



COMPLIANCE

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y, EN GENERAL, DE LAS PERSONAS JURÍDICAS TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL (LEY ORGÁNICA 1/2015)

1. ¿QUÉ ES “COMPLIANCE”?

Con toda certeza habrán oído hablar del vocablo “COMPLIANCE” en relación a la novedosa introducción de la denominada “RESPONSABILIDAD PENAL” de las personas jurídicas, tras la modificación del Código Penal y el redactado del artículo 31 bis en dicha norma legal.

En realidad la traducción literal del vocablo inglés (no podría ser de otra manera) es el de “CUMPLIMIENTO”, derivado del verbo “COMPLIED” o “cumplir” en castellano, todo ello en el desarrollo de la “practicidad” que el idioma inglés viene a facilitar.

Y si lo extrapolamos al tema que nos ocupa el “CUMPLIMIENTO” a que se refiere no es otro que el de las normas necesarias y tendentes a evitar incurrir en aquella RESPONSABILIDAD PENAL por parte de la sociedad, observando e implementando un PROTOCOLO DE ACTUACIONES que evite situaciones que den lugar a dicha responsabilidad.

Pues bien, el denominado “COMPLIANCE” no es más que aquel PROTOCOLO DE ACTUACIONES PARA LA APLICACIÓN DEL MODELO DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN EMPRESARIAL que permita controlar y supervisar las actuaciones llevadas a cabo por el personal de la sociedad en el ejercicio de sus funciones de representación social o, incluso, del personal subalterno en determinados casos que comportaran una actuación negligente.

2. LA REGULACIÓN LEGAL.

La RESPONSABILIDAD PENAL de las sociedades mercantiles y de las personas jurídicas en general, ya viene siendo contemplada hace tiempo en EEUU y Gran Bretaña, habiéndose extendido a la Unión Europea (especialmente Holanda, Alemania, Francia) basándose para su regulación en lo ya experimentado en el ámbito anglosajón.

Y así, partiendo de la experiencia anglosajona en cuanto a la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles, también el legislador español ha pretendido

adaptar la normativa en el ámbito penal, lo que ha llevado a plantear las mismas soluciones en cuanto a las medidas a adoptar: **el establecimiento de un PROTOCOLO DE ACTUACIONES que permita CUMPLIR a aquellas sociedades con la exigencia legal, dentro de unos parámetros más o menos exigentes.**

El artículo 31.bis del Código Penal viene a plantear DOS grandes supuestos de RESPONSABILIDAD PENAL de la sociedad mercantil:

a) **Por los delitos cometidos por sus representantes legales (administradores, apoderados, etc.) en nombre o por cuenta de dichas sociedades, en beneficio de éstas ya sea directa o indirectamente,** entendiéndose como representantes legales todas aquellas personas con poder decisorio, incluyendo las que ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.

No obstante, la persona jurídica **quedaría EXENTA DE RESPONSABILIDAD penal si se cumplen las siguientes condiciones:**

1. **Que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado modelos de organización (protocolos de actuación) eficaces y válidos encaminados a reducir sustancialmente el riesgo de su comisión por parte de aquel personal: vigilancia, control, supervisión, etc.**
2. **Que la supervisión y cumplimiento del modelo de prevención implantado (el protocolo de actuaciones) haya sido confiada a un órgano de la sociedad con autonomía suficiente para adoptar la iniciativa y el control,** o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos implementados.
3. **Las compañías** que estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada con arreglo a la normativa societaria se considerarán **de pequeñas dimensiones,** y las funciones de supervisión **podrán ser desarrolladas directamente por sus propios administradores.**
4. **Que los autores del delito hayan eludido fraudulentamente aquellos modelos de organización y prevención,** es decir, que hayan actuado de forma intencionada para ocultar su actividad delictiva burlando de forma ilegítima aquel protocolo de actuaciones.
5. **Que el órgano autónomo encargado de supervisar, vigilar y controlar el modelo de organización y prevención,** o en su caso los propios administradores, **no hayan omitido la aplicación de los protocolos de actuación o que la ejecución de los mismos haya sido insuficiente.**

b) **Por los delitos cometidos por aquellas otras personas que, dependiendo de los representantes legales de la sociedad** a que se refiere el apartado anterior, **han podido ejecutar los hechos delictivos como consecuencia de un incumplimiento grave de su deber de supervisión, vigilancia y control.**

No obstante, la persona jurídica quedaría EXENTA DE RESPONSABILIDAD penal si se cumple la siguiente condición:

- Que antes de la comisión del delito se haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión (el reiterado protocolo de actuaciones) que resulte adecuado para prevenir los delitos que se produjeran o, en su caso, para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

3. DE LA IMPORTANCIA DEL "COMPLIANCE"

Como puede observarse, en todos los casos el vocablo CUMPLIMIENTO adquiere un significado muy concreto y especial: si la sociedad ha adoptado (implementado) medidas (razonablemente) eficaces para evitar la comisión del delito, que reduzcan sustancialmente el riesgo de que se cometa el delito, la sociedad NO INCURRIRÁ EN RESPONSABILIDAD PENAL.

Por ello y a pesar de que la valoración de esas medidas, de su suficiencia y eficacia, dependerán en última instancia de la valoración judicial, es evidente que habrá más posibilidades de que no se aprecie la concurrencia de responsabilidad penal en caso de que se hayan implementado esos protocolos de actuación, y que obviamente se hayan cumplido, exonerando o en cualquier caso paliando de forma significativa aquella responsabilidad penal.

Resulta especialmente significativo que en caso de demostrarse en juicio la responsabilidad penal de la compañía, el establecimiento antes de la vista oral de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse en el mismo ámbito, constituye de por sí una importante atenuante.

4. CONTENIDO MÍNIMO DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN ("COMPLIANCE"): FORMA Y OPERATIVIDAD DEL PROTOCOLO DE ACTUACIONES.

A diferencia de otros intentos llevados a cabo en 2.010, y que impidieron la efectividad de las medidas que se pretendían adoptar para determinar una eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas, el legislador ha especificado los requisitos que debe cumplir el modelo de organización para controlar y supervisar la actividad individual de las personas que integran la sociedad, y así:

- 1) Debe identificarse la actividad o actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos objeto de prevención.

- 2) Deben establecerse protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la sociedad, toma de decisiones y ejecución de las mismas.
- 3) Debe disponerse de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos objeto de prevención.
- 4) Deberá informarse al organismo autónomo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, o en su caso a los administradores, de los posibles riesgos e incumplimientos.
- 5) Deberá instaurarse un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas establecidas en el modelo de organización y gestión.
- 6) Deberá realizarse 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.

Pueden ponerse en contacto con este despacho profesional para cualquier duda o aclaración que puedan tener al respecto.

Un cordial saludo,

Septiembre 2016
Dpto. Mercantil Jurídico

GABINET ASSESSOR EMPRESARIAL, S.L.