



► 13 Mayo, 2016

I Congreso Nacional de Prevención de Delitos e Insolvencia de la Pyme

‘Compliance officer’: una figura indefinida

El encargado de velar por que la empresa no cometa delitos tiene responsabilidad penal y, por ello, debe acordar sus funciones por contrato

XAVIER GIL-PECHARROMÁN

El *compliance officer* está incluido en la responsabilidad penal en sus actuaciones, pero solo en los casos en que exista una delegación de funciones transferibles clara del órgano de administración de la empresa y de forma contractual”, afirmó José Ramón Miranda, presidente de la Audiencia Nacional.

En el transcurso de su intervención en el ‘I Congreso Nacional de Prevención de Delitos e Insolvencia en la Pyme’-organizado por Aula Jurídica-, Navarro explicó que el ‘compliance officer’, cuya figura no está definida en la Ley, debe ser eficaz y aplicar el concepto de diligencia debida, sobre todo a la hora de informar de los posibles riesgos del programa.

El Congreso fue inaugurado por la subsecretaria del Ministerio de Justicia, Áurea Roldán; el presidente del Parlamento de Andalucía, Juan Pablo Durán; el magistrado del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Córdoba y director académico del mismo, Antonio Fuentes; y el juez decano de Córdoba, Miguel Ángel Pareja.

Áurea Roldán se refirió a la responsabilidad penal de las personas físicas incluida en la última reforma del Código Penal, al señalar que “es un cambio de cultura que requiere un tiempo para asentarse”.

Por ello, el objetivo del Congreso ha sido analizar, por un lado las novedades de la entrada en vigor de la reforma introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, y por otro los acuerdos de refinanciación de la deuda empresarial de la pyme, su homologación y la reestructuración de la compañía, dentro y fuera del ámbito concursal.

Debe, de esta forma, identificar la normativa a la que la empresa está obligada. Esta abarca todo el Derecho imperativo, más los códigos de conducta sectoriales y aquellos a los que se haya acogido la empresa. Además, debe tener un profundo conocimiento de la empresa.

Esta figura puede estar cubierta por una persona física o por un órgano colegiado, según decida la empresa, pero lo más importante es que tenga acceso directo al órgano de Gobierno, incluida la junta general de la sociedad. Además, debe de estar dotado de “autoridad suficiente” y de los recursos necesarios para cumplir su función sin dependencia del órgano de gobierno.

El *compliance officer* debe cumplir las funciones de controlar, supervisar y realizar el programa. De esta forma, debe ser el encargado de decirle a la empresa los fallos que encuentra en la prevención a la hora de realizar el programa y al hacerlo cumplir. “Ese control no debe ser solo sobre el interior de la empresa, sino también sobre los clientes y proveedores”, añadió. Así, deberá regular los regalos corporativos con el establecimiento de las cantidades que se consideran que son aceptables. También, debe establecer un programa de formación continua de los empresarios y controlar su cumplimiento.

“Un mal programa de *compliance* es como no tenerlo”, señaló por su parte Alejandro Abascal, juez de refuerzo del Juzgado Central número 6 de la Audiencia Nacional, al tiempo que afirmó que “yo no sé hasta qué punto la gente es consciente de la necesidad que plantea el *compliance*, porque si se llevan a cabo estos planes, será más fácil cumplir con las exigencias del Código



Mesa compuesta por magistrados de la Audiencia Nacional en el Congreso. EE

Civil o que desaparezca o disminuya la responsabilidad, lo que ha sido ratificado en las tres sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre la materia”.

Canales de denuncia

Finalmente, Javier Echarri, magistrado de la Audiencia Nacional, se refirió a la exigencia de que las empresas abran canales de denuncia para los trabajadores. El debate en la actualidad está en si deben ser o no denuncias con identificación del trabajador o anónimas.

La normativa regula con claridad que los denunciantes no pueden ser sancionados ni con despidos, ni con rebaja de categoría ni ser apartados de sus labores habituales. Un ejemplo de denuncia anónima está en la Ley de Blanqueo de Capitales por contra de la establecida en la Ley.

Por otra parte, las operaciones de reestructuración societarias -fusiones, escisiones, aportaciones de ramas de actividad, canje de valores o aportaciones- se han convertido en una alternativa real para que las empresas con problemas de solvencia puedan evitar el concurso.



Esta figura puede estar cubierta por una persona física o por un órgano colegiado, según decida la empresa

Lo más importante de la figura es que tenga acceso directo al órgano de Gobierno de la sociedad para desempeñar su labor

Se encarga de decirle a la empresa los fallos que encuentra en la prevención al realizar el programa y al hacerlo cumplir

El debate se centra en si debe haber o no denuncias con identificación del trabajador o han de ser anónimas

Así lo afirmó ayer la magistrada del Juzgado Mercantil 1 de Málaga, María Jesús del Pilar Márquez, en el transcurso de su intervención en el congreso y en el que participan como ponentes medio centenar de magistrados, fiscales y letrados de la Administración de Justicia.

"No solo son beneficiosos para la sociedad, sino también para los acreedores, trabajadores, socios, proveedores, terceros, y hasta para la economía española en general", añadió la magistrada.

Sin embargo, Manuel Ruiz de Lara, magistrado del Juzgado Mercantil 10 de Barcelona, destacó que sería necesario que se superen los problemas de coordinación que existen en la actualidad entre la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y la Ley Concursal, al no estar regulado el desarrollo de la sistemática a seguir, lo que crea situaciones difíciles de resolver.

Así, por ejemplo, Daniel Campos, fiscal de la Audiencia Nacional, advirtió ayer que el Código Penal incumple el Convenio de Varsovia, ratificado por España, que obliga a que se aplique la responsabilidad de las personas jurídicas a todas las sociedades, mientras que en la legislación española se ha limitado a las sociedades que disponen de una organización.

Situación de estupor

Para Julio Úbeda, magistrado de la Audiencia Provincial de Alicante, "el Código Penal tiene una sobrelegislación que no es nada recomendable" y añadió, en favor del principio de mínima intervención del Derecho Penal, que "los penalistas estamos en una situación de estupor, ya que se trata de aplicar los códigos de buen gobierno dentro del propio Código".

En la misma línea, al analizar las sentencias emitidas por el Tribunal Supremo sobre esta materia, se preguntó sobre ¿qué tiene una sociedad pantalla para que sea inimputable, por el mero hecho de que realice actividades ilícitas?

Amanda Cohen, magistrada de refuerzo del Juzgado Mercantil 2 de Málaga, advirtió de que se está abusando del concurso necesario para acelerar los procedimientos por administradores societarios.

El juez Pablo Ruz, titular del Juzgado nº 4 de Móstoles (Madrid), explicó que una de las ventajas que tiene trabajar en la Audiencia Nacional, es que "es un conejillo de indias", ya que a ella llegan todos los nuevos tipos penales. Así, la responsabilidad de las personas físicas ha precisado de un lustro para empezar a tener reflejo en los tribunales. Y comentó que en la actualidad existe una gran confusión entre los juristas sobre el límite temporal de este tipo de delitos, de los que únicamente se puede hablar de tales a partir del año 2010, tras la reforma del Código Penal, que incluyó esta figura.

Se refirió también a las limitaciones que plantea este tipo, puesto que se trata de un delito tasado, que se limita a un listado limitado. Así, se incluyen delitos contra la intimidad y allanamiento informático; estafas propias e impropias; insolvencias punibles; alzamientos y concursos punibles; daños informáticos y *hacking*; delitos contra la propiedad intelectual e industrial, y contra el mercado y los consumidores.

Además, se incluyen los de descubrimiento y revelación de secretos de empresa; desabastecimiento de materias primas; publicidad engañosa; fraude de inversores y de crédito; facturación

fraudulenta; manipulación de cotizaciones en los mercados; abuso de información privilegiada; facilitación ilegal de acceso a servicios de radiodifusión y televisión.

Finalmente, se incluyen los delitos de corrupción entre particulares y deportiva; blanqueo de capitales; contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; sobre la ordenación del territorio y contra los recursos naturales y el medio ambiente; relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes; de riesgo provocado por explosivos; cohecho; tráfico de influencias y corrupción de funcionario extranjero.

Una amplia responsabilidad

Las personas jurídicas son penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por quienes, actúen individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. También, lo son de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas.

Si el delito es cometido por directivos y personal autorizado, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen, el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

También, señala el Código Penal que quedará exenta la persona jurídica, si la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha 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.

En la misma línea, no habrá responsabilidad penal en el caso de los autores individuales si han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y si no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control.

Críticas de los magistrados por falta de definiciones básicas

FALTA DE DEFINICIÓN

Uno de los grandes déficits de la actual regulación de prevención de los delitos para evitar la responsabilidad de las personas jurídicas es que no existe una definición de lo que son este tipo de personas, según explicó Rafael Soriano, titular del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Alicante. Así, señaló que, aunque el artículo 297 del Código Penal habla sobre la sociedad mercantil, su ámbito está circunscrito al ámbito de los derechos societarios. Por eso, hay que acudir al artículo 35 del Código Civil. Soriano criticó, también, que no sean penalizables las uniones temporales de empresas.

NO ESTÁ CENTRADA

El magistrado del Tribunal Supremo y ponente de una de las sentencias emitidas por el Alto Tribunal sobre la materia, consideró que es un error no haber centrado el delito en la empresa y, además, en las de una cierta dimensión. Y explicó que se puede dar el caso, por ejemplo, "de que uno de los integrantes de una institución religiosa cometa uno de los 26 delitos que activan esta responsabilidad en el Código Penal".