

“COMPLIANCE” PENAL

DOCUMENTO INFORMATIVO

I. ANTECEDENTES: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, TRAS LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Desde el 23 de diciembre de 2010 está en vigor el art. 31.*bis* del Código Penal (en adelante, C.P.) que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas para algunos de los delitos tipificados en el Libro II del C.P. Este régimen de responsabilidad penal ha sido objeto de una profunda modificación en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *de modificación del Código Penal* (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015), que ha entrado en vigor el pasado día 1 de julio de 2015. En esta circular informativa se da cuenta de las **medidas que las personas jurídicas y, en particular, las sociedades mercantiles pueden adoptar con la finalidad de prevenir o evitar que se les pueda imputar una responsabilidad penal como consecuencia de hechos delictivos cometidos por sus directivos y administradores, por sus trabajadores y personas dependientes de las mismas e incluso por sus proveedores y clientes;** y con ello, evitar la consecuencias que, en forma de pena, se pueden derivar de la referida imputación.

La aludida reforma del Código Penal enlaza con el contenido de la Comunicación de la U.E. de 25 de octubre de 2011, relativa a la *estrategia renovada de la U.E. para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de la empresa*, en la que se incluye la lucha contra el fraude y la corrupción dentro del concepto de Responsabilidad Social Empresarial, exhortando a las empresas a que establezcan medidas de diligencia fundadas en el riesgo de comisión de delitos, en orden a su prevención. Con la reforma se trata de **potenciar que las empresas adopten un rol activo en la lucha contra la criminalidad susceptible de producirse en su seno.** Por otra parte, se incrementa la importancia de los modelos de prevención –o de cumplimiento- penal en las empresas, hasta el punto

de que su adecuada implementación determina la exención de la responsabilidad de la persona jurídica (sociedad) que pudiera resultar imputada.

Asimismo, la reforma viene a dar respuesta a alguna de las cuestiones que tenían una respuesta dudosa derivada de la redacción anterior del art. 31.*bis* del C.P. En concreto, la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015 explica que se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a la que dio carta de naturaleza en el Derecho español la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «*debido control*», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal de la propia sociedad. La reforma, en esencia, asume el modelo del Derecho italiano, en tanto que contempla la adopción de un programa de «*compliance*» penal como una causa de exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica (sociedad).

Los delitos que pueden determinar que una persona jurídica pueda incurrir en responsabilidad penal constituyen un **catálogo cerrado**, si bien abarcan un amplio espectro de actuaciones delictivas susceptibles de ser cometidas en el seno de cualquier empresa, por el personal al servicio de ésta, incluidos los propios administradores sociales. Entre estos delitos se encuentran los que seguidamente se relacionan: los delitos de estafa; insolvencia punible; blanqueo de capitales; delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; delitos contra la propiedad intelectual, la propiedad industrial y relativos al mercado y consumidores; daños en programas y en sistemas informáticos; descubrimiento de secretos y acceso ilegal a datos informáticos; delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo; delitos contra el medio ambiente; depósitos y vertederos tóxicos ilegales; vertidos, emisión y exposición de radiaciones ionizantes; falsificación de tarjetas de crédito o de débito y de cheques; tráfico de influencias y cohecho o la corrupción en transacciones internacionales y la financiación del terrorismo. De la mera lectura de este elenco de delitos, se puede concluir el amplio espectro de actividades que, realizadas en el seno de cualquier sociedad, pueden desembocar en conductas que permitan la imputación de responsabilidad penal a la propia sociedad.

Las **penas** que se contemplan para el caso de considerar a la persona jurídica penalmente responsable del delito son las contempladas en el catálogo

que contiene el art. 33.7 del C.P.: **multa** por cuotas o proporcional, **disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades** (hasta cinco años), **clausura de sus locales y establecimientos** (por un plazo máximo de cinco años), prohibición –temporal o definitiva- de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, **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** y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario.

