

Gobierno corporativo y gestión de riesgos: la importancia creciente de los programas de *business integrity*

Estibaliz Aranburu Uribarri

Socia del Área de Mercantil, Fusiones y Adquisiciones de Gómez-Acebo & Pombo

Como consecuencia de las lecciones aprendidas de la reciente crisis, uno de los aspectos en los que más se está incidiendo desde el punto de vista del gobierno corporativo es en la responsabilidad del consejo sobre la política de control y gestión de riesgos. En este contexto, los programas integrales de cumplimiento normativo y ética empresarial resultan esenciales, puesto que se considera que el respeto a la ley y la ética empresarial están indisolublemente unidos a una gestión de riesgos adecuada.

1. Introducción

Es una opinión generalmente aceptada que, aunque no existe un modelo único con validez para todas las empresas, el gobierno corporativo debería contribuir: a) a generar la máxima rentabilidad para sus socios; b) a asegurar dicha rentabilidad y la sostenibilidad de la compañía a medio y largo plazo, y c) a compatibilizar la consecución de los anteriores objetivos con el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales y sociales de la empresa. No obstante, la crisis reciente ha puesto de manifiesto que muchas empresas no tenían un gobierno corporativo adecuado, puesto que, en algunos casos: a) los miembros de los consejos de administración no estaban capacitados profesionalmente para asumir la gestión o la supervisión de la gestión conforme a los estándares legalmente exigidos o no se informaban suficientemente de la marcha de la compañía o no tenían una dedicación suficiente; b) los sistemas de retribución de los consejeros o directivos incentivaban la obtención de beneficios a corto plazo, fomentando actuaciones que podían poner en peligro la estabilidad financiera o la sostenibilidad a largo plazo de las compañías, sin disponer de mecanismos que impidieran la recompensa de resultados desfavorables; c) existía falta de transparencia respecto de las retribuciones de los consejeros, las situaciones de conflictos de intereses y las transacciones vinculadas, o d) se permitían o, al menos, no se controlaban los comportamientos poco éticos, las actuaciones imprudentes o la asunción de riesgos excesivos.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Ante esta realidad, los organismos internacionales y los legisladores nacionales han reaccionado impulsando cambios normativos y recomendaciones de buenas prácticas en materia de gobierno corporativo. En este sentido, uno de los aspectos en los que más se está incidiendo, en particular, desde la OCDE, es en el papel del consejo en la determinación de la estrategia corporativa y la gestión de riesgos (o, lo que es lo mismo, en la responsabilidad del consejo sobre la gestión de los riesgos de las empresas) y, en relación con esto, en la importancia del cumplimiento normativo y en la necesidad de fomentar los comportamientos corporativos éticos, puesto que se considera que el respeto a la ley y la ética empresarial están indisolublemente unidos a una adecuada gestión de riesgos y a la sostenibilidad a largo plazo de las empresas.

En las líneas que siguen, nos referiremos al conjunto de programas, protocolos, funciones, personas, procesos o controles internos de una compañía en materia de cultura ética, cumplimiento normativo y gestión y control de riesgos como sistemas de integridad corporativa o *business integrity*.

2. Bases normativas de los programas de *business integrity*

En nuestro entorno, la Ley 31/2014, por la que se modificaba la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, introdujo el artículo 529 *ter.1*, en cuyos apartados *a* y *b* se establece, entre otros, que son facultades indelegables del consejo «la política de responsabilidad social corporativa» (que, de acuerdo con la recomendación 54 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, debería integrar mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, la ética y la conducta empresarial) y «[l]a determinación de la *política de control y gestión de riesgos*, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control». Por su parte, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas destaca la preocupación que sobre esta materia han mostrado tanto la OCDE como la Unión Europea y su importancia capital, de ahí que comprenda principios y recomendaciones sobre el control y gestión de riesgos, así como sobre la supervisión del cumplimiento normativo y del comportamiento ético de la sociedad.

En lo que a las sociedades no cotizadas se refiere, el artículo 249 *bis*, introducido por la Ley 31/2014, añade entre las facultades indelegables del consejo, «la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad». Como puede observarse, en contra de lo que ocurre en el caso de las sociedades cotizadas, no se hace de políticas concretas. No obstante, en nuestra opinión, ello no significa que en las sociedades no cotizadas las políticas de ética empresarial y cumplimiento normativo y control y gestión de riesgos no sean funciones indelegables del consejo, en la medida en que éstas son políticas o estrategias generales de las compañías. Llegamos a la misma conclusión si atendemos a lo siguiente:

- a) La propia exposición de motivos de la Ley 31/2014 hace referencia a la importancia cada vez mayor de la gestión de riesgos, lo cual se pone en relación directa con un consejo bien gestionado.
- b) El artículo 217.4 del 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), dispone que «[...] [e]l sistema de remuneración establecido [para los administradores] deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas

necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables», de lo que se deduce también claramente que recae en los administradores la responsabilidad de: a) promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad y b) implantar medidas para evitar riesgos excesivos.

