

## Nota Legal sobre la Aplicación del “Compliance” en las Empresas

Tras la publicación de la esperada circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas conforme a la reforma del código penal que entró en vigor el pasado mes de julio (Ley Orgánica 1/2015), esta circular viene a dar las instrucciones a los fiscales sobre cómo valorar la eficacia de los planes de cumplimiento normativo.

Con la reforma del código penal, el cumplimiento normativo se configura como un procedimiento que permite a las empresas la eximente de la responsabilidad penal, por lo tanto, es importante que las empresas conozcan cuáles van a ser las reglas que la Fiscalía va a tomar en consideración para aplicar o no dicha eximente.

El fin del plan de *compliance* es la lucha contra la delincuencia de empresa.

### 1. Control eficaz

La circular prevé sobre la conducta delictiva de los dirigentes y los programas de control que la acusación lo que debe probar será si la imputación de la persona jurídica es por parte de la conducta delictiva de sus dirigentes o por el incumplimiento de las obligaciones de control de los subordinados.

Para lo cual, los programas de control de la persona jurídica consisten en una referencia para medir las obligaciones de las personas físicas con mayores responsabilidades dentro de la corporación, y será ésta la que deba acreditar que los programas eran eficaces para prevenir el delito mediante la práctica de los protocolos de actuación periódicos de la corporación.

La Circular destaca que la persona jurídica quedará excluida de responsabilidad penal cuando se demuestre que la conducta sea realizada por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, y resulten inidóneos para reportar a la entidad beneficio alguno, directo o indirecto.

## 2. No pueden percibirse como un 'seguro'

Respecto a los programas de cumplimiento normativo la Circular viene a decir que a pesar de los costosos y completos programas que muchas empresas están implantando para eludir la responsabilidad penal, estos programas no pueden andar encaminados a conseguir este objetivo sino su intención debe ser reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley y a consecuencia de esta cultura corporativa la comisión de un delito dentro de la empresa sea un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura.

La Fiscalía establece que los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, por supuesto, redactados por escrito. Por muy completo que sea un programa no será suficientemente válido sino está adecuado a la estructura y funcionamiento de la empresa teniendo previsto los posibles riesgos que se pueden dar en ella para poder así acreditar que se siguieron todos los pasos previstos para evitar el delito que se ha cometido.

Una de las advertencias que lanza la Circular se refiere al *copy/paste* de los programas que algunas empresas aplican para la reducción de costes, las consecuencias de esta práctica "son las serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adaptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas"

## 3. Compliance officer

En la descripción de la Circular del oficial de cumplimiento normativo o compliance officer describe que debe ser un órgano de la persona jurídica, pudiendo estar desempeñado la función por distintos órganos o unidades tales como la unidad de riesgos, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención de blanqueo. Básicamente lo que viene a decir la circular es lo esencial es que haya un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas.

Enlazando con el párrafo anterior, la Circular en lo referente al órgano encargado del cumplimiento normativo no ve ningún inconveniente en que la empresa recurra a contratación externa para que realice esa función. Lo que de verdad destaca como importante es que exista en la persona jurídica un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo más que todas las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano.

Y va todavía un paso más allá al señalar que "muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad".

#### **4. Responsabilidad penal del 'compliance officer'**

La responsabilidad penal que comete el oficial de cumplimiento, la Fiscalía la entiende que puede ser transferida dicha responsabilidad a la persona jurídica puesto que es una de las personas que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. Además, con la omisión del control de los subordinados también transfiere la responsabilidad a la persona jurídica. Por lo que, en esta situación, la omisión de sus deberes puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado.

En todo caso, recuerda que "si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la persona jurídica en ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal".

#### **5. Pequeñas empresas**

Con respecto a las pequeñas empresas, la fiscalía viene a decir que para su imputación se tendrá una extrema prudencia ya que su estructura organizativa no puede compararse con la de las empresas que tienen una estructura organizativa compleja.

En este sentido, según explica la Circular, "podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales, que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal".

Madrid, febrero 2016

Alezes Abogados

#### **Fuente:**

- Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado
- Expansión