Las normas de determinación de estas penas se establecen el art. 66.bis, reglas 1ª y 2ª, del C.P., al tiempo que se contiene una previsión específica de circunstancias agravantes y atenuantes –entre ellas, la realización e implementación de conductas preventivas- de esta responsabilidad penal.

Por otra parte, la declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica conlleva que la **responsabilidad civil** (las consecuencias reparatorias e indemnizatorias vinculadas a la comisión de un ilícito con relevancia penal) se imponga solidariamente a la persona física (que se declare autora del delito) y a la persona jurídica con responsabilidad penal concurrente (art. 116.3 del C.P.).

En relación con esta cuestión, alcanza una especial relevancia práctica, por sus consecuencias económicas, la posibilidad de que, en fases iniciales de la instrucción penal, se adopten por el Juez de Instrucción medidas tendentes al aseguramiento del pago de eventuales responsabilidades civiles incluso antes de que se dicte el auto de apertura del juicio oral, de manera que si no se facilitan tales medidas de aseguramiento (mediante la prestación de fianzas pecuniarias o garantías de otra naturaleza) se proceda al embargo de los activos de la empresa o sociedad (piénsese en supuestos, *v.gr.*, como el que es objeto del Auto del JCI de 20 de febrero de 2014 [ARP 2014\41], de imputación del «F.C.B.» por presunto delito fiscal en la contratación de un jugador; o de la SAP Madrid, Secc. 3ª, 742/2014, de 17 de diciembre, en la que se condena a la sociedad imputada como consecuencia de la comisión de un delito de estafa).

Cualquier persona jurídica (sociedad) puede ser declarada penalmente responsable de los referidos delitos en los dos supuestos siguientes:

- **Delitos cometidos en nombre y por cuenta de la persona jurídica** (sociedad) y en su beneficio, directo o indirecto, por personas que estén autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o tengan facultades de organización y control (por lo tanto delitos cometidos por sus representantes legales y administradores, de hecho o de derecho, así como por los directivos y gerentes).

- **Delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio, directo o indirecto, de la persona jurídica** (sociedad) por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas con facultades de organización y control (los representantes legales o administradores, de hecho o de derecho y los directivos), han podido realizar los hechos constitutivos del delito por no haberse ejercido sobre ellos el debido control (deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad), atendidas las concretas circunstancias del caso.

Por lo tanto, la norma prevé la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica (sociedad) en los supuestos de delitos cometidos en nombre o por cuenta de la misma y en su provecho (beneficio directo o indirecto), por sus representantes legales y administradores, de hecho o de derecho y por sus directivos; así como en el caso de delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, por quienes, estando sometidos a la autoridad de los representantes legales y de los administradores, de hecho o de derecho y de los directivos, hayan podido realizar los hechos delictivos por no haberse ejercido sobre ellos «*el debido control*» (esta previsión, existente ya en la redacción anterior a la L.O. 1/2015, abría la puerta a la eficacia exoneradora de responsabilidad penal de la persona jurídica a los programas de «*compliance*» penal).

II. ¿PARA QUÉ IMPLANTAR UN PROGRAMA DE “COMPLIANCE” PENAL?

Los apartados 2 y 4 del art. 31.*bis* del C.P. otorgan **eficacia exoneradora de la responsabilidad penal** de la persona jurídica / sociedad –y con ella, la

responsabilidad civil solidaria- a la **adopción de los llamados códigos de buena conducta corporativa o programas de «compliance» penal**, siempre que éstos reúnan determinados requisitos y se hayan implantado efectivamente con anterioridad a la comisión del ilícito penal. En el caso de que no se hubiesen implantado en el momento de la comisión del delito, la letra *d)* del art. 31. *quáter* del C.P. atribuye a la implantación de estos programas, con anterioridad a la fecha de comienzo del juicio oral, los efectos propios de una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esta eficacia atenuante también se prevé para los supuestos en los que la persona jurídica sólo pueda probar la implantación de un programa de «compliance» penal que cumpla parcialmente los requisitos de los apartados 2 y 4 del art. 31. *bis* del C.P.

II.1. LOS EFECTOS EXONERADORES DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PROTOCOLOS DE «COMPLIANCE» ADOPTADOS ANTES DE LA COMISIÓN DEL DELITO

En el caso de que la sociedad haya adoptado e implementado un programa de «compliance» penal –o código de buena conducta corporativo-, éste hecho puede ser suficiente para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica tanto si el delito ha sido cometido por un administrador o directivo de la misma, como si lo ha sido por un empleado o por un subordinado.

En el caso de que el autor del delito sea un «top manager» (un administrador o un representante de la sociedad), **la existencia del programa de «compliance» penal permite excluir la responsabilidad de esta naturaleza de la persona jurídica** (se desvanecen las dudas interpretativas que generaba la anterior redacción del precepto). **La existencia de un programa o protocolo de «compliance» penal, idóneo y adecuado, tiene un efecto excluyente de la responsabilidad penal de la sociedad.** Dicho de otra manera, la sociedad diligente no responderá penalmente tampoco en el caso de delitos cometidos por directivos de la misma. La razón radica en que resulta contrario al fin de prevención del Derecho penal que las entidades cumplidoras reciban la misma sanción que las incumplidoras y ello porque, de ser así, no existirían incentivos al cumplimiento. La excepción a la afirmación anterior podía admitirse en los casos

en los que, a efectos de la motivación por la norma penal, carezca de sentido hablar de persona jurídica y de persona física como sujetos distintos. Esto sucede en los supuestos de sociedades de socio único y administrador único.

Por otra parte y especialmente relevante para las sociedades que operan en el mercado internacional, ha de recordarse que las legislaciones de los EE.UU. y del Reino Unido permiten la persecución penal de sociedades de otra nacionalidad con presencia en sus territorios o que realicen operaciones mercantiles en las que simplemente los pagos o las remesas de capitales se instrumenten a través de operaciones bancarias realizadas con entidades bancarias o financieras de esa nacionalidad. En particular, en el Reino Unido, la *Bribery Act* de 2010, que entró en vigor el día 01 de julio de 2011, permite la persecución de compañías internacionales con presencia en el Reino Unido si éstas o sus socios se hallan involucrados en casos de corrupción, salvo que puedan acreditar fehacientemente que han implementado procedimientos adecuados de prevención al respecto, entre los que destaca una completa evaluación del riesgo penal. Se pone así de manifiesto la bondad de contar con un protocolo de *compliance* penal también para evitar los riesgos de imputación por Tribunales de otras jurisdicciones.

Al lado de los efectos positivos o favorables para la sociedad (o empresa) vinculados a la adopción y ejecución de un protocolo o programa de «*compliance penal*», pueden contemplarse algunos efectos secundarios negativos y que es necesario ponderar en el momento de adopción e implantación del mismo. Entre estos efectos secundarios, que pueden calificarse como parcialmente negativos, se pueden enunciar los que siguen:

1º) Provoca la individualización de la responsabilidad penal –y civil- de personas físicas dependientes de la sociedad (es el caso significativo de los «*compliance officers*»). Existiendo un modelo de cumplimiento, al personal encargado de su ejecución (*v.gr.*, el «*compliance officer*») se le exige que lo implemente de manera diligente, lo que posibilita la imputación personal de las consecuencias que se deriven de sus actos u omisiones cuando éstas produzcan daños a la organización (sociedad) o a terceros. Este es, en esencia, el

planteamiento de la Sentencia del Tribunal Federal de Alemania (BGH) de 17 de julio de 2009¹.

En todo caso, el establecimiento de canales adecuados de comunicación de irregularidades, que se erige en un factor clave en la detección de algunos ilícitos (en particular, aquéllos que no están relacionados con flujos financieros, así como aquéllos que tienen una dimensión económica ajena a los circuitos de la organización empresarial), constituye, al tiempo un elemento de vital importancia para que, cualquier persona con obligaciones propias de garante, pueda exonerarse de su responsabilidad personal.

2º) Incrementa el estándar de diligencia exigible a la persona jurídica (sociedad).

3º) Genera posibles conflictos de intereses entre la persona jurídica (sociedad) y el personal dependiente de la misma al que se impute la comisión de un ilícito penal.

II.2. LOS EFECTOS DE LA ADOCIÓN DEL PROTOCOLO DE “COMPLIANCE” TRAS LA COMISIÓN DEL DELITO

En este caso, la adopción del programa de «*compliance*» penal tiene como efecto la atenuación de la responsabilidad penal de la sociedad siempre que se realice antes de la apertura del juicio oral. Además, su adopción permitirá acreditar la ausencia de peligrosidad de la reiteración delictiva a los efectos de evitar la imposición de penas interdictivas, así como la adopción de medidas cautelares frente a la empresa (art. 33.7, *b*) a *g*) e «*in fine*», respectivamente).

III. ¿CUÁL ES EL CONTENIDO DE UN PROTOCOLO DE “COMPLIANCE” PARA QUE EXONERE A LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD PENAL?

¹ .- El caso objeto de la misma, sucintamente expuesto es el que sigue: el CO de la empresa detecta un error que supuso liquidaciones excesivas –por valor de 23.000.000,00 €- por servicios de limpieza y da cuenta a un responsable de la empresa, pero no al comité de supervisión correspondiente. El BGH considera que no actuó de forma proactiva y que su inactividad termina ocasionando daños a terceros en tanto que el error no se corrige.

Son escasas las previsiones normativas acerca de la forma y del contenido fundamental de los programas de «*compliance*» penal. Con todo –y sin perjuicio de que hayan de tenerse en cuenta modelos comparados y la adecuación a la ya referida ISO 19600:2014-, este vacío normativo se ha colmado parcialmente con la nueva redacción del art. 31.*bis* del C.P., cuyo apartado 5º permite responder a alguna de las cuestiones principales que dejaba sin respuesta la redacción anterior a la L.O. 1/2015 y, en particular, las atinentes a si es suficiente con el establecimiento de un código de conducta escrito, de un sistema interno de denuncias anónimas o de si es necesario que se designe un responsable de cumplimiento y prevención penal –un «*compliance officer*»-.

A estos efectos, en España se está trabajando en la elaboración de una norma UNE² que contemplará requisitos concretos de este tipo de programas o modelos de prevención penal, adaptados a las disposiciones generales del C.P., permitiendo, en el momento en el que tal norma haya sido aprobada, aplicar sobre ellos procesos de certificación o aseguramiento sobre la base de un marco de referencia generalmente aceptado, que generará un estándar de seguridad respecto de los mismos. Por otra parte, existe una norma ISO 19.600 CMS de 2014 que establece estructuras aplicables a distintos ámbitos de «*compliance*» entre los que se encuentra el penal.

Sin perjuicio de la necesaria adaptación del **programa o modelo de «*compliance*»** atendiendo fundamentalmente al tamaño de la empresa y al sector de actividad en el que opere, debe acomodarse a las siguientes premisas:

a) Principio rector: La adopción del programa de «*compliance*» penal debe reflejarse documentalmente, si bien no bastará, a efectos de enervar la responsabilidad penal de la sociedad, la acreditación de esta realidad formal, si no que habrá de probarse la instauración y ejecución real del mismo en todos los ámbitos y niveles de la empresa (se requiere que pueda acreditarse la ejecución eficaz del programa).

² .- Norma creada por un comité técnico de normalización.

b) Estructura: La estructura del programa de «*compliance*» penal debe elaborarse en función del tamaño de la empresa (sociedad). En particular, en la condición 2ª del apartado 2 del art. 31.*bis* del C.P. se prevé la necesaria existencia de un órgano de supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado, con poderes autónomos de iniciativa y de control que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. De la existencia de este responsable de cumplimiento, con poderes autónomos del órgano de administración, el apartado 3 del art. 31.*bis* del C.P. excluye a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones. De este modo, en cuanto a la estructura del programa de «*compliance*» penal pueden diferenciarse las pequeñas y medianas empresas (entendiendo por tales aquellas que pueden presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas) y las grandes empresas:

- Pequeñas y medianas empresas.- En este tipo de empresas resulta adecuado el nombramiento formal de un responsable de cumplimiento y prevención penal –un «**compliance officer**»– que dependa directamente del órgano de administración de la sociedad. En el caso de empresas de tamaño muy reducido o de sociedades unipersonales, el propio administrador puede asumir esta función. Con todo, nada impide que estas empresas recurran a soluciones más elaboradas, como puede ser, *v.gr.*, la creación de un órgano de prevención penal con dependencia funcional de la comisión de auditoría.
- Grandes empresas.- En este caso, debe constituirse un «**Comité de Cumplimiento y Prevención Penal**», dotado de autonomía respecto del Consejo de Administración, sin perjuicio del nombramiento de un responsable de cumplimiento y prevención penal, que forme parte del Comité. En este órgano colegiado se pueden integrar, además, representantes del órgano de administración de la sociedad y de los cuadros directivos de cada área de actividad de la sociedad que pueda representar un riesgo de realización de actividades penalmente ilícitas (*v.gr.*, las áreas financieras, legal y fiscal, desarrollo de negocio, I+D, recursos humanos y organización interna, contratación, etc.). Ha de tenerse en cuenta que tras la reciente modificación del de la *Ley de Sociedades de Capital*, por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en la letra

a) de su art. 249.bis se establece como una de las obligaciones indelegables del consejo de administración, la supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado. Para el caso de las sociedades cotizadas, se aclara que el consejo de administración no puede delegar 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.

c) Actividad de prevención de ilícitos penales:

Esta actividad debe plasmarse en una **evaluación de riesgos penales**, realizada internamente o por un evaluador externo, de la que se derive un **«plan de actuación para la neutralización de riesgos penales»** que sean propios del ámbito de actividad propia de la sociedad. La evaluación de riesgos y el plan de actuación que de aquella se derive tiene que ser adaptado a las peculiaridades de la sociedad y a su ámbito de actividad –no sirve un modelo genérico o estandarizado, sino que ha de estar diseñado «ad hoc». En este plan de actuación es donde ha de contenerse el sistema de prevención de delitos de la sociedad, cuyos contenidos fundamentales deben de ser los siguientes:

- Elaboración de un mapa de riesgos («Risk Assesment»). Se trata de determinar, atendiendo al objeto social, a la actividad real y a la estructura jerárquica y operativa de la sociedad en qué tipos delictivos, de los que llevan aparejada la responsabilidad penal de la propia sociedad, puede incurrir y, en particular, aquellos respecto de los que los riesgos de la probabilidad de comisión resultan más elevados. Para su elaboración existen diversas metodologías, haciendo referencia las normas ISO:19600 sobre CMS³ y 37001 sobre ABMS⁴, con carácter informativo a la norma UNE ISO 31000:2010, sobre gestión del riesgo, principios y directrices.
- Medidas concretas para la neutralización –o la mitigación- de los riesgos penales aparejados o vinculados a las distintas áreas de actividad de la empresa (v.gr., área financiera, productiva, recursos humanos, desarrollo

³ .- «Compliance management system».

⁴ .- «Anti-bribery management systems».

de negocio, etc.). Sin ánimo de exhaustividad y con un mero propósito ejemplificativo, pueden enunciarse las siguientes medidas concretas preordenadas a la referida finalidad:

- Implementación de un manual o código de conducta corporativo, formalizado por escrito –un manual corporativo–, en el que se establezcan las facultades y los límites negociales de las personas con capacidad para vincular a la sociedad a través de la concertación de contratos o acuerdos con clientes y proveedores (ordinariamente directivos con facultades ejecutivas). En el manual han de incluirse específicamente normas de «*compliance*» preventiva tomadas de ámbitos que cuentan con una regulación específica, como acontece señaladamente en materia de prevención de blanqueo de capitales. La finalidad de estas medidas es la prevención de delitos de defraudaciones y blanqueo de capitales, tanto en las relaciones con clientes de la sociedad, como en las mantenidas con proveedores de ésta.
- Elaboración de códigos o manuales corporativos de buena conducta y cumplimiento que incluyan expresamente medidas de «*compliance*» incorporadas en la normativa administrativa del mercado de valores, incorporando cláusulas contractuales laborales y de alta dirección relativas al uso de información privilegiada, la formación específica de administradores, representantes y empleados y que establezcan medidas tecnológicas que restrinjan el acceso a informaciones que afecten a la cotización de valores. Con estas medidas se trata de prevenir la comisión de los delitos de abuso de información privilegiada y de otros delitos contra el mercado.
- Inclusión de medidas de «*compliance*» previstas en la normativa administrativa de prevención de blanqueo de capitales, de conformidad con las exigencias que resultan de la Ley 10/2010, *de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo*. En relación con estas medidas, ha de recordarse que la prevención de blanqueo de capitales se erige como un aspecto crucial o esencial

de los sistemas de «*compliance*», incluso en el caso de entidades que no ostentan la condición de sujetos obligados.

- Inclusión de medidas de «*compliance*» previstas en la normativa administrativa medioambiental, preordenadas a evitar la comisión de delitos contra el medioambiente vinculados a la actividad productiva de la empresa.
 - Inclusión de medidas de formación de los trabajadores de la empresa dirigidas a evitar delitos de descubrimiento y revelación de secretos vinculados al uso de medios tecnológicos puestos por la empresa a disposición de aquéllos.
 - Inclusión de medidas anticorrupción de obligado conocimiento y cumplimiento por todos los empleados de la empresa –a estos efectos, deben contemplarse actividades de formación específica dirigidas tanto a los administradores, como a los empleados-, así como inclusión de cláusulas contractuales laborales y de alta dirección que prohíban expresamente conductas constitutivas de ilícitos de corrupción en el sector privado, sancionándolas con la extinción de la relación laboral.
- Formación de administradores, representantes y empleados.- De conformidad con el contenido de algunas de las medidas, específicas o concretas, dirigidas a evitar o a mitigar riesgos de comisión de ilícitos penales, deben diseñarse programas y actividades de formación tanto genérica, como específica, dirigidos a los administradores, a los representantes y a los empleados de la sociedad. A través de estos programas se darán a conocer los principios y valores básicos de cumplimiento normativo y ética corporativa, así como la normativa específica de «*compliance*» penal en los ámbitos enunciados.
- Establecimiento de sistemas efectivos de infracciones y sanciones, así como previsión de incentivos por cumplimiento.- Las medidas de prevención de riesgos penales y la formación de administradores y empleados ha de estar acompañada con la implantación de un catálogo de infracciones –

tipificando los incumplimientos del programa de prevención- y de sanciones internas, en orden a dotar de imperatividad al programa de «*compliance*» penal, vinculadas, en su caso, al régimen determinado en el propio convenio colectivo y al Estatuto de los Trabajadores. La empresa no puede mantener la misma conducta ante las personas que provocan riesgos y ante las que observan una conducta alineada con sus valores éticos. Su efectiva implantación y aplicación permitirá a la sociedad acreditar su voluntad y compromiso firme con el control de los administradores, de los representantes y de los trabajadores en orden a evitar la comisión de ilícitos. Este mecanismo de refuerzo negativo puede estar acompañado de incentivos a los trabajadores que cumplan con el programa corporativo de «*compliance*» penal –refuerzo o estímulo positivo-. La previsión de este sistema disciplinario resulta contemplada expresamente en la reforma en tramitación en el apartado 5.5º del art. 31.*bis* del C.P. tras la reforma por la L.O. 1/2015.

