación del daño. La pretensión indemnizatoria deberá ascender a la cuantía que alcanza la condena penal, con el fin de restablecer el patrimonio societario a la normalidad en la que debía haber permanecido, de no haberse dado la condena penal.

## **V. Conclusiones**

PRIMERA. – Los programas de cumplimiento normativo penales, adoptados y ejecutados antes de la comisión del delito, sirven para prevenir o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión por la empresa.

SEGUNDA. – No existe obligación de implantar programas de cumplimiento en las sociedades españolas.

TERCERA. – El órgano de administración es quien deberá adoptar y ejecutar con eficacia los programas de cumplimiento que podrán sustentar la exención o atenuación de la responsabilidad de la persona jurídica.

CUARTA. – Las obligaciones propias del deber de diligencia de los administradores sociales abarcan la aprobación y aplicación eficaz de programas de cumplimiento en la sociedad administrada.

QUINTA. – En el supuesto de hecho planteado, en el que se da un contexto de efectiva condena penal a una persona jurídica, ENVÍOS RÁPIDOS, S.L., el administrador social podría ser responsable frente a la sociedad por no haber implantado un programa de cumplimiento.

SEXTA. – La responsabilidad del administrador social en el caso que nos ocupa se reclamaría por vía de la acción social de responsabilidad en la que se pretenda reintegrar el patrimonio de la sociedad que se ha visto perjudicado por la multa que ha recaído sobre la misma tras la condena penal.

## **VI. Anexo**

### **1. Demanda de acción social de responsabilidad contra el administrador social**

*Como ANEXO 1 del presente trabajo se adjunta escrito de demanda de acción social de responsabilidad contra el administrador social ejercitada por ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. que simula la demanda que se realizaría en un caso real ante el supuesto planteado.*

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE QUE  
CORRESPONDA

**DOÑA MARÍA ESTHER DÍAZ JURADO**, Procuradora de los Tribunales y de **ENVÍOS RÁPIDOS, S.L.** domiciliada en Calle Antonio Martínez, número 35, local bajo c), cuya representación acredito mediante escritura de poder que acompaño como **DOCUMENTO NÚMERO UNO**, dirigido por la Letrada abajo firmante **DOÑA NAZARA HERNÁNDEZ GONZÁLEZ**, con número de colegiada 4.508 del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en derecho

### **DIGO**

Que mediante el presente escrito formulo **DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO**, en la que ejercito la **ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR** de ENVÍOS RÁPIDOS, S.L., D. Juan Antonio Morales Campos con DNI 42560734G y domicilio en Calle Rosa Leda, número 89, 3º C, Santa Cruz de Tenerife, que baso en los siguientes

### **HECHOS**

**PRIMERO.** Mi mandante, ENVÍOS RÁPIDOS, S.L., fue constituida el 1 de mayo de 2016 y está inscrita en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, Tomo IV, Folio 65, Hoja 9, con C.I.F. B86478865. Su objeto social es el siguiente: Servicio de

mensajería y paquetería en todo el territorio nacional y extranjero. Servicio de transporte de todo tipo de mercancías de viajeros. La intermediación, administración, mantenimiento y gestión de cualquier forma de distribución de mercancías y paquetería, etc. La indicada Sociedad posee un capital social de 50.000,00 €, totalmente suscrito y desembolsado. La cantidad de empleados oscila entre 25 y 35 y un importe de ventas de entre 750.001 y 1.500.000€.

Se adjunta como **DOCUMENTO NÚMERO DOS**, copia simple de la escritura de constitución de la sociedad, autorizada por el Notario D. Manuel Rodríguez de la Peña, número 97 de su protocolo, de fecha 1 de mayo de 2016 y como **DOCUMENTO NÚMERO TRES** certificación del Registro Mercantil donde constan los datos mencionados.

**SEGUNDO.** Dicha sociedad, desde su constitución tenía su administración confiada a un único Administrador, D. Juan Antonio Morales Campos, el ahora demandado, nombrado por período de cuatro años, que no llegó a cumplir por cesar en el cargo en diciembre de 2018.

Se adjunta como **DOCUMENTO NÚMERO CUATRO**, escritura de nombramiento y aceptación de dicho cargo, así como **DOCUMENTO NÚMERO CINCO** certificación del Registro Mercantil.

**TERCERO.** Desde 2016 y durante los años 2017 y 2018, ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. fue objeto de diversas investigaciones relativas a la comisión de delitos contra la salud pública por tráfico de estupefacientes de sustancia que causaba grave perjuicio para la salud (cocaína). Se averiguó que efectivamente se estaban llevando a cabo distribuciones de cocaína. La actividad delictiva estaba dirigida por dos empleados, Miguel Jiménez Moreno y Vicente Rodríguez Toledo, quienes, en connivencia, aprovechando las labores de transporte realizadas en ENVÍOS RÁPIDOS, S.L., utilizaban las mismas para su ilícito tráfico.

**CUARTO.** Mediante sentencia de 10 de diciembre de 2018 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, ratificada por sentencia de 3 de noviembre de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. fue condenada a la pena de multa de 600.000,00 € por la comisión de delito contra la salud pública. Fueron además condenados los dos empleados ya identificados en calidad de autores responsables de delito contra la salud pública, a 4 años de prisión y multa de 200.000,00 €.

D. Juan Antonio Morales Campos resultó procesado pero absuelto al no existir prueba de su efectiva participación en los hechos que se le atribuían.

**QUINTO.** ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. no disponía de un adecuado programa de cumplimiento normativo, por lo que no pudo aplicarse la eximente recogida en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, resaltándose tanto por el juez de primera instancia como por los magistrados de la Audiencia Provincial que la ausencia de una cultura de respeto al Derecho puesta de manifiesto en la falta de vigilancia y control por el administrador social y la permisividad de la empresa favoreció que se sucedieran a lo largo de casi tres años, los actos ilícitos.

**SEXTO.** Ante esta situación, de acuerdo con el artículo 168 de la LSC, se requirió notarialmente al Administrador para que procediera a celebrar Junta General el 23 de diciembre de 2018, en el que debía constar en el orden del día:

1. Destitución de D. Juan Antonio Morales Campos de su cargo de administrador único de la sociedad.
2. Nombramiento de nuevo administrador.

El 23 de diciembre de 2018, se celebró dicha junta general de socios, en primera convocatoria, debidamente convocada, en la que, entre otros acuerdos, se adoptó, como constaba en su Orden del Día, el cese del administrador que ostentaba el cargo hasta esa fecha, renovándose totalmente con el nombramiento de Dña. Sara García Vega, quien continúa siendo administradora en la actualidad.

Se adjuntan como **DOCUMENTO NÚMERO SEIS** copia del requerimiento notarial efectuado a D. Juan Antonio Morales Campos, como **DOCUMENTO NÚMERO SIETE** acta de la Junta General Universal de ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. de 23 de diciembre de 2018, como **DOCUMENTO NÚMERO OCHO** escritura de nombramiento y aceptación del cargo por Dña. Sara García Vega y como **DOCUMENTO NÚMERO NUEVE** certificación del Registro Mercantil comprensiva de las inscripciones del cese del administrador hoy demandado y del nombramiento de la nueva administradora.

**SÉPTIMO.** En fecha 30 de noviembre de 2019 se procedió a la celebración de Junta General Extraordinaria de socios de ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. en la que, hallándose presentes los socios que representaban el 100% del capital social de la cita mercantil, se decidió por unanimidad la celebración de dicha junta con el carácter de universal. No siendo preciso, por lo tanto, el cumplimiento de los requisitos de convocatoria, los asistentes fijaron el orden del día, entre cuyos puntos, y, en primer lugar, constaba el debate y aprobación del ejercicio de la acción social de responsabilidad contra el administrador social D. Juan Antonio Morales Campos, tras la sentencia de 3 de noviembre de 2019 recaída en apelación que ratificaba la condena a ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. al pago de multa de 600.000 €.

Tras las oportunas deliberaciones se adoptó por mayoría el ejercicio de dicha acción.

Se acreditan dichos externos con la aportación del certificado del acta de la junta a que se hace referencia en el párrafo anterior, como **DOCUMENTO NÚMERO DIEZ**.

Además, se aportan como **DOCUMENTOS NÚMERO ONCE** y **NÚMERO DOCE** las sentencias en que se condena y se ratifica la condena de multa de SEISCIENTOS MIL EUROS (600.000,00 €), cantidad en que se cifra la cuantía de esa demanda.

A los hechos expuestos les son de aplicación los siguientes

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I. COMPETENCIA OBJETIVA**

En base al artículo 86 ter 2 a) de la LOPJ serán competentes los juzgados de lo mercantil respecto a las demandas en las que se ejerciten acciones o se promuevan cuestiones al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles.

### **II. COMPETENCIA TERRITORIAL**

Según el artículo 50 de la LEC, el tribunal competente es el del domicilio del demandado. En este caso el domicilio de D. Juan Antonio Morales Campos que se encuentra en Calle Rosa Leda, número 89, 3º C, Santa Cruz de Tenerife, por lo que será competente el Juzgado de lo mercantil de Santa Cruz de Tenerife.

### **III. LEGITIMACIÓN ACTIVA**

ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. está legitimada activamente de acuerdo con el artículo 238.1 de la LSC que establece que la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado, aunque no conste en el orden del día.

### **IV. LEGITIMACIÓN PASIVA**

Por su parte, el administrador D. Juan Antonio Morales Campos, está legitimado pasivamente de acuerdo con lo establecido en el artículo 236 LSC que establece que los administradores responderán frente a la Sociedad.

### **V. PROCEDIMIENTO**

En virtud del artículo 249.2 de la LEC, se decidirán en juicio declarativo ordinario las demandas cuya cuantía exceda de 6.000 € y aquellas cuyo interés económico sea imposible de cuantificar para las que no se disponga otra cosa.

### **VI. PRESUPUESTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD**

En virtud de lo previsto en el art. 236 LSC, los administradores responden frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales del daño que causen por

actos contrarios a la Ley, a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes a su cargo.

Estos deberes se recogen en los arts. 225 a 232 LSC, según los cuales deben desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, debiendo informarse de manera diligente sobre la marcha de la empresa. Además, está obligado a cumplir con los deberes de fidelidad, lealtad y secreto a los que los citados preceptos le obligan.

Se pretende en la presente demanda el resarcimiento del daño causado derivado de la sanción penal impuesta aduciendo que el demandado eludió sus deberes como administrador, lo que provocó que ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. se viera envuelta en la trama de tráfico de drogas promovida por dos de sus empleados que no fue detectada ni obstaculizada por la ausencia de controles, que motivó la imposición de la multa en sede penal.

a) **Existe incumplimiento de deberes inherentes al cargo de administrador, en este caso por omisión.**

Por la sentencia condenatoria se determinó que no era posible la aplicación de la eximente de responsabilidad de personas jurídicas a ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. porque *“el administrador había incumplido la función específica de adoptar y ejecutar con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyeran medidas de vigilancia y control idóneos para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”*.

La propia inexistencia de un modelo de organización y gestión, además de una clara manifestación de la *“ausencia de cultura del respeto al Derecho”* en que se basa la responsabilidad penal de la persona jurídica, al mismo tiempo, constituye una evidente manifestación del incumplimiento de la función de control que la LSC impone a los administradores.

Por no contar con alguna clase de formas concretas de vigilancia y control tendentes a la evitación de la comisión de delitos de los que la persona puede ser responsable no pudo ser eximida de responsabilidad ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. pero es que, además, esa omisión fundamentó la condena.

**b) Dolo o culpa del administrador.**

La culpabilidad, se presume y recae en el administrador la carga de probar su conducta diligente, difícilmente sostenible en este caso en el que:

- i. No ha existido ni siquiera el mínimo intento de supervisión
- ii. No se ha implantado programa de cumplimiento alguno
- iii. Tampoco constan evidencias de protocolos o líneas de actuación que supusieran la vigilancia o dirección de la realización de las actividades de transporte por parte del administrador u autorizados por el mismo.
- iv. Existen en sede penal dos sentencias que insisten en la imposibilidad de aplicar la eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica, precisamente porque no se cumplen las condiciones para que opere.

**c) Daño directo a la sociedad.**

El daño aparece como indiscutible atendiendo a la sanción a que se ha visto sometida ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. Existe una condena penal a la persona jurídica, el delito se ha cometido en su seno, por las personas que indica el art. 31.1 bis b) CP, en este caso, los empleados Miguel Jiménez Moreno y Vicente Rodríguez Toledo.

**d) Existencia de nexo causal entre la acción u omisión ilícita del administrador y el daño provocado.**

La inacción o incumplimiento procede personalmente del administrador social y, de haberse adoptado las medidas correspondientes, hubiera existido eximente de la responsabilidad penal de la empresa que hubiera evitado la condena penal de la misma a pesar de la comisión del delito de salud pública que tuvo lugar en su seno.

**e) Cuantificación económica del daño.**

Se utiliza la pena impuesta a ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. como base para la cuantificación del daño. La pretensión indemnizatoria deberá ascender a la cuantía que alcanza la condena penal, con el fin de lograr el restablecimiento del patrimonio societario a la normalidad en la que debía haber permanecido, de no haberse dado la condena penal.

Con base en el daño causado por incumplimiento de su deber de control debe responder D. Juan Antonio Morales Campos frente a la sociedad de los perjuicios causados con base a su negligencia como administrador social de ENVÍOS RÁPIDOS, S.L.

#### **VII. CUANTÍA**

Conforme al art. 253 de la LEC se cifra la cuantía de la presente demanda en SEISCIENTOS MIL EUROS (600.000,00 €), que es el importe de la cantidad que se reclama por coincidir con la cuantía de la multa a la que ha sido condenada la sociedad.

#### **VIII. POSTULACIÓN Y DEFENSA**

Conforme a lo previsto en los arts. 23 y 31 de la LEC, se presenta la demanda por medio de Procuradora legalmente habilitada y bajo dirección de Letrada firmante de la misma.

#### **IX. COSTAS**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 394.1 de la LEC corresponde la imposición de costas al demandado.

Por todo lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO**, que, habiendo presentado este escrito, lo admita, junto con los documentos que se acompañan y sus copias, tenga por interpuesta DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD por mi representada, la mercantil ENVÍOS RÁPIDOS, S.L., contra el anterior Administrador social D. Juan Antonio Morales Campos, le dé curso conforme a las normas del juicio ordinario y, tras los trámites procesales oportunos, dicte en su día Sentencia por la que:

- A) **DECLARE** la responsabilidad del demandado como Administrador de la Sociedad ENVÍOS RÁPIDOS, S.L. de acuerdo con lo manifestado en el cuerpo del presente escrito.

**B) CONDENE** al demandado al pago de SEISCIENTOS MIL EUROS (600.000,00 €) de indemnización por los daños causados en el patrimonio de mi representada más los intereses legales desde la fecha de interposición de la presente demanda, así como a las costas dimanantes del presente proceso, cantidades todas ellas que habrán de reintegrar el patrimonio de mi representada.

**PRIMER OTROSÍ DIGO**, que esta parte manifiesta su voluntad de cumplir en todos los actos procesales las formalidades exigidas.

Por ello,

**SUPLICO AL JUZGADO**, que tenga por efectuada la anterior manifestación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es justicia que pido en Santa Cruz de Tenerife, a 20 de enero de 2020.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, JESÚS, “Sanciones por incumplimiento de las reglas de gobierno corporativo”, 2015, en <https://almacenederecho.org/sanciones-administrativas-por-incumplimiento-de-las-reglas-de-gobierno-corporativo/>
- BACHMAIER WINTER, LORENA, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*”, *Diario La Ley*, n.º 7938, Sección Tribuna, 5 de Octubre de 2012, Ref. D-347, Editorial LA LEY.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, LUIS, “El deber de diligencia del administrador social y los programas de cumplimiento o “*compliance*” penal”, *Revista Lex Mercatoria*, n.º 1, 2015, pp. 10-12
  - “Administradores sociales, diligencia empresarial y programas de cumplimiento penal”, 2015, en <http://luiscazorla.com/2015/11/administradores-sociales-diligencia-empresarial-y-programas-de-cumplimiento-penal/>
  - “Del Derecho al Compliance (cumplimiento normativo)”, 2016, en <http://luiscazorla.com/2016/03/del-derecho-al-compliance-cumplimiento-normativo/>
  - “Ya está aquí la Circular FGE 1/2016 sobre responsabilidad penal PJ y Compliance”, 2016, en <http://luiscazorla.com/2016/01/ya-esta-aqui-la-circular-fge-12016-sobre-responsabilidad-penal-pj-y-compliance/>
  - “La “profesionalización” de los consejos de administración”, 2016, en <http://luiscazorla.com/2016/06/la-profesionalizacion-de-los-consejos-de-administracion/>
- FLORES SEGURA, MARTA, “Cumplimiento normativo, deber de diligencia y responsabilidad de administradores”, 2018, en <https://almacenederecho.org/cumplimiento-normativo-deber-diligencia-responsabilidad-administradores/>
- NAVAS MONDACA, IVÁN y BALMACENA HOYOS, GUSTAVO, *El Criminal Compliance en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- NIETO MARTÍN, ADÁN, “Cumplimiento normativo basado en evidencias empíricas”, 12 de octubre de 2015, en

<https://almacenederecho.org/cumplimiento-normativo-basado-en-evidencias-empiricas/>

- ROTSCH, THOMAS “Criminal Compliance”. *In Dret. Revista para el análisis del derecho*, n.º 1/2012.
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. Thomson Reuters, 2013.
- SUÁREZ MARIÑO, LUIS, “Programas de prevención de delitos y responsabilidad del administrador por deficiente desempeño del deber de control”. *Revista AEAEC (Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance) European Compliance & News*, n.º 4, enero 2018, pp. 29 y ss., en <http://aeaecompliance.com/index.php/actualidad/noticias/37-programas-de-prevencion-de-delitos-y-responsabilidad-del-administrador-por-deficiente-desempeno-del-deber-de-control>
- TURIENZO FERNÁNDEZ, ALEJANDRO, “Una aproximación heterodoxa al fenómeno del compliance. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018”, 2018, en <http://www.criminaljusticenetwork.eu/en/post/una-aproximacion-heterodoxa-al-fenomeno-del-compliance-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-de-28-de-junio-de-2018>
- VELERDAS PERALTA, ÁNGEL. “Órgano de administración (II). Deberes y responsabilidad de los Administradores” en *Derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de Sociedades de capital y de la legislación complementaria*, Editorial Marcial Pons, 2016, pp. 288-290.

## **RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS**

### **Tribunal Supremo**

- STS núm. 509/1999, de 7 de junio.
- STS núm. 222/2004, de 22 de marzo.
- STS núm. 154/2016, de 29 de febrero.
- STS núm. 316/2018, de 28 de junio.
- STS núm. 365/2018, de 18 de julio.
- STS núm. 192/2019, de 9 de abril.

### **Audiencias Provinciales**

- SAP de Barcelona (Sección 8.<sup>a</sup>) núm. 694/2016, de 14 de diciembre.

### **Otras**

- Sentencia del Tribunal de Milán (Sección VIII de lo Civil) núm. 1774/2008, de 13 de febrero. Hemos utilizado la traducción libre que forma parte de la Serie de Cuadernos sobre Cumplimiento Legal (n.º 9) – Responsabilidades personales en el ámbito del cumplimiento legal de KPMG como Apéndice I.  
[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20160608\\_06.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20160608_06.pdf)

## **NORMATIVA CITADA**

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (CP)
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Reforma de 2010)
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (LSC)
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. (Reforma de 2014)
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. (Reforma de 2015)