

¿Por qué no es fácil el compliance penal?

El 22 de octubre de 2014 se celebró en la [Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa \(Fide\)](#) esta sesión de debate en la que participaron abogados, asesores jurídicos, economistas y magistrados.

Bajo la moderación de **Maria Emilia Casas Baamonde**, Presidenta emérita del Tribunal Constitucional intervinieron inicialmente **Juan Antonio Lascuraín**, Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid y **Adán Nieto**, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Castilla – La Mancha.

En el presente documento se recogen las conclusiones alcanzadas en la sesión.

Estas conclusiones han sido elaboradas por Vera Sopeña y editadas por
Grupo Francis Lefebvre*

La introducción en el Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas impone una serie de exigencias no reguladas específicamente o www.fidefundacion.es

directamente ambiguas, poco acordes con la seriedad de las consecuencias de la aplicación de las normas penales (estigma social, sanciones dinerarias, despersonalización de las sociedades o incluso directamente su disolución). Así se exige una “debida diligencia” en la actuación de la empresa, pero no existen unos estándares claros que delimiten cual es el nivel adecuado o diligente necesario para la observancia de las normas.

2

las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito (admisible en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador que del penal).

Ante este nuevo conjunto de normas sancionadoras se proponen medidas o instrumentos que faciliten a los responsables de las empresas la adecuación de su actividad al ordenamiento jurídico. El principal de todos ellos son los Programas de Cumplimiento o Compliance Programs. Pese a algunas críticas en relación con la efectividad de estos Programas, su utilidad e incluso su encaje en nuestro sistema jurídico (versus el sistema jurídico anglosajón, y más concretamente el norteamericano¹), en general la mayoría coincide con su utilidad para prevenir y minimizar las consecuencias penales de la actuación de la empresa.

Requisitos de los sistemas de Compliance y algunas propuestas:

No obstante, un Compliance Program, para ser efectivo y útil, debe cumplir unos requisitos mínimos que se resumen a continuación:

- **Política interna:** Conceptualmente, los Compliance Program deben incorporarse en el código interno de la empresa (como política interna), de forma que los trabajadores pueden interiorizar sus principios como seña de identidad de una empresa “ética” y no se limite a una mera instrucción del Consejo de Administración.
- **Transversalidad:** El código debe dirigirse a todos las personas de la empresas: administradores, directivos y trabajadores (y no solo los trabajadores como si se tratase de una política laboral)

¹ Se señala que el compliance tiene mejor encaje en sistemas como el Anglosajón (concretamente el de EEUU) más flexibles, donde sin necesidad de ahondar en algunas de las cuestiones problemáticas que aquí suscitan los procedimientos del compliance (prueba, investigaciones internas, individualización de la conducta, determinación de la responsabilidad, etc.) sirven como plataforma única para llegar a acuerdos rápidos con la fiscalía (se cita específicamente el caso Siemens: mientras que en USA se llegó rápidamente a un acuerdo con la fiscalía que permitió indemnizar rápidamente a las víctimas, en Alemania tras un largo procedimiento, todo quedó en el ámbito de la competencia desleal).

- **Implicación:** debe exigirse la participación de todas las personas a las que se dirige el código.
- **Vinculación y responsabilidad:** El Compliance Program debe tener carácter vinculante para todos los integrantes de la empresa y, para ello, es preciso establecer un sistema de denuncias, sanciones y órganos de cumplimiento que supervisen su completa observancia y eficacia.
- **Órgano de cumplimiento:** El diseño del órgano de cumplimiento es esencial y determina la credibilidad del sistema en su conjunto. Existen varios modelos de órganos de control, básicamente: (a) el modelo chileno y de EEUU en el que la responsabilidad descansa en un alto directivo de la empresa vinculado al Consejo de Administración; (b) el italiano, que consiste en crear un órgano independientes de control dentro de la empresa; (c) el más empleado en España: la Comisión de Prevención, en el que se reúnen los responsables de seguridad de cada área; y (d) externalizar el cumplimiento (como por ejemplo sucede en ocasiones en el ámbito laboral).

En cualquiera de los casos, el órgano de control, cualquiera que sea el modelo, debe contar con los recursos suficientes y establecer las suficientes salvaguardas en relación con posibles conflictos de intereses, indemnidades e inmovilidad de las personas encargadas del compliance para garantizar su independencia.

- **Exigibilidad.**
- **Formación.** Se señala también la importancia de una formación especializada e individualizada para todos los trabajadores de la empresa de forma que se sensibilicen e interioricen el Compliance Program como un principio de actuación en su día a día.

Por otro lado, para la elaboración del Compliance Program en sí, es imprescindible realizar previamente un **análisis de los riesgos de la empresa** en cuestión (actuales y potenciales) para poder individualizar a la actividad de la empresa los procedimientos y principios específicos que permitan supervisar los riesgos penales a los que se enfrenta con su actividad. Este análisis de los riesgos permite dotar a la empresa de **previsibilidad**.

De hecho, algunos consideran que dicha previsibilidad permitiría exonerar a la empresas de responsabilidad penal frente aquellos ilícitos no detectados ni incluidos en su análisis de riesgos para la elaboración del Compliance Program y, por tanto, no previsibles.

En lo que respecta al contenido el Compliance Program o su configuración (ie. los procedimientos) se apunta la posibilidad de crear un cuerpo de “soft law” que regule un estándar determinado para la delimitación de la responsabilidad. Este cuerpo de soft law podría tomar como base distintas siguientes fuentes, por ejemplo: (1) el sistema de cumplimiento no penal derivado del sistema de control de riesgos laborales / convenios colectivos; (2) Un estudio y sistematización de los sistemas de compliance comparados (por ejemplo, el italiano derivado del RD 231/2001 y (3) La lógica de la prevención penal, con un sistema que establezca: (1) un sistema de normas/conductas sancionables/denunciables claras; (2) un sistema sancionador; y (3) instituciones que promulguen y protejan las normas.

Incluso, se señala la posibilidad de que estandarizar los procesos de control de las compañías pertenecientes a un mismo sector e, incluso, involucrar en este proceso a la fiscalía para garantizar la adecuación de los sistemas diseñados. Esta solución sería viable obviamente en el caso de las grandes empresas. Para las PYMES se proponen procesos de control individualizados.

Elementos reactivos de los Sistemas de Compliance:

La implantación de los Compliance Program conlleva problemas específicos de aplicación no resueltos todavía por la regulación ni por la jurisprudencia.

En efecto, los Compliance Program instauran un mini ordenamiento penal en las empresas en relación con sus empleados (con denuncias anónimas, control por gps, investigación de email corporativo, etc) a modo de “cuasi privatización” del proceso penal. Ello plantea algunas cuestiones potencialmente problemáticas.

En primer lugar, y sin perjuicio de otros problemas técnicos, este clima de “control interno” quasi-penal puede derivar en un ambiente tóxico de desconfianza dentro de la empresa, mermando a la postre su productividad.

Desde el punto de vista técnico, los procedimientos internos “cuasi-penales” plantean problemas específicos: se destacan especialmente los relativos a las debidas garantías o límites de la supervisión interna y los relativos a los resultados de las investigaciones internas y los documentos o declaraciones ahí recabados. Además, debe de tenerse en cuenta que este mini ordenamiento penal y sus procesos (investigaciones internas, etc.) se dan en un marco de relaciones muy distintas a las del Derecho Penal, pues se circunscriben generalmente a la relación entre empleado y empleador.

En lo que se refiere a las garantías, se coincide en la necesidad de instaurar límites internos a la actividad de supervisión, teniendo en cuenta la gravedad de las consecuencias del procedimiento de control. Así, por ejemplo, se aconseja establecer límites en el transcurso de las investigaciones internas por ejemplo, el acceso a los medios de trabajo del empleado (email, teléfono, etc.), las declaraciones

obtenidas durante la inspección que permitan exonerar a la empresa pero que sean potencialmente inculpatoria para el inspeccionado) o la documentación potencialmente comprometida de cara a un proceso penal que se puede generar en el marco de la auditoría interna.

Sobre este aspecto, se señalan los posibles peligros de una reciente [Sentencia de la Sala 2ª del TS de Junio de 2014](#) (ponente José Manuel Maza Martín) en la que, en un obiter dicta, se señala que las pruebas recabas en investigaciones internas deberían ir precedidas de un auto judicial para salvaguardar los derechos de los afectados. Esta jurisprudencia, de prosperar, podría poner en peligro el sistema de Compliance en sí mismo, por su naturaleza necesariamente preventiva y no reactiva.

En cuanto a la documentación comprometida, se suscita también un debate interesante en torno a la obligación o no de entregarla eventualmente a un organismo público y, consecuentemente, a la protección de la misma mediante su custodia por un abogado externo (en detrimento de los abogados de empresa – [Jurisprudencia del TJUE en el asunto AKZO](#)).

También, a nivel externo, la jurisprudencia debería delimitar hasta dónde puede exigirse el “devido control” de la actividad de las personas trabajando en la compañía para poder evitar la responsabilidad de la empresa. En este sentido, se señalan también limitaciones derivadas de los procedimientos internos posteriormente ante los tribunales. De nada sirve el compliance si luego este no es reconocido por los tribunales. Así, se recuerda la Circular de la Fiscalía en la que no se da importancia a la labor preventiva de la empresas a nivel global, sino que instruye para analizar el caso concreto (“marcaje al hombre”).

En todo caso, se concluye que los Compliance Program son hoy en día imprescindibles y útiles pese a que, en ocasiones, fallen. Lo importante realmente es incorporar las normas del Compliance en la ética de la empresa como forma de actuación.

Algunos Comentarios

A continuación se recogen algunos comentarios de interés suscitados en el debate entre los participantes en la sesión.

- Algunos critican el sistema en sí. Comentan que la autoregulación no funciona (señalando déficits del sistema como el crack del 29, la actual crisis financiera, el caso de siemens, Enron o Arthur Andersen). Partiendo de la base de que las empresas no son éticas, sino que simplemente buscan maximizar el beneficio, son imprescindibles normas claras que regulen su actividad. Cometido el ilícito, algunos consideran que el Compliance no debe ser relevante en lo que se refiere a la aplicación de las normas penales. Tan solo es útil para hacer constar ante el juez que la empresa ha intentado ser

diligente en la prevención, pese a su fracaso, para intentar diluir su responsabilidad, pero solo será relevante al final del día el proceso y las pruebas aportadas durante el procedimiento conforme a las reglas del Derecho procesal.

- Se señala la dificultad de la posición de los abogados de empresa que tienen que cumplir con distintas normativas desperdigadas. Así, se critica también la inexistencia de un Código de Buen Gobierno Mercantil general que abarque todas las cuestiones; al tiempo que se señala también la dificultad de supervisar en una gran empresa el cumplimiento de todas las áreas de seguridad: medio ambiente, gestión de litigios, gestión de contratos, etc. En este sentido, se apunta a la necesidad de establecer para su observación grandes principios más que procedimientos, pues se correría el riesgo de manejar textos inabarcables y, por tanto, inútiles.
- En cuanto al Compliance, se señalan algunas limitaciones y problemas con su labor como asesores dentro de la empresa: la dificultad en prevenir la consideración penal de cada una de las personas que intervienen en un determinada conducta; el alejamiento entre la exigencia de compliance y la realidad del día a día y dinámica de la empresa; la posición potencialmente conflictiva de los abogados de empresa cuando se le atribuyen funciones de compliance que, al estar obligado a denunciar la prácticas potencialmente ilícitas podría perder la confianza en su papel como asesor legal de la empresa.

6

*Vera Sopeña, Abogada especializada en Derecho de la Competencia. Ha sido asesora del Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, asesorando al Presidente, su Gabinete y el Consejo de esta entidad, ahora integrada en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Anteriormente trabajó en el Departamento de Derecho de la Competencia y Derecho Comunitario de Garrigues, tanto en su oficina de Madrid como en la de Bruselas. Es Licenciada en la especialidad Jurídico-Comunitario de la Universidad San Pablo CEU; investigadora doctoral de la Facultad de Derecho de la UAM y realizó un Master en Derecho, LLM, en la Universidad de Chicago, en EEUU. Miembro de los Colegios de Abogados de Nueva York y de Madrid, y es autora de varias publicaciones en el ámbito de su especialidad.