- *Establecimiento de un canal interno para formular denuncias que garantice el anonimato del denunciante y, con ello, la ausencia de represalias.-* A través de este canal interno se da respuesta al necesario establecimiento de un sistema que permita el cumplimiento de la obligación de informar de posibles riesgos, incumplimientos o ilícitos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención que ha de incluir el protocolo de «*compliance*» penal a tenor de lo dispuesto en el requisito 5º del art. 31.*bis*.5 del C.P. En relación con este componente básico del modelo de prevención penal, se reputa como buena práctica que coexistan diversos canales de comunicación, en orden a evitar suspicacias por la eventual contaminación de una vía. Asimismo, resulta adecuado no limitar las posibilidades que brindan las investigaciones internas a través de previsiones en convenios colectivos, de manera artificial (*v.gr.*, prohibiendo la apertura de taquillas o el acceso a los ordenadores de los empleados y trabajadores).

d) Supervisión, seguimiento y actualización de la actividad de prevención:

El sistema de prevención de delitos que se implemente necesariamente ha de tener una naturaleza dinámica, permitiendo su adaptación a las realidades sociales y económicas cambiantes.

El **Responsable de Cumplimiento y Prevención Penal** asumirá la supervisión y el seguimiento de las actividades preventivas, debiendo plasmar esta actividad en un sistema de reporte interno documentando o formal y dirigido al órgano de administración de la sociedad. Este responsable debe actuar de conformidad con los principios de autonomía (capacidad para desarrollar sus funciones de conformidad con los procedimientos y protocolos establecidos) e independencia (capacidad para desarrollar sus cometidos sin estar sometido a condicionantes del negocio).

En el caso de las **grandes empresas**, en las que se haya constituido el *Comité de Cumplimiento y Prevención Penal*, éste será el órgano en el que, con carácter periódico, se realice la puesta en común de los resultados de la supervisión realizada por el Responsable de Cumplimiento y Prevención Penal.

El ya referido carácter dinámico del sistema de prevención de delitos requiere su reevaluación periódica integral –con carácter anual o bianual, en función de los cambios habidos en la empresa o en su actividad; así como en atención a las modificaciones normativas o jurisprudenciales que hayan tenido lugar en ese periodo temporal-. Esta reevaluación puede ser asumida por el Responsable de Cumplimiento y Prevención Penal, si bien, en el caso de las grandes empresas resulta recomendable que se opte por la realización de la reevaluación por un experto externo e independiente. El Área Legal de VyA se pone a su disposición también para realizar esta actividad, asumiendo el rol propio del experto externo e independiente.

IV. ¿CUÁLES SON LAS FUNCIONES QUE DEBE ASUMIR EL “COMPLIANCE OFFICER”?

Las funciones o atribuciones ordinarias del responsable de cumplimiento se pueden incardinar en tres ámbitos distintos: la prevención de conductas ilícitas, la respuesta frente a estas conductas, una vez detectadas y el mantenimiento del sistema.

1) Funciones en el **ámbito de la prevención:**

- Dar a conocer o difundir el modelo de prevención penal, incluyendo políticas y controles, habida cuenta de que la formación ha de constituir un elemento clave del modelo.
- Contribuir al diseño y a la aplicación de políticas, procedimientos, controles e investigaciones en el ámbito de conductas penalmente relevantes.
- Ocuparse de que se establezcan, conozcan y funcionen adecuadamente los mecanismos de escalado.

2) Funciones en el **ámbito de la respuesta:**

- Instruir el procedimiento que proceda como respuesta ante la detección de conductas que pudieran ser penalmente relevantes o constitutivas de un ilícito. A estos efectos resulta especialmente relevante, para evitar incurrir en conductas que determinen la nulidad de las pruebas conseguidas –y así garantizar, al máximo las investigaciones realizadas por el «*compliance officer*»-, el establecimiento de políticas internas claras y equilibradas de usos de los medios y recursos facilitados por la empresa a sus trabajadores y, en particular, de los medios que se utilizarán por la empresa para comprobar la corrección de estos usos (informando a los trabajadores de los controles que se van a articular, de conformidad con lo que resulta de los pronunciamientos, *v.gr.*, de la STC de 16 de junio de 2014). En su caso, se incluirán funciones propias de representación.

- Ocuparse de que las acciones en que derive el proceso de respuesta se adopten efectivamente y, en su caso, valorar su eficiencia.

3) Funciones en el ámbito del **mantenimiento del sistema:**

- Evaluar el modelo de cumplimiento penal de forma programada, incluyendo el *risk-assesment* y la valoración de la adecuación de las medidas de vigilancia y de control.
- Informar a los órganos de dirección y de control de la empresa sobre los riesgos detectados, así como de las acciones realizadas por periodos temporales predefinidos.
- Poner en conocimiento de la gerencia aquellas novedades significativas que, en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puedan producirse, tanto en el ámbito normativo, como en el jurisprudencial.

V. ¿QUÉ DEBE HACER, EN ESTE MOMENTO, UN RESPONSABLE DE UNA SOCIEDAD? RECOMENDACIONES DE ACTUACIÓN DIRIGIDAS A ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, *de reforma del Código Penal*, resultaba ya recomendable la adopción e implantación efectiva de programas de prevención de riesgos penales, con la finalidad de evitar las gravosas consecuencias –tanto penales, como civiles y reputacionales- que para la sociedad puedan derivarse de la comisión de determinados delitos tanto por quienes las representan, como por alguno de sus trabajadores.

Esta recomendación cobra nueva virtualidad a la vista de la reforma del C.P. que entró en vigor el día 1 de julio de 2015, en virtud de la que se prevé expresamente la eficacia exoneradora de responsabilidad penal de los programas de «*compliance penal*» en la empresa, así como su contenido; y ello aun cuando no se tipifique (a diferencia de lo que se preveía en el Proyecto de

Ley del que esta reforma es fruto), la mera falta de adopción de estos programas de cumplimiento normativo.

Corolarios de cuanto antecede, son los consejos o recomendaciones legales que siguen, dirigidos a los órganos de administración de las sociedades de capital, con independencia de cuál sea su objeto social:

1ª) En el caso de que la persona jurídica (sociedad) no haya adoptado e implantado un protocolo o programa de «*compliance*» penal, se recomienda la elaboración del mismo, adaptado al tamaño, a la estructura y al sector de actividad en el que la sociedad desarrolle su actividad; así la como su ejecución y el cumplimiento de este programa, con la finalidad de evitar las consecuencias penales –y civiles- vinculadas a la posible comisión de ilícitos penalmente relevantes tanto por un «*top manager*», como por un trabajador o persona vinculada con una relación de dependencia con la sociedad. Por otra parte, como resulta de cuanto antecede, la formación del personal al servicio de la sociedad resulta esencial para obtener la finalidad prístina del programa de «*compliance*» penal.

Si bien, a diferencia de los que sucede con el *Tax Government* tras la reforma de diciembre de 2015, la *Ley de Sociedades de Capital* no exige que la implantación del protocolo de *compliance* penal sea aprobado por el Consejo de Administración, resulta adecuado, siguiendo los modelos más avanzados del Derecho comparado (*v.gr.*, FCPA, *Bribery Act*, etc.) que **se integre dentro de las normas buen gobierno corporativo**.

2ª) En el caso de que la persona jurídica (sociedad) ya cuente, en el momento presente, con un programa de «*compliance*» penal es necesario revisarlo para verificar su adecuación y, en caso contrario, adaptarlo a las exigencias de forma y contenido que resultan de la nueva redacción del artículo 31.bis del C.P.

3ª) También resulta conveniente revisar el contenido de las pólizas de seguros de responsabilidad civil, tanto de los administradores (seguros de D&O), como de las propias sociedades. Esta revisión debe hacerse, entre otras, con la finalidad de que cubran eventuales fianzas penales para garantizar responsabilidades civiles vinculadas a la comisión de hechos delictivos. Como

regla general, no debe existir dificultad en que las aseguradoras cubran dicho riesgo en el caso de delitos imprudentes. La nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas abre la posibilidad de que se incluya la cobertura de supuestos de imputación de la persona jurídica (sociedad) en el caso de delitos dolosos, acreditando ante la aseguradora la adopción y el cumplimiento del programa de «*compliance*» penal adaptado o adecuado a las exigencias normativas.

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
Consejero Académico

A Coruña, a 09 de septiembre de 2015