- c) El deber de diligencia exige que los administradores adopten las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad (art. 225 LSC). Sin gran esfuerzo dialéctico, se puede deducir que, para poder controlar adecuadamente la sociedad, será necesario detectar y analizar los riesgos financieros y no financieros (entre otros, los riesgos operativos, tecnológicos, legales, sociales, medioambientales, políticos y reputacionales) a los que aquélla se enfrenta y establecer los mecanismos necesarios para su gestión.

En cuanto al cumplimiento normativo y la ética empresarial, como antes hemos mencionado, se consideran parte indisoluble de una política de control y gestión de riesgos adecuada pero, más allá de ello:

- a) El artículo 225.1 establece que «[l]os administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario [...]».
- b) La jurisprudencia ha reconocido que los administradores tienen un «deber objetivo de cuidado» que exige el cumplimiento y el respeto de las normas que afectan a la actividad social o sectorial, así como los deberes impuestos por las leyes en relación con los terceros directamente afectados por su actuación. Así cabe deducir, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo del 2014 (RJ 2014\2943).
- c) Por su parte, en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado (cuyo criterio ha sido refrendado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero del 2016, RJ 2016\600), se dispone que «... los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs* [...] tienen por objeto [...] promover una verdadera cultura ética empresarial. La empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general [...]. Sin duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal pero [...] tales programas [deben] enfocarse a conseguir [...] reafirmar una cultura corporativa de respeto a la ley [...]».

3. Riesgos de la falta de implantación de programas efectivos de *business integrity*

La falta de implantación de programas efectivos de cumplimiento normativo y gestión y control de riesgos, podría, por tanto, conllevar responsabilidad para los administradores por alguna de las siguientes vías que se enumeran a continuación, sin ánimo exhaustivo:

- a) *Acción social de responsabilidad:*

En caso de que, como consecuencia de la falta de implantación de dichos programas se derivaran sanciones para la compañía (penales o de otra índole), con el consiguiente daño patrimonial (*v. gr.*, el daño reputacional), la responsabilidad podría derivarse del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital por haber incumplido los administradores los

deberes inherentes a su cargo. Recuérdese que la acción no sólo puede ser promovida por la sociedad, sino también por socios que representen determinados porcentajes en el capital social y por los acreedores en caso de insuficiencia patrimonial.

b) *Acción individual de responsabilidad:*

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo del 2014 antes citada «[e]l art. 241 LCS permite una acción individual contra los administradores, cuando en el ejercicio de sus funciones, incumplen normas específicas que se imponen a su actividad social y tienden a proteger al más débil, [...] [que] sufre directamente el daño como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones». Nótese que, si bien es cierto que los administradores disponen como regla de una acción de regreso frente a la sociedad si resultan condenados a indemnizar a terceros por actos realizados en el desempeño del cargo, la sociedad puede oponer una excepción derivada de la falta de diligencia frente a aquélla, según lo dicho en el apartado a.

c) *No aplicación de la business judgement rule (regla del juicio empresarial):*

El artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital exige, para que se entienda cumplido el estándar de diligencia en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial, que el administrador cuente con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado, entre otros. Parece, por tanto, evidente, hoy por hoy, que, antes de la adopción de cualquier decisión estratégica y de negocio, será indispensable que se lleve a cabo un análisis profesional y exhaustivo de los riesgos de dicha decisión, se establezcan las medidas de control y gestión de aquéllos y se garantice la trazabilidad del proceso de decisión.

d) *Responsabilidad penal:*

Al margen de los delitos de los que pueden ser responsables directamente (por ejemplo, arts. 252, 290 y ss., y 318 CP), los administradores pueden ser responsables penalmente de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la sociedad y en su beneficio directo o indirecto, en virtud del artículo 31 del Código Penal (CP), aunque no concurren en el administrador las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser su sujeto activo, siempre que tales circunstancias se den en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre (art. 31 CP).

e) *Otros:*

Los administradores también pueden resultar responsables de las infracciones de la sociedad en el ámbito fiscal (arts. 42 y 43 de la Ley General Tributaria) o de la Seguridad Social (art. 18 de la Ley General de la Seguridad Social), en materia de defensa de la competencia (arts. 61.2 y 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia), de mercado de valores (arts. 306 y 307 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores), de responsabilidad medioambiental (art. 13 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental) y de protección de consumidores.

Por otro lado, los programas de *business integrity* tienen ventajas adicionales, como la prevención de reclamaciones contra la compañía (o la posible consideración como eximente o atenuante, en su caso), la gestión eficaz de situaciones de crisis, la protección y mejora reputacional, la reducción de costes de financiación o aseguramiento, etcétera. Por ello, la mayoría de los que respondieron a la encuesta de la OCDE para el informe *Corporate Governance and Business Integrity. A Stocktaking of Corporate Practices* consideraron como inversión, y no como gasto, los recursos destinados a estos programas.

4. Requisitos para la efectividad de los sistemas de *business integrity*

En todo caso, para ser efectivos, los sistemas de *business integrity* deben cumplir con, al menos, los requisitos que se indican a continuación:

- a) *Estar adaptados a los riesgos y a las áreas normativas aplicables a la empresa*, por lo que se deberá partir de un diagnóstico previo que permita al consejo conocer cuáles son los riesgos y las posibles situaciones de incumplimiento de la empresa.
- b) *Estar alineados con la estrategia corporativa y con el nivel de riesgo asumible por la empresa*. Este punto es especialmente relevante porque el informe de la OCDE antes mencionado pone de manifiesto que la razón por la que muchos sistemas de prevención de riesgos fallaron es porque no eran compatibles con la estrategia de la empresa o con el nivel de riesgo asumible.
- c) *Tener carácter integral y coordinado*. Deberían ser aplicables a toda la empresa o, en su caso, al grupo de empresas (sin desatender, por tanto, a las filiales) y permitir la actuación coordinada de todas las áreas involucradas.
- d) *Incluir políticas o protocolos de prevención, detección y tratamiento de «infracciones corporativas graves»*, entendiéndose como tales, de acuerdo con el citado informe de la OCDE, los comportamientos de las compañías que, directamente o a través de relaciones de negocio, infrinjan las normas nacionales o internacionales en materias tales como: a) derecho de la competencia; b) delitos como la corrupción en los negocios, delitos informáticos y fraudes; c) protección de datos personales; d) medio ambiente; e) derechos humanos, relaciones laborales; f) propiedad industrial e intelectual; g) prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; h) responsabilidad por producto; i) control de exportaciones; j) servicios financieros y mercado de valores (para cotizadas); k) fiscalidad, y l) seguridad y salud en el trabajo.
- e) *Ser impulsados y supervisados por el órgano de administración*. Desde los distintos organismos internacionales, como la OCDE o el FMI, se hace especial énfasis en la importancia de que el consejo asuma un papel de liderazgo en el impulso de los sistemas de *business integrity*. Sólo en la medida en que la organización perciba que los administradores (que están en la cúspide de la organización empresarial) están comprometidos con el cumplimiento normativo y la gestión rigurosa de los riesgos, serán efectivos los sistemas de *business integrity*.

- f) *Crear un órgano de Business Integrity* fijando con claridad cuáles son sus atribuciones, responsabilidades y su régimen de funcionamiento interno. El tamaño y composición de este órgano variará dependiendo de las características de la empresa, pero se recomienda que, de ser posible, se trate de un equipo multidisciplinar para incorporar las áreas de negocio y las áreas con responsabilidad en materia de riesgos (legales, fiscales, financieros, laborales, etcétera).
- g) *Formar parte del proceso interno de toma de decisiones.* Las cuestiones relativas a la ética empresarial y al cumplimiento normativo deben formar parte del proceso de decisiones, lo cual puede requerir que el órgano de *Business Integrity* sea consultado, emita recomendaciones o tenga capacidad de vetar determinadas decisiones. En todo caso, sería recomendable dejar constancia escrita de esta valoración efectuada por el órgano de *Business Integrity*.
- h) *Ser sencillos o, al menos, lo menos onerosos posibles, para facilitar su cumplimiento.*
- i) *Estar acompañados de una formación continua* tanto del consejo como de los directivos y empleados de la empresa con responsabilidad sobre riesgos y cumplimiento normativo.
- j) *Ser objeto de revisión y adaptación periódica.*