



Tribuna

El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 en los sistemas de corporate compliance

LA LEY 3328/2015

El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de *corporate compliance* de las personas jurídicas

Antonio CAMACHO

Counsel. Área de Penal Económico. Pérez-Llorca

Ángela URÍA

Abogada. Área de Penal Económico. Pérez-Llorca

*El 31 de marzo de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal. El texto de la reforma, que entrará en vigor el 1 de julio de 2015, atribuye en el nuevo artículo 31 bis especial importancia a los sistemas de prevención de delitos o *corporate compliance* de las personas jurídicas, cuya correcta implementación podrá atenuar e incluso excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De cara a prevenir una posible condena penal, las empresas españolas tendrán que revisar sus protocolos y órganos de supervisión y control para adaptarlos a los requisitos que introduce la reforma.*

I. INTRODUCCIÓN

El Boletín Oficial del Estado de 31 de marzo de este año publicaba la 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 (la «LO 1/2015»), una de las reformas más profundas del Código Penal desde su publicación en 1995. Una reforma que además, de acuerdo con lo establecido en su Disposición Final Octava entrará en vigor el 1 de julio de 2015, prácticamente tres meses después de su publicación. En el trámite de aprobación en el Senado se modificó la fecha de entrada en vigor de seis meses prevista en el texto inicialmente aprobado por el Congreso de los Diputados, lo que refleja las prisas del legislador para que esta norma entre en vigor. Esto es inusual en la reforma de la que se considera una de las normas más importantes del ordenamiento jurídico de los sistemas democráticos.

Con independencia de otros aspectos de la reforma, alguno de ellos polémicos, una de las novedades que mayor trascendencia va a tener sin duda en la actividad empresarial

de nuestro país es la reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La alteración del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas se articula a través de la modificación del art. 31 bis del Código Penal, artículo con el que se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Asimismo, la reforma introduce los nuevos arts. 31 ter, 31 quater y 31 quinquies.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, con esta reforma se pretende llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «devido control» que se debe ejercer en el seno de la persona jurídica y cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. En todo caso, como veremos más adelante, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica. Con ello, se intenta poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores

había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial.

Asimismo, según la Exposición de Motivos, se asumen recomendaciones realizadas por algunas organizaciones internacionales. Entre estas organizaciones internacionales, en nuestra opinión, ha tenido un peso específico la OCDE, cuyas directrices en gobierno corporativo y anticorrupción se han ido trasladando paulatinamente a los ordenamientos de los países miembros en los últimos años (1).

A través de la reforma del art. 31 bis, el legislador incluye, como causa de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, la adopción de un sistema efectivo de prevención de delitos o *corporate compliance* a la vez que indica, de forma general, los requisitos de organización y funcionamiento necesarios para aplicar dicha exención. Analizaremos aquí los principales aspectos jurídicos de la reforma y sus implicaciones en materia de *corporate compliance* centrándonos en la figura del órgano de supervisión y control de los sistemas de prevención de delitos (también llamado *compliance officer*) introducido por la reforma.

II. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Tras la reforma, se mantienen los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica introducidos por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de forma que la sociedad podrá ser penalmente responsable cuando el delito se haya cometido en su nombre y en su provecho, por: (i) sus administradores o representantes legales; o (ii) quienes estando sometidos a la autoridad de los anteriores, hayan podido cometer el delito por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

Si bien, se introducen modificaciones en la formulación de los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas:

(i) En lo que se refiere a los delitos cometidos por los administradores que pueden generar responsabilidad penal de la persona jurídica, en la regulación anterior se consideraba como tales a los «representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica». Tras la reforma, el actual art. 31 bis del Código Penal habla de «representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma». Fórmula que supone una ampliación del círculo de personas que pueden dar lugar, con su actuación, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

(ii) Mientras que el texto anterior a la reforma exigía, para que pudiera hablarse de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que la conducta realizada por los administradores o por los trabajadores de la misma fuera realizada en provecho de la persona jurídica, el texto actual establece que la citada conducta ha de haberse desarrollado en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

(iii) En cuanto a los delitos cometidos por trabajadores, la reforma es de mayor calado. Con anterioridad a la reforma se exigía que los hechos se hubieran podido realizar por no haberse ejercido sobre los trabajadores, por los administradores o los representantes legales de la empresa, el debido control atendidas las circunstancias concretas del caso. El texto, tras la reforma, exige que los hechos se hayan podido realizar como consecuencia de un incumplimiento grave de aquellos de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Las complicaciones llegan a la hora de analizar la persona jurídica con sus especialidades e integrar el órgano de compliance en su estructura societaria

III. EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El aspecto más novedoso y con mayor trascendencia para la actividad de nuestras empresas es que la nueva regulación aclara los efectos que tiene la adopción de un plan de prevención de delitos en la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas. Antes de la reforma el art. 31 *bis* establecía que haber implementado, después de la comisión del delito, pero antes del comienzo de las sesiones del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir futuros delitos, podría apreciarse como una circunstancia atenuante. Sin embargo, existían varias cuestiones sin resolver que dieron lugar a una profunda polémica doctrinal en relación con los beneficios que pudieran derivarse para la persona jurídica por la implantación del plan de prevención antes de la comisión del delito y, sobre todo, sobre la posibilidad de estimar que esos planes de prevención pudieran eximir totalmente de responsabilidad a la persona jurídica.

Tras la reforma, está claro que la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad penal cuando adopte un programa de *compliance*, es decir, un modelo interno de prevención, que deberá «reducir de forma significativa el riesgo» de comisión de delitos. Este modelo de prevención deberá ser implementado y eficazmente ejecutado en los términos que describe el nuevo art. 31 *bis* en el que se establecen los requisitos necesarios para la aplicación de la eximente de responsabilidad penal.

Debe quedar claro que la reforma introduce una eximente de la responsabilidad penal pero no una obligación, por lo que las personas jurídicas son libres de adoptar o no un plan de prevención de delitos. Sin embargo, de no implantar un sistema de prevención de delitos con los requisitos que exige la norma, tendrán que asumir que difícilmente podrán conseguir, en sede judicial, que se aprecie la eximente.

Asimismo, en los casos en que quede acreditado que la persona jurídica ha cumplido parcialmente los requisitos en materia de prevención de delitos recogidos en el nuevo art. 31 *bis*, se prevé que esta circunstancia sea valorada a los efectos de atenuación de la pena. Esta circunstancia atenuante se añade a la atenuante anteriormente mencionada de adoptar después de la comisión del delito pero antes del comienzo de las sesiones del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse.

IV. REQUISITOS DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS

Los planes de prevención de delitos recogidos en el nuevo art. 31 *bis* de la reforma deberán reunir las siguientes condiciones mínimas:

- Identificar las actividades en cuyo ámbito podrían cometerse los delitos que deben ser prevenidos;
- Prever protocolos para la toma y ejecución de decisiones por la persona jurídica en lo relativo a estos delitos;
- Disponer de modelos de gestión de recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deban prevenirse;
- Imponer obligaciones de informar al órgano de supervisión, al que luego nos referiremos, de posibles riesgos e incumplimientos de las medidas del programa;
- Establecer un sistema disciplinario que sancione los incumplimientos de las medidas previstas en el programa; y

(f) Prever una verificación periódica del programa y su modificación cuando se produzcan infracciones relevantes de sus disposiciones o cambios en la organización, estructura de control o actividad que los hagan necesarios.

Además, cuando se trate de delitos cometidos por los administradores o representantes legales de las empresas, será necesario el cumplimiento de tres requisitos adicionales:

- Que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención;
- Que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido 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; y
- Que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de supervisión y control.

V. EL ÓRGANO DE SUPERVISIÓN Y CONTROL DEL PLAN DE PREVENCIÓN DE DELITOS

El responsable de adoptar y ejecutar el modelo de prevención de delitos será el órgano de administración de la persona jurídica y así lo señala el nuevo art. 31 *bis* 2.1.^ª. Sin embargo, el nuevo art. 31 *bis* 2.2.^ª requiere también, para poder apreciar la eximente de responsabilidad penal, la existencia de un órgano encargado de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de dicho modelo (el *compliance officer*).

Lo cierto es que el Código Penal no da muchas pistas en torno a las características, configuración y contenido del citado órgano aunque, sin duda, es positivo que por primera vez se refiera a la forma de estructurar internamente las políticas de prevención de delitos. Este requisito está suscitando múltiples interrogantes en las empresas ya que se plantean cuestiones como las características que debe reunir dicho órgano, si éstas pueden ser comunes para el control de los administradores y de los empleados, si debe ser un órgano interno o la función puede externalizarse o a quién debe reportar.

1. ¿Es necesario un órgano de control y supervisión para controlar a administradores y empleados?

El nuevo art. 31 *bis* distingue entre supuestos de delitos cometidos por representantes

legales o administradores de la persona jurídica y delitos cometidos por empleados:

(a) Así, en los supuestos de delitos cometidos por **administradores o representantes legales**, el art. 31 bis 2.2.^a exige para aplicar la exención de responsabilidad penal, que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención haya sido 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».

(b) Sin embargo, en el caso de los delitos cometidos por **empleados**, el art. 31 bis 4 únicamente requiere para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica, que se haya adoptado y ejecutado eficazmente un plan de prevención de delitos de la naturaleza del cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Atendiendo a la literalidad del texto de la reforma, parece que no se exige para este último supuesto la existencia de un órgano de supervisión y control independiente del órgano de administración encargado de adoptar y ejecutar el modelo de prevención. Sin embargo, esta interpretación literal es errónea ya que en todo caso el art. 31 bis 5.^o, a la hora de establecer los requisitos de todo plan de prevención, en su apartado cuarto exige la existencia de un órgano encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del plan de prevención. Además de errónea esa interpretación, tendría poco sentido si es trasladada a la práctica pues lo más lógico es que una persona jurídica adopte la medida de crear un órgano de supervisión y control para controlar a sus administradores y que sea ese mismo órgano el que supervise, controle y vigile las medidas de prevención de delitos dirigidas a empleados.

2. ¿Qué requisitos debe cumplir el *compliance officer* en tanto que órgano de control de la persona jurídica?

Sentado lo anterior, analizaremos ahora los requisitos que debe cumplir el órgano de control introducido por el art. 31 bis 2.2.^a. La reforma ofrece dos posibilidades: (i) que sea un órgano de la persona jurídica con autonomía e iniciativa propia o; (ii) que sea un órgano de la persona jurídica que tenga encomendada legalmente el control interno de la sociedad. Esta segunda posibilidad, añadida en los últimos trámites de aprobación de la reforma, permite que un órgano ya encargado de controlar el cumplimiento normativo general, se arroge la competencia de *compliance officer* incluyendo entre sus competencias, también, la prevención de delitos.

Una característica común a ambas posibilidades, es que el *compliance officer* debe ser un órgano de la persona jurídica, por lo que entendemos que no cabría encomendar íntegramente las funciones de *corporate compliance* a asesores externos. Esta interpretación tiene sentido en la medida en que se pretende que sea un órgano en pleno contacto con el día a día de la persona jurídica.

Asimismo (aunque el nuevo artículo no lo prohíba), la opción más prudente parece ser que dicho órgano esté formado por varias personas y desechar la opción del *compliance officer* unipersonal que se ha estado encomendando en la práctica a los jefes del departamento legal o incluso de recursos humanos. Es cierto que la unipersonalidad permite una toma de decisiones más ágil, pero el órgano formado por varias personas permite que las decisiones se adopten de forma colegiada atribuyéndoles el carácter meditado y consensuado que exige un órgano con las relevantes funciones que se le atribuyen al órgano de supervisión y control de modelos de prevención de delitos. Asimismo, si el *compliance officer* está formado por un conjunto de personas podrán reunirse conocimientos en diferentes materias (derecho penal, regulatorio, ética, etc.) y, sin perjuicio de lo anterior, podría barajarse la posibilidad de externalizar algunos de sus miembros.

Las complicaciones llegan a la hora de analizar la persona jurídica con sus especialidades e integrar el órgano de *compliance* en su estructura societaria. Veremos que la labor es más clara en casos de personas jurídicas de pequeñas dimensiones y en las sociedades cotizadas que atiendan a las recomendaciones y principios de buen gobierno corporativo elaborados por la CNMV. Sin embargo, el desafío interpretativo de la norma reside precisamente en el abanico de personas jurídicas que se encuentra entre esas dos categorías y que constituyen la mayoría de las empresas del tráfico mercantil.

En el caso de **personas jurídicas de pequeñas dimensiones** (aquéllas que puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada), la reforma prevé en el art. 31 bis 4 la posibilidad de que las funciones de *compliance officer* las ejerza el órgano de administración.

Asimismo, a la hora de articular el órgano de supervisión y control en **sociedades cotizadas**, resulta útil acudir al reciente Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas publicado por la CNMV en febrero de 2105 que, en la recomendación 46 establece lo siguiente: «Que bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de una comisión especializada del consejo de

administración, exista una función interna de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno de la sociedad que tenga atribuidas expresamente las siguientes funciones: a) Asegurar el buen funcionamiento de los sistemas de control y gestión de riesgos y, en particular, que se identifican, gestionan, y cuantifican adecuadamente todos los riesgos importantes que afecten a la sociedad; b) Participar activamente en la elaboración de la estrategia de riesgos y en las decisiones importantes sobre su gestión y c) Velar por que los sistemas de control y gestión de riesgos mitiguen los riesgos adecuadamente en el marco de la política definida por el consejo de administración». De esta forma se consigue que las funciones de *compliance officer* sean ejercidas por técnicos y no por consejeros, evitando así posibles conflictos de interés. El Código Unificado de Buen Gobierno expone la razón de ser de esta recomendación en el principio 21, explicando que con la creación de una unidad o departamento interno de control y gestión de riesgos se busca atender a las preocupaciones de la OCDE en materia de *compliance* haciendo uso de las facultades indelegables del consejo de administración de las sociedades cotizadas en materia de aprobación de políticas de control y gestión de riesgos recogidas en el art. 529 ter de la Ley de Sociedades de Capital. Esta previsión pone de manifiesto una coordinación de la CNMV y el legislador penal en materia de *corporate compliance* de sociedades cotizadas.

Sin embargo, como anticipábamos, el reto reside en implantar un órgano con poderes autónomos de iniciativa en **sociedades medianas** que buscan actualizar o crear modelos de prevención de delitos que les permitan, llegado el momento, beneficiarse de la exención de responsabilidad prevista en la reforma. En nuestra opinión, podrán tomarse como punto de partida las recomendaciones en materia de buen gobierno expuestas anteriormente y tratar de reproducirlas a escala de la persona jurídica de que se trate.

