



VNiVERSIDAD  
D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

## TRABAJO FIN DE GRADO

### GRADO EN DERECHO

Derecho Privado

Área de Derecho Mercantil

Curso 2016/2017

“*Compliance Programs*: Su creación, normativa aplicable, relación con ámbitos mercantiles y estudio de la introducción de la figura del *compliance officer* en las empresas jurídico privadas, su posición jurídica y sus obligaciones”

Nombre del estudiante: Eva Ramos Ramos

Tutor: José Luis Sánchez Barrios.

Mes: julio Año: 2017

TRABAJO FIN DE GRADO  
GRADO EN DERECHO  
Departamento de Derecho Privado  
Área de Derecho Mercantil

*“Compliance Programs: Su creación, normativa aplicable, relación con ámbitos mercantiles y estudio de la introducción de la figura del *compliance officer* en las empresas jurídico privadas, su posición jurídica y sus obligaciones”*

“Compliance Programs: Their creation, applicable rules, connection with commercial sectors and the study of the introduction of the compliance officer in the comercial companies, his legal status and responsibilities”

Nombre de la estudiante: Eva Ramos Ramos

e-mail de la estudiante: [evaramos@usal.es](mailto:evaramos@usal.es)

Tutor: José Luis Sánchez Barrios

## RESUMEN:

El trabajo consiste en el estudio de los programas de cumplimiento (*compliance programs*), la creación de los mismos, histórica como jurídicamente y de la normativa aplicable tanto nacional como internacional relacionada con las empresas jurídico privadas.

Se va a enlazar estos programas de *compliance* con el derecho de competencia, el blanqueo de capitales, el derecho financiero y el medioambiente además de tratar explicar de manera interconectada las funciones que desempeña el compliance officer, persona encargada de velar por el cumplimiento de esos programas de cumplimiento, junto con sus responsabilidades.

Por último se hablará de otras posibles medidas preventivas, tanto positivas como negativas, para el cumplimiento del ordenamiento jurídico y la posible excusa de las empresas para exonerarse de la responsabilidad penal por el hecho de haber introducido en sus empresas programas de cumplimiento.

**PALABRAS CLAVES:** Programas de cumplimiento normativo, prevención, legalidad, control, diligencia, oficial de cumplimiento.

## ABSTRACT:

The essay consists of the study of the compliance programs, their creation both historically and juridically and the applicable normative, not only on a national level but also on an international one related with the legal private companies.

These compliance programs are going to be linked to the competency right, money laundering, financial laws and environment as well as try to explain in an interlinked way the role that the compliance officer, person in charge of supervising these programs observance carries out as well as his/ her responsibilities.

Finally, other possible negative and positive preventive measures for the observance of the legal system will be studied and the possible pretext of the companies to be exonerated of criminal liability due to the fact that they have introduced compliance programs in their enterprises.

**KEYWORDS:** Compliance programs, prevention, legality, control, diligence, compliance officer

## ABREVIATURAS

<b>AAVV</b>	Autores Varios
<b>ASCOM</b>	Asociación Española de Compliance
<b>Ccom</b>	Código de Comercio
<b>CNMV</b>	Comisión Nacional del Mercado de Valores
<b>CO</b>	<i>Compliance officer</i>
<b>CP</b>	Código Penal
<b>Dir/DIRS</b>	Director/Directores
<b>EEUU</b>	Estados Unidos
<b>ET</b>	Estatuto de los Trabajadores
<b>FGE</b>	Fiscalía General del Estado
<b>GAFI</b>	Grupo de Acción Financiera
<b>ISO</b>	Organización Internacional de la Normalización.
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LSC</b>	Ley de Sociedades de Capital
<b>OCDE</b>	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
<b>OFI</b>	Office of fair Trading
<b>P./ P.p</b>	Página/páginas
<b>PBC</b>	Prevención Blanqueo de Capitales
<b>RDM</b>	Revista de Derecho Mercantil
<b>SS</b>	Siguientes
<b>VID.</b>	Véase

## INDICE

INTRODUCCION .....	7
1.EL COMPLIANCE.....	8
1.1 QUÉ ES EL COMPLIANCE.....	8
1.2 ORIGEN HISTÓRICO DE LA FIGURA.....	10
2. NORMATIVA .....	11
2.1 NORMA ISO: Referencia a la Norma UNE-ISO 19600:2015 , UNE- ISO 37001 y UNE 19601: 2017.....	11
2.2 EN ESPAÑA: IMPORTANCIA DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015 Y LA CIRCULAR 1/2016 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.....	13
3.SECTORES RELACIONADOS CON LAS EMPRESAS EN LOS QUE EL COMPLIANCE ESTÁ TENIENDO AUGE.....	14
3.1 DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	15
3.2 DERECHO FINANCIERO (BLANQUEO DE CAPITALS).....	16
3.3 OTROS SECTORES DONDE ESTÁ TENIENDO IMPLANTACIÓN: EL EJEMPLO DEL RESPETO DE LA NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL POR LAS EMPRESAS.....	17
4. EL COMPLIANCE OFFICER.....	18
4.1 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	18
4.2 DIFERENCIA CON EL ASESOR JURÍDICO.....	21
4.3 FUNCIONES DEL CO Y RESPONSABILIDADES.....	22
5. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO.....	24
6. OTRAS ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN EN LA EMPRESA Y LA POSIBLE UTILIZACION DEL COMPLIANCE PARA ESCAPAR DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	28
6.1 OTRAS ESTRATEGIAS EMPRESARIALES DE PREVENCIÓN DE CUMPLIR ILEGALIDADES EN LA EMPRESA.....	28

6.2 UTILIZACIÓN DE LOS COMPLIANCE PROGRAMS COMO FIGURA DE ELUDIR O ATENUAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA.....	30
--	----

7.CONCLUSIONES.....	33
---------------------	----

BIBLIOGRAFIA

ANEXO I

## INTRODUCCION

Se va a investigar la aparición de una nueva figura, el *compliance*, figura desconocida entre muchos de los estudiantes de Derecho puesto que nació como tal en el 2008 en EEUU, en el sector financiero, como método de prevención y control dentro de las empresas y a su vez, en el mismo año y como traslado del ámbito privado al público por las ventajas que podían traer en la prevención de la legalidad, al sector público.