Del texto de la reforma se desprende que es esencial que el *compliance officer* ejerza sus funciones de la forma más independiente posible. Claro está que, al ser un órgano de la persona jurídica, nunca podrá ser completamente autónomo pues habrá de ser nombrado por el órgano de administración que, por otro lado, está formado por los sujetos «controlados» por el *compliance officer*. A priori no resulta fácil prever cómo evaluarán los tribunales si el órgano de control cumple con los requisitos necesarios para aplicar la exención de responsabilidad penal introducida por la reforma. Sin embargo, algunas recomendaciones son:

(i) Información: establecer sistemas de control y vigilancia en virtud de los cuales el *compliance officer* pueda acceder a la información necesaria para desempeñar sus funciones con las mínimas injerencias por parte de los «sujetos controlados»;

(ii) Reporte: establecer sistemas de reporte del *compliance officer* directamente a las más altas instancias de la persona jurídica evitando, en la medida de lo posible, presiones internas;

(iii) Personal: para garantizar al máximo su independencia, es recomendable que no esté formado por administradores (por lo menos en su totalidad) y que las personas integrantes del órgano tengan conocimientos jurídicos y en materia de ética y deontología así como que estén en contacto directo con el funcionamiento de la empresa.

Finalmente, en caso de que se encomiende las funciones de órgano de supervisión y control de los planes de prevención de delitos a un órgano ya existente de la persona jurídica con funciones de control interno,

el órgano de administración, en tanto que encargado de implementar los planes de prevención, deberá esforzarse en que queden claramente distinguidas las funciones de control interno propias de dicho órgano y la de prevención de delitos. Ello para evitar que un juez penal aprecie que se trata de un órgano multidisciplinar en el que se tratan diversas materias y que, en la práctica, la función de *corporate compliance* ha quedado diluida.

VI. CONCLUSIONES

La reforma del Código Penal introducida por la LO 1/2015 modifica el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas introduciendo una exención de la responsabilidad penal en caso de que se hayan adoptado los procedimientos en materia de prevención de delitos descritos en el art. 31 bis. Esto, en la medida que las empresas pretendan beneficiarse de la exención de responsabilidad, obliga a revisar las políticas de *corporate compliance* para adaptarlas a los estándares de diligencia y debido control que deberán cumplirse con anterioridad a la

comisión de delitos en el seno de la persona jurídica.

Como hemos visto, se plantean interrogantes de cara a la implementación de sistemas de prevención de delitos en las empresas y muy especialmente a la forma de estructurar el órgano de supervisión y control previsto en la nueva norma. Por lo tanto, mientras los tribunales no comiencen a aplicar este artículo, será necesario analizar las particularidades y riesgos penales de cada empresa de cara a comenzar a implementar una cultura de *corporate compliance* en materia penal que permita, en el futuro, eximir a las personas jurídicas de responder penalmente por delitos cometidos por sus administradores o empleados. ■

NOTAS

() *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE de 1999, revisados en 2004 y en revisión actualmente así como el Convenio para Combatir la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Económicas Internacionales, firmado por los países de la OCDE en diciembre de 1997 y las recomendaciones en materia de anticorrupción emitidas en 2009.*



- 22/03/2015 ANDALUCÍA
- 24/05/2015 MUNICIPALES
- 24/05/2015 AUTONÓMICAS
Excepto Andalucía, Galicia, País Vasco y Cataluña
- 27/09/2015 CATALUÑA
- 20/11 - 22/12/2015 GENERALES
Máximo 17/01/2016

CÓDIGO ELECTORAL





Enrique Arnaldo Alcubilla
y Manuel Delgado-Iribarren García-Campero

Páginas: 1.488 / Rústica / ISBN: 978-84-7052-690-9

NOVEDAD

5% de DESCUENTO por compras en Internet

PRECIO: ~~140 €~~ + IVA

AHORA: 133 € + IVA

¿ESTÁS PREPARADO PARA EL AÑO ELECTORAL?

La práctica de los procesos electorales, exige la solución inmediata de los problemas que se puedan plantear.

En la **OCTAVA EDICIÓN** de este código encontrarás respuesta a todos ellos



Wolters Kluwer
EL CONSULTOR

ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR:

Servicio de Atención al Cliente:
902 250 500 tel. / e-mail: clientes@wke.es

Con 5% de descuento: <http://tienda.wke.es>

Wolters Kluwer

Solo alguien que conoce tu negocio como tú, puede ser el mejor socio

Tu mejor socio