La motivo de la creación de la misma consiste en evitar la delitos económicos tanto en las empresas privadas como en las públicas y aunque las normativas que lo regulen son diferentes, puesto que tienen que estar adecuadas a sus características, tienen un nexo en común, que es, eliminar o reducir la criminalidad económica (la corrupción entre otras) que tanto nos ha preocupado y tantos casos han salido a la luz en estos últimos ocho años debido a la crisis económica. Las principales normas de las que se están alimentando los Estados como punto de partida para crear normativa interna, son normas internacionales y europeas que se estudiaran en el trabajo. Aunque algunas de ellas no son normativa como tal, sino sólo directrices que no obligan en derecho sino que marcan pautas, son de gran importancia y habiendo establecido la dirección de toda la regulación y la homogeneización de la misma.

Estos programas de cumplimiento están comenzando a tener expansión entre las empresas y cada vez es mayor su implantación, y aunque es verdad que las principales personas jurídico privadas que lo están implantando son empresas internacionales de gran tamaño económico como para hacer un programa de control de la legalidad interna y contratar a personal, a uno o varios, *controllers jurídicos* que sean los que velan por el cumplimiento del mismo y denuncian las irregularidades, se ha dejado claro a través de la Circular 1/2016 de la FGE que se pueden implantar en todo tipo de empresas, sea cual sea el tamaño de las mismas. Esto es importante en España porque su estructura empresarial se basa en las PYMES.

También se va a tratar el tema de las responsabilidades cuando hay un incumplimiento de este programa, ya sea del *compliance officer*, como del órgano de administración como por la propia sociedad como persona jurídica capaz de responder ante hechos delictivos . Así mismo se abordaran las posibilidades que da el tener un programa de cumplimiento para exonerarse de la misma o atenuar la responsabilidad.

Junto a este método de prevención, hay otros que se pueden implantar dentro de la empresa por parte de los Directivos de la misma para mejorar ese control legal, entre los cuales destacan los canales de denuncia.

Todo esto se pretende ver desde una perspectiva multidisciplinar, en el que se intenta conectar el derecho mercantil en relación con el derecho penal, financiero y con normas internacionales puesto que ahora, con el mundo globalizado en el que nos encontramos son muchas las normas que regulan un mismo elemento y todas se tienen que tener en cuenta para que su introducción en el ámbito del derecho mercantil y en las empresas españolas en concreto, sea efectivo.

## **1. EL COMPLIANCE**

### **1.1. QUÉ ES EL COMPLIANCE**

El objeto de estudio de este apartado se va a centrar en el análisis de la figura del *Compliance Officer*, que es la persona encargada de velar por la supervisión de los *compliance programs* o programas de cumplimiento.

La denominación de los programas de cumplimiento, proviene de la idea de “cumplir con”, que en inglés se traduce como “to do what is proper”<sup>1</sup> y en el lenguaje jurídico se asimila a “lo que es debidamente jurídico”. Por ello, si en lo relativo a la empresa será; la realización de la actividad obedeciendo a las normas pactadas tanto internamente como las que componen el *legal compliance* (la suma de nuestro derecho Español y normas y convenios internacionales aplicables en el país)<sup>2</sup>. El propósito con el que se crean estos y se introducen en el panorama empresarial es para lograr que haya un *self-control*, es decir, que las empresas por si mismas establezcan normas internas para sus actividades y que no haya tanta actividad represiva por parte del Estado<sup>3</sup>.

Estos programas de *compliance* se regulan con una doble intervención; se dice que hay una corregulación puesto que, tanto la empresa privada que crea el programa de cumplimiento como el Estado, establecen normas de cumplimiento imperativo. Aunque tiene una base profundamente legal, el análisis también se tiene que ver desde una

---

<sup>1</sup> MONTIEL-ORTIZ, K. “*Compliance* y teoría del Derecho Penal” Madrid, España, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales” 2013, p.107.

<sup>2</sup> TEJEIRA RODRIGUEZ, M. “*Legal Compliance: Conceptualización en el marco de la regulación coportativa*” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*” Getafe, Universidad Carlos III, 2015, p.936

<sup>3</sup> WELLNER P.A, “Effective Compliance Programs and Corporate criminal Prosecutions” *Cardozo Law Review*. Vol.27. NY ,2005, p.498



perspectiva sociológica, criminológica y económica<sup>4</sup>. El programa de cumplimiento se crea para introducir unos nuevos valores y así, a la larga, obtener “honorabilidad comercial”<sup>5</sup> y a su vez mejorar la reputación y *know how*<sup>6</sup> pues en la actualidad, hay empresas que le dan más valor a esa reputación y a la consideración que tienen los compradores hacia la marca que en sí a los productos materiales. A día de hoy, se puede decir, que el prestigio en el mundo comercial es muy importante y una sentencia que condene por incumplimiento legal y que suponga una responsabilidad para los miembros del órgano de dirección de la empresa, puede suponer grandes costes y más en pleno siglo XXI donde las redes sociales e internet lo divulgan en cuestión de minutos y produciendo esos daños a nivel internacional y no solo en la filial de la empresa o en una pequeña provincia.

En España, con motivo de la reforma del Código Penal que se dio en 2015, se ha planteado por numerosos juristas, que hay una necesidad de implantar estos programas independientemente del tamaño que tengan las empresas, incluso también para las PYMES, siempre adecuándolo a sus recursos. Es cierto que legalmente no es obligatorio, pues no hay ninguna norma que así lo exige, y tiene aspectos positivos. Si además del punto de vista legal, se observa desde el racional, las empresas la deberían implantar para no tener que ser responsables por todos los delitos cometidos en el seno de la misma por sus trabajadores<sup>7</sup>.

En relación con las empresas que tienen un órgano de administración, es éste el que debe tomar esa iniciativa, puesto que la Ley de Sociedades de Capital establece las obligaciones para las personas jurídico privadas y sus directores, en concreto en su art.225 establece un deber de diligencia y este mismo conlleva que tome las medidas necesarias para que la dirección y el control de la empresa sea óptimo<sup>8</sup>. Es en ésta idea donde los mercantilistas se apoyan en la inclusión de la figura del CO, no sólo en la

---

<sup>4</sup> SIEBER, U. “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en: AA.VV. (Dir/ Dirs: ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN, A), *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p 66

<sup>5</sup> MONTIEL-ORTIZ, K. “*Compliance* y teoría...”, op, cit., p.72

<sup>6</sup> GARCÍA RAMOS, A. *Complycongress: primer congreso gallego sobre Compliance*. <http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDA0NjEzNDRXK0stKs7Mz7M1MjA0NzAzsgQJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIAEI48FTUAAAA=WK> E [3 de julio de 2017]

<sup>7</sup> GARCÍA RAMOS, A. *Complycongress: primer congreso...op,cit.*[3 JULIO DE 2017]

<sup>8</sup> LUCEÑO OLIVA, J.L. “El *compliance* como responsabilidad del consejo de Administración” *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.923, 2016, p.1

prevención del derecho penal sino que hay más normas tanto en ámbitos mercantiles, como financieros o civiles que se ven afectados y tienen un efecto positivo de control de la legalidad. Se puede optar en las empresas por crear el programa de *compliance* y con ello la figura del *compliance officer* dentro de la empresa, o contratarlo de manera externa<sup>9</sup>, mediante un contrato de servicios y aunque las responsabilidades son las mismas, lo lógico es que estén incluidos como un trabajador más, con más prerrogativas que otros pero también más obligaciones.

Aunque la figura del *compliance* lo estudiemos desde un ámbito jurídico privado, como ya hemos introducido, también ha traspasado la esfera a la vía pública, con diferencias en cuanto a su regulación pero con un mismo objetivo, el de establecer mecanismos de control y de autorregulación, siendo su norma principal la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Esta Directiva ha sido la contestación en forma legal y posible solución o reducción a la gran cantidad de casos de corrupción que están salpicando las Administraciones Públicas de los países Europeos, puesto que la corrupción en la contratación pública es una realidad, hasta la UE en su informe de 2014 reconoce que junto a la financiación de partidos políticos y al urbanismo, es una de las causas negativas que más afecta a la administración pública<sup>10</sup>.

Una vez que ya hemos estudiado el programa de cumplimiento, y por tanto, sabemos cual es el motivo de creación como figura en el ámbito jurídico del CO, ahora hay que analizar su normativa aplicable en el ámbito privado y establecer sus obligaciones y deberes.

## **1.2 ORIGEN HISTÓRICO DE LA FIGURA.**

La aparición del *compliance* se tiene que ubicar en el sector financiero y en la cultura jurídica estadounidense y anglosajona. Nació en Estados Unidos, en concreto en el sistema financiero en la década de los 70. Hubo casos de corrupción, casos de

---

<sup>9</sup> ZÁRATE C, “¿Compliance Officer o Comité de Compliance? ¿Externalización de funciones?” *AJA*, N° 921, 2016, p.1

<sup>10</sup> RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. Congreso Internacional sobre Contratación pública. “*Compliance y self-cleaning en la contratación pública*” 21 y 22 de enero de 2016. Cuenca. p.5

monopolio contrarios al principio de libre competencia<sup>11</sup> y de soborno a funcionarios, como el Escándalo *Lockheed Corporation*, que hizo que se crease una ley, el 19 de Diciembre de 1977, para intentar combatir y eliminar aquellos casos de corruptela que se estaban viviendo en el país y que es la *Foreign Corrupt Practices Act* o FCPA<sup>12</sup>.

Años después, concretamente 20, en 1997, se firmó el Convenio entre los miembros de la OCDE de “de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales e Internacionales”, el cual ha sido ratificado por España en 2002<sup>13</sup>, y dio lugar a la expansión por la preocupación de la regulación de la figura del *compliance* como forma de combatirla y mediante esta ley, los diferentes países pudieron llevar a los tribunales a aquellas personas jurídicas, tuvieran su sede o no en el país, si dentro de ellos se sospechaban que se habían cometido casos de sobornos y tráfico de influencias. Esto fue utilizado por EEUU y se interpusieron acciones, llegando a condenar por corruptela a nueve empresas, y de ellas cuatro con domicilio europeo.

## **2.NORMATIVA**

### **2.1 NORMA ISO: Referencia a la Norma UNE-ISO 19600:2015 , UNE- ISO 37001 y UNE 19601: 2017**

Son normas dictadas por la Organización Internacional de Normalización y las funciones de la misma es dar directrices y así, conseguir que sean homólogos los procedimientos que se llevan a cabo. La norma con la que empezó la regulación de este control del cumplimiento de la legalidad fue la norma UNE-ISO 37001, en la que se desarrollaba un sistema de gestión de lucha contra el soborno puesto que se observaba que no había conciencia acerca de ello, y tal y como dijo el presidente del proyecto de esta norma ISO, Neill Stansbury, “el cumplimiento de la nueva norma propuesta confirmará a las organizaciones éticas que tienen las medidas correctas para prevenir el soborno por parte, en nombre de, o en contra de la organización.”

---

<sup>11</sup> SAHAN,O. “Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado” Compliance y teoría ... op, cit., p 245

<sup>12</sup> <http://www.diariojuridico.com/que-sabemos-del-origen-del-compliance-penal-el-concepto-de-moda/> [27 de marzo de 2017]

<sup>13</sup> INSTRUMENTO de Ratificación del Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997. «BOE» núm. 46, de 22 de febrero de 2002, p.7155-7159

Posteriormente y en base a la anterior, se creó la norma ISO 19600, la cual entró en vigor en 2015, lo que hace es servir de guía para aquellas empresas (todo tipo y tamaños de empresas) que introduzcan un sistema de *compliance* y así poder evitar el incumplimiento de las leyes y evitar todas las consecuencias negativas que esto acarrearía a la misma. Esta norma lo que hace son recomendaciones, es decir, que no obligan, para gestionar estos riesgos de manera personalizada al sistema de gestión que se utilice. Esta norma se basa en la transparencia y es muy importante la idea de “buen ciudadano corporativo”, la misma norma la define y establece que es ese concepto se le asigna a las empresas cuyo “resultado de la organización cumple con sus obligaciones”, es decir, que cumpla con el derecho<sup>14</sup>.

Esta norma se divide en capítulos, entre los cuales uno de los que son claves es el capítulo cuarto en el que se establece el contexto de la organización, y en el se establecen guías de identificar las obligaciones de *compliance*, de actualizarse a los nuevos cambios y como es lógico pauta para saber cuales son los riesgos para la empresa. En cuando al capítulo que trata sobre el liderazgo, se centra en las obligaciones y las posiciones del órgano de administración, de los empleados y de la persona o grupo de personas que van a encargarse de llevar a cabo el programa de cumplimiento. El capítulo, desde mi punto de vista más importante es el noveno, puesto que se centra en la evaluación del desempeño, estableciendo las ideas de cómo realizar el seguimiento del *compliance*, de cómo actuar si hay algún incumplimiento y de cómo recoger la información, su análisis y clasificación y los indicadores que son buenos para obtenerlo y la manera en la que realizar los informes y registrarlos. También se manifiesta que habrá que hacer una auditoría interna y una vez que esté todo finalizado una revisión por la dirección<sup>15</sup>. Con esta norma, la cual ha marcado todas las pautas en el sistema de *compliance*, vemos que supone un punto de partida para aquellas empresas que quieran desarrollarlo y así mejorar en el aspecto del cumplimiento legal de las normas, pero no solo ha servido para eso, sino que los propios estados, cuando han creado normas reguladoras de este sistema como norma propia del ordenamiento jurídico, lo han creado basándose en esta directriz internacional.

Hay además una nueva norma, muy reciente, en concreto se ha creado en marzo de 2017, la cual es la norma ISO-19601:2017, en la cual se establecen los “requisitos y para adoptar, implementar, mantener y mejorar continuamente políticas de *compliance*

---

<sup>14</sup> AYALA DE LA TORRE, J.M. Compliance. Claves ...op.,cit., p.36

<sup>15</sup> ISO 9001:2015 de 23 de septiembre de 2015.

penal y el resto de los elementos de un sistema de gestión de *compliance* penal en las organizaciones”<sup>16</sup>.

## **2.2.EN ESPAÑA: IMPORTANCIA DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015 Y LA CIRCULAR 1/2016 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.**

En 2010, en concreto a través de la LO 5/2010 de 22 de junio, se introdujo en España, en nuestro Código Penal, la responsabilidad de las personas jurídico privadas y es este uno de los motivos de que en la actualidad las empresas implanten programas de cumplimiento y sea un sector en auge. Esta causa, unida a la modificación también del mismo código en el 2015 a través de otra ley orgánica, de 30 de marzo, que incluye una serie de motivos por las que extingue la responsabilidad criminal de personas jurídicas, y entre las que se incluye tener programas de cumplimiento y que sean efectivas, supone una preocupación para implantarlo por los órganos de administración de la empresa para así poder estar más seguros en cuanto a la responsabilidad de los mismos en ella y tener un instrumento en el que sujetarse que cumplen la legalidad. Relacionado con esto la Circular 1/2016 FGE dice como veremos en el punto sexto del trabajo, que el hecho de haber contratado a un CO y que se lleve a cabo la iniciativa de creación y la puesta en práctica de un programa de cumplimiento no es un pretexto para que ni la persona jurídica ni el órgano de Administración quede impune, sino que tal y como se manifiesta en la STS de 221/2016, de 16 de marzo<sup>17</sup>, “ Para exigir responsabilidad penal a la persona jurídica se exige la concurrencia de un delito cometido por la persona física y un defecto estructural de los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica”. A estos mecanismos de prevención que se refiere son los programas de cumplimiento .

Es importante también las pautas que marca la Circular 1/2016, y es que aunque se sigue la idea de la ya nombrada NORMA-ISO 19600:215 en cuanto a las directrices y pautas del modelo de *compliance*, se debe elaborar un programa de cumplimiento en

---

<sup>16</sup> Capítulo 1” Objeto y campo de aplicación” Norma UNE-ISO 19601:2017

<sup>17</sup> MOLINA MANSILLA, M<sup>ª</sup>C, *La nueva regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la modificación de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Especial atención a la Circular 1/2016 FGE y a la última tendencia jurisprudencial*. Wolters Kluwer. La Ley Penal, N<sup>º</sup> 125, Marzo-Abril 2017, pp 3-5

relación con cada sector. Por ejemplo, es el caso, como nos señala la propia Circular en el caso de empresas de servicios de inversión a las que se refiere el art. 193. 2 a) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores* y que reproduce el contenido del art. 70 ter de la derogada Ley 24/1988, de 28 de julio, *del Mercado de Valores*, cuyo desarrollo se contiene en las Circulares de la CNMV 6/2009 y 1/2014. También existe previsión normativa para los sujetos obligados personas jurídicas en relación con la prevención del delito de blanqueo de capitales (arts. 2 y 26. 1 de la Ley 10/2010) y para las sociedades cotizadas, pero no tienen rango legal pues es en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas elaborado por la CNMV donde se establece que “la sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración” (principio 21).

### **3. SECTORES RELACIONADOS CON LAS EMPRESAS EN LOS QUE EL COMPLIANCE ESTÁ TENIENDO AUGE.**

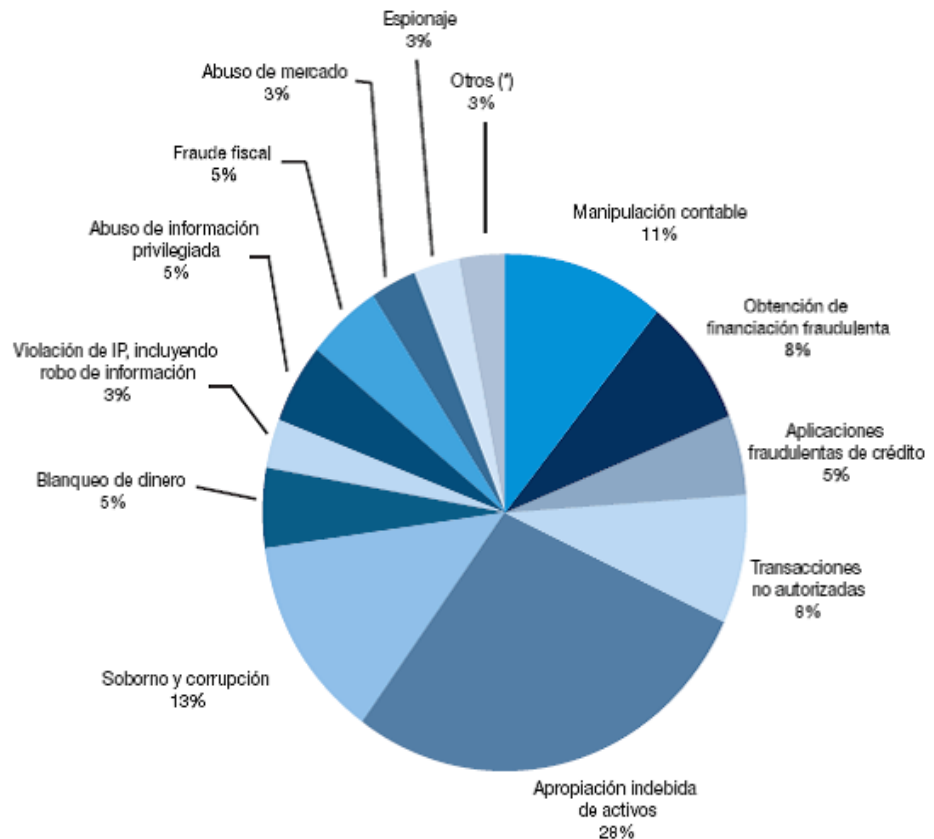
Se puede decir que las normas de cumplimiento y los programas que contienen estas exigencias en relación con el derecho mercantil, están relacionadas con una gran cantidad de materias, entre las que incluye aspectos como: la protección de datos, la ley del mercado de valores, la prevención de blanqueo de capitales (PBC), el derecho financiero, el derecho de la competencia... incluso el medioambiente está relacionado con las empresas y se contienen disposiciones en los *compliance programs*.

La corrupción dentro de la empresa se produce de diferentes maneras y lo que se pretende hacer con los programas de cumplimiento es erradicarlo y que predomine la transparencia. En el siguiente gráfico se puede ver la gran cantidad y variedad de corruptela que hay, y que muchas empresas están ya combatiendo a través de esta figura que se estudia en el trabajo<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> <http://www.govertis.com/wp-content/uploads/2016/04/Cuadro-compliance.png> [3 de marzo de 2017]

**Cuadro 6. Tipos de fraude más experimentados por los participantes españoles en la Encuesta.**



Fuente: Encuesta Global PwC 2009

### 3.1 DERECHO DE LA COMPETENCIA

Hay relación entre el *compliance* y el derecho a la competencia<sup>19</sup> y así se manifiesta en la norma ISO 19600 y además se ve en numerosa casuística jurisprudencial que muchas empresas son condenadas a multas de millones de euros como consecuencia de prácticas anticompetitivas y es por ello que parte del programa de cumplimiento de la empresa tiene que ser específico para intentar solventar los problemas de competencia y esta parte especializada es la que se conoce en el derecho anglosajón como *competition compliance*<sup>20</sup>.

Lo que se hace dentro de estos programas es crear un protocolo para marcar las

<sup>19</sup> En relación con ello, vid. PEREZ FERNANDEZ, P, "Competition Law Compliance" en *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, N<sup>o</sup>1, 2013 Pp.151 y ss; IDEM "La impotencia de los programas de cumplimiento(Compliance Programmes) en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia" *RDM*, N<sup>o</sup> 292, 2014, pp. 297 y ss.

<sup>20</sup> AYALA DE LA TORRE, J.M. *Compliance. Claves prácticas*. Lefebvre El Derecho. Marzo 2016, Madrid, p.133

directrices de actuación de la empresa en el tema de la competencia y así cumplir con el derecho de la competencia que tanto por normas de la UE como del ordenamiento jurídico interno le son aplicables y le establecen mandatos y obligaciones<sup>21</sup>.

En relación con la esta materia, hay que nombrar el OFT, “*Office of fair Trading*,” que es un organismo del gobierno Británico aunque no está relacionado con ningún ministerio, que se encarga de vigilar el adecuado mercado nacional para que sea competitivo y es este mismo órgano el que se pone en contacto con las empresas para sugerirles que si quieren aceptar un procedimiento del control de la competencia, y en caso de que lo asuman, entonces se entiende por parte de la Administración Pública que cumplen la materia de competencia, eso si, se les exigen una serie de vigilancias y controles.

Esta OFT, que se creó en 1974 se centraba en proteger a los consumidores y lo hacía estableciendo un sistema de licencias para prestar créditos a los mismos, incluyendo el control de la publicidad engañosa en los préstamos e hipotecas, obligándolas a hacerlas pos escrito todas, de manera detallada y dar la oportunidad de un periodo de reflexión para los clientes y para el caso de que no lo hicieran, la OFT puede eliminar o denegar una licencia a la empresa incumplidora<sup>22</sup>.

### **3.2 DERECHO FINANCIERO (BLANQUEO DE CAPITALES)**

Respecto al *compliance* y la relación con el blanqueo de capitales, se puede decir, que como este delito está relacionado con la delincuencia organizada y es de orden incluso internacional, llevó a los países a llevar a cabo políticas que estuvieran coordinadas y entre las que se encuentra el GAFI, que es el grupo de acción financiera<sup>23</sup> y que se creo en 1989, estableciendo por ésta unas pautas que sirvieron para una gran cantidad de articulado y normas creadas a posteriori para la materia, incluso para nuestra propia Ley 10/2010 de 28 de abril, de Prevención de Blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, se muestran las ideas del GAFI puesto que en el preámbulo dice literalmente “el riesgo de penetración de importantes sectores del

---

<sup>21</sup> <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/compliance-y-derecho-de-la-competencia> [23 de abril de 2017]

<sup>22</sup> <http://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/office-of-fair-trading> [23 de abril de 2017]

<sup>23</sup> AYALA DE LA TORRE, J.M. Compliance. Claves ...op.,cit., p.134



sistema financiero por parte de las organizaciones criminales, al que no proporcionaban adecuada respuesta los instrumentos existentes, dio lugar a la creación del Grupo de Acción Financiera”.

Esta conexión de la empresa con el problema del blanqueo de capitales nos lleva a pensar en la relación que tiene el derecho financiero con el *compliance* y es que también se crea un departamento dentro de los propios que se encargan del cumplimiento del *compliance*, es decir, de los diferentes *compliance officers*, para intentar controlar el cumplimiento legal respecto a sus normas y no tener consecuencias negativas como pueden ser pérdidas de dinero o incluso empeorar la imagen de la empresa ya que hoy en día, está muy mal visto entre los ciudadanos que son contribuyentes y pagan lo exigido por la Agencia Tributaria, que haya empresas que no lo hagan, y esto supone una pérdida de reconocimiento para la misma, por ello, sobre todo las empresas multinacionales invierten ,en un CO que controle y vigile este aspecto. Para que las empresas puedan prevenirse del blanqueo de capitales deben estar muy preparados para que no se den peligros y tampoco zonas que sean riesgosas y que puedan dar lugar a esos ilícitos.

### **3.3. OTROS SECTORES DONDE ESTÁ TENIENDO IMPLANTACIÓN: EL EJEMPLO DEL RESPETO DE LA NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL POR LAS EMPRESAS.**

Como ya habíamos adelantado también existe conexión entre las empresas y el medioambiente y por ello se desarrollan también programas de cumplimiento respecto de este tema y es que, ha habido una gran cantidad de normativas que han nacido en este siglo XXI en el que estamos, y que las empresas tienen que cumplir, y además ahora hay una preocupación ciudadana mucho mayor que antes por el medio ambiente y por la manera de fabricar los objetos que utilizamos. Así, ante productos parecidos, hace que se elija al que proteja más el medioambiente. Incluso las personas en muchas ocasiones están dispuestas a pagar un mayor precio porque esos productos o la fabricación de los mismos sean más ecológicos. Para poder llevar a cabo el cumplimiento en esta materia es muy importante la norma ISO 14000, que se puede aplicar a cualquier tipo de empresa y que trata sobre la gestión medioambiental y junto a

ella, la ISO 14001<sup>24</sup> establecen requisitos y criterios para proteger el medioambiente y que todas las empresas deben de respetar y así poder llevar una política medioambiental que inspire todas las actuaciones de la empresa, desde la fabricación del producto, como los envases, como el transporte de los mismos, la forma de prestar servicios... En relación con la ISO 14001, si se cumple con ello, se expedirá una certificación y mediante ella lo que se demuestra a esa clientela es que la actuación de la empresa está comprometida con el respeto del medioambiente y la respeta. (Como antes, y parecido al caso del GAFI, hay evaluaciones periódicas y el hecho de que no se cumplan puede ser retirado este certificado).

#### **4. EL COMPLIANCE OFFICER**

##### **4.1 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS**

Como es lógico, si las empresas cuentan con un programa de cumplimiento es necesario que haya un sujeto conocido, que se encargue tanto de la divulgación del mismo y de los aspectos que lo componen, como del control y de la denuncia de su incumplimiento dentro de la empresa. La implantación de estas normas se hacen para prevenir que las propias empresas cometan diferentes infracciones que supongan delitos o cargas administrativas para los mismos derivadas de su actividad, puesto que ésta es muy compleja, y para que haya ese control se ha creado la figura del CO, conocido en España como “oficial de cumplimiento” que es la persona responsable de su cumplimiento, tanto de la prevención como de la represión<sup>25</sup>. Esta actividad de prevención que debe realizar el CO la debe realizar desde una posición de garante para que se cumplan los deber jurídicos (tanto civiles como penales) dentro de la empresa y así que sus miembros no cometan delitos<sup>26</sup>.

La Asociación Española de Compliance<sup>27</sup> nos da una definición de quié es el CO y

---

<sup>24</sup> AYALA DE LA TORRE, J.M. Compliance. Claves ...op.,cit., p.138

<sup>25</sup> SILVA SÁNCHEZ, JM. “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, en AA.VV (Eds.MONTIEL, J.P, KULHEN,L y ORTIRZ DE URBINA,I.) *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid, *Marcial Pons*, 2013, p.103

<sup>26</sup> ROBLES PLANAS, R. “Estudios de dogmática jurídico-penal”, Editorial B de f Buenos Aires, Argentina ,2014, p.271 y 272

<sup>27</sup> Se le conoce con las siglas “ASCOM” y es una asociación profesional sin ánimo de lucro que surge en mayo de 2014 de la iniciativa de un grupo de personas con amplia experiencia en el ejercicio de la función de *Compliance* en España, con el objetivo de profesionalizar la función y de establecer un canal de interlocución con las instituciones. Fue creada para realizar un espacio común para los profesionales del cumplimiento normativo en España y sus asociados son personas con experiencia

nos dice que es “ el responsable de *Compliance* en una organización tiene como principal misión identificar, gestionar y mitigar los riesgos de *Compliance*. Su función exige más que vigilar el mero cumplimiento de la legislación, porque la prevención del riesgo de incumplimiento abarca también la verificación de que todos los empleados y directivos cumplan con las normas de conducta, los códigos éticos y las normativas internas de la empresa. Además el *Compliance Officer* debe servir de apoyo a la alta dirección de la empresa, debe ser independiente, debe tener libertad para informar sobre cualquier deficiencia o fallo de control identificado, y debe tener la autoridad, recursos y medios necesarios para ejercer su actividad.” Con ello vemos es que se encarga de velar por ese cumplimiento y para ello es necesario destinar recursos económicos y personas para desarrollar esa actividad y así cumplir con el deber de diligencia debida<sup>28</sup>.

Es importante hablar de una figura que es desconocida en el tema del *compliance*, y más en el caso del derecho español, puesto no es que predominan las PYMES, sino que en España un 99,8% del tejido empresarial lo son<sup>29</sup>, la cual se denomina *Chief Compliance Officer*, (es desconocida puesto que en España, como son empresas de reducida dimensión, el CO puede llevar a cabo por si solo el control del cumplimiento normativo) y se trata de un órgano unipersonal que se encarga de coordinar a todos los distintos CO de los diferentes secciones de ese cumplimiento, como puede ser el *competition compliance officer*, el *tax compliance officer*...<sup>30</sup> No es muy habitual más que en empresa de ámbito internacional y grandes multinacionales pero saber que existe.

En cuanto sus características, una de las más importantes, para que las funciones del CO sean efectivas, es la de la independencia, dado que el puesto que ocupa el CO es una función positiva, de cumplimiento con lo establecido en el programa de *compliance* y de conseguir ser lo que en la cultura anglosajona se conoce como “Good Citizens” del que ya hemos hablado. Unido a esto se entiende la idea de neutralidad, es decir, que en ningún momento puede tener intereses en la empresa, ni introducirse en funciones de asesoramiento jurídico puesto que como se va a explicar, son tareas completamente

---

en el ejercicio de la función de *Compliance*, que se unen a la asociación a título individual.  
Vid.<http://www.asociacioncompliance.com>

<sup>28</sup> Art.225 LSC

<sup>29</sup> Datos extraídos del Retrato de las PYME 2015, de la Subdirección General del Gobierno de Apoyo a las PYME.

<sup>30</sup> AYALA DE LA TORRE, J.M. *Compliance. Claves ...op.*, cit., p.20

diferentes<sup>31</sup>.

Puede ser un órgano unipersonal o colectivo, por ello, pueden ser varios los que realicen esta tarea, de hecho, es lo normal en las grandes empresas, que haya varios CO especializadas en diferentes áreas. Además en el art. 31 bis de nuestro CP dice que es un órgano de la empresa, por ello este, podrá tener el número de CO que la empresa crea adecuada. Eso si, tal y como se ha manifestado antes, el *Chief Compliance Officer*, si es sólo uno, puesto que es el que va a dirigir al resto y va a unificar todas las directrices y objetivos de la empresa en relación con los programas de cumplimiento. Como hemos dicho, en relación con los CO el número es indiferente, lo que no se descarta la posibilidad de que sea un órgano unipersonal o uno colectivo. Deberá ser la empresa la que debe de decidir, a la vista de sus características o particularidades, qué tipo de órgano se adapta mejor a sus necesidades<sup>32</sup>.

Además ese órgano puede ser tanto interno como externo, es preferible que sea interno, puesto que por la redacción de los artículos, el legislador da a entender esto, pero esto a veces no es posible en empresas de un tamaño más reducido, en el que no hay suficientes recursos ni económicos o humanos para tener a una persona especializada en eso sólo, por lo que, en ningún momento ni la ley ni la jurisprudencia se ha pronunciado en contra de que sea ajena, ya que además es posible que si se contrata a una persona independiente que preste este tipo de servicios, entonces tendrá conocimientos más específicos.

Por último como es lógico el CO, tiene que tener experiencia en el ámbito jurídico y profesional del mismo, pero a su vez, ha de ser “multidisciplinar y de gran versatilidad, buen comunicador y debe estar acostumbrado a la gestión de conflictos”<sup>33</sup>. Y además de tener la competencia necesaria, se dice que tiene que tener “integridad, esto es, que debe llevar a cabo un comportamiento que sea ético y que haga buenas

---

<sup>31</sup>AYALA DE LA TORRE, J.M. Compliance. Claves ...op., cit., p.22

<sup>32</sup> BALCARCE, F. I “Criminal compliance y personas jurídicas” editorial Montevideo-Buenos Aires, Argentina, 2016, p.175

<sup>33</sup> DE PABLOS, S “Controller jurídico, el detective. La ley digital, Nº 327, Sección Control de gestión / Artículos, Mayo 2015, p.4  
[http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMgMDNXK0stKs7Mz7MNy0xPzStJVctJTErNcc5PSQ1JrSixdS0qyi8KLcoBAE6hNXc3AAAAWKE\[4 julio 2017\]](http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMgMDNXK0stKs7Mz7MNy0xPzStJVctJTErNcc5PSQ1JrSixdS0qyi8KLcoBAE6hNXc3AAAAWKE[4 julio 2017])

prácticas, y a su vez que tenga un prestigio para que sus directrices tengan aceptación”<sup>34</sup>.

#### **4.2 DIFERENCIA CON EL ASESOR JURÍDICO.**

Es algo lógico que se nos plantee cual es la diferencia del CO con el Director Jurídico ya que son figuras muy parecidas y además, la traducción al español de *Compliance*, nos lleva desde un principio a una equivocación puesto que tal y como se ha explicado en la introducción significa; cumplimiento normativo y conforme a ello podríamos deducir que esta función la lleva a cabo cualquier persona de la empresa que intenta y vela por que se cumplan las disposiciones legales y eso es lo que hace normalmente un asesor legal en las empresas. Pues bien, el trabajo que va a desempeñar el CO va mucho más allá, puesto que no solo hay control interno del respeto de las normas, sino que se piensa en las terceras personas que mantienen una relación con la empresa, ya sea de manera indirecta o directa y se va a proteger sus intereses, como pueden ser; los proveedores, los clientes, distribuidores, la sociedad. y hasta incluso los trabajadores internos<sup>35</sup>. Con esto vemos que lo que evita son daños tanto reputacionales como económicos y por ello no tiene funciones de asesoramiento interno que es lo que se conoce como *advocacy*, y por ello como se verá en el siguiente punto el hecho de que sólo desempeñe este tipo de función es lo que hace que sea una figura que es imparcial e independiente<sup>36</sup>.

La función que nos va a establecer la diferencia es sobre todo en la función de defensa de la empresa, pues el asesor es quien debe de llevarlo a cabo y en el caso del CO lo que se debe es defender esos intereses de los terceros<sup>37</sup> en la relación de la empresa, puesto que esto supone una mejor de la reputación o fidelidad de los clientes. Es importante como sabemos en el Derecho de la competencia conseguir la fidelidad de los clientes puesto que hoy en día con el mundo tan globalizado y el gran uso de las tecnologías supone que haya muchas mas empresas ofertantes de productos similares. Esta idea de la fidelidad se encuentra reflejada en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en

---

<sup>34</sup> AYALA DE LA TORRE, J.M. *Compliance. Claves ...op*, cit.,p.22

<sup>35</sup> <http://eiusabogados.com/cual-es-la-diferencia-entre-un-compliance-y-una-asesoria-juridica/> [3 junio se 2017]

<sup>36</sup> AYALA DE LA TORRE, J.M. *Compliance. Claves ...op*, cit.,p.21

<sup>37</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S. *Manual del compliance officer.*, Cizur Menor (Navarrara) Aranzadi, 2016, p.30

concreto, en su sección 6<sup>a</sup>.2 cuando habla de la fidelidad de los clientes.

### 4.3 FUNCIONES DEL CO Y RESPONSABILIDADES.

En este apartado vamos a tratar de establecer las funciones y las responsabilidades del CO y estas desde mi punto de vista, se van a tener que estudiar de manera paralela puesto que si el CO no realiza las funciones encomendadas por la empresa, entonces el CO va a responder, y esta responsabilidad puede ser de dos tipos, pues va a tener que rendir cuentas tanto en el interior de la empresa como en la esfera externa. En cuanto a la fase interna, lo primero que hay que dejar patente es que en relación con la responsabilidad hay que tener en cuenta lo que se haya detallado en el contrato laboral o de servicio del *compliance officer*<sup>38</sup>, ya que es un órgano auxiliar y que tendrá un contrato entre partes en el que se regulan sus tareas pero también sus responsabilidades. En relación a la externa va a responder como es lógico en el caso de que produzca daños o que perjudique a las personas con sus actuaciones o con sus no actuaciones a terceras personas, físicas o jurídicas. Se dice esto porque en la mayoría de los casos en los que el CE va a responder y va a tener una responsabilidad hacía el exterior, es porque no ha sido negligente en cuanto a su obligación del control de los procesos de la empresa y de las personas que la componen y realizan los mismos<sup>39</sup>. Esta responsabilidad se debe a que se le han cedido una serie de funciones de control y de vigilancia y por ello si tiene que desempeñar esas funciones, entonces, será garante de la misma, y es que ha sido la dirección quién le ha dado una gran potestad pero también una gran responsabilidad<sup>40</sup>.

Antes de entrar en el asunto hay que recalcar que este órgano de supervisión, vigilancia y control tiene una serie de funciones, y con ello obligaciones pero también la empresa con ellos y es que en la Circular 1/2016 de la FGE, se establece en el apartado 5.4, que para cumplirlas debe contar con una cantidad y calidad de recursos, que sean adecuados para desarrollar la actividad con eficacia. Es lógico que en relación con las funciones va a poder haber particularidades pero si que es verdad que hay aspectos que son comunes a todos los CO. Entre los aspectos comunes nos encontramos que en todas las implantaciones de un programa de cumplimiento, sea cual sea el tipo de empresa,

---

<sup>38</sup> PRITTWITZ, C. “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officer” *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons ,2013, p.215

<sup>39</sup> MONTIEL-ORTIZ,K. “*Compliance y teoría ...op., cit., p.180*

<sup>40</sup> SIEBER, U. “Programas de *compliance* en el ...op.,cit., p.456

hay 3 fases comunes:

En primer lugar, los CO tienen la obligación de diseñar ese programa de cumplimiento, en el cual se va a realizar una evaluación de la compañía, sus peligros y ver los posibles riesgos que pueda perjudicar o dañar a la empresa. Una vez que se ha acabado, normalmente es la dirección de la empresa quien le da su aprobación, y aquí ya puede haber responsabilidades por parte del *compliance officer* frente a la propia empresa puesto que deposita la confianza en él para elaborarlo.

Una vez diseñado, la segunda fase es la de implementación del programa de cumplimiento en la empresa, y esto conlleva su “aplicación en la organización para proveer el cumplimiento del mismo por todos los miembros de la empresa”<sup>41</sup>. Al ejecutar esta fase también puede derivarse responsabilidad del CO hacia la empresa. Será en el caso de que no haya la suficiente difusión para que los trabajadores estén enterados o que la forma de los sistemas informáticos no sean correctos para el diseño que se ha hecho específico para el programa de cumplimiento de la empresa en relación con sus características.

Hay una tercera fase, que es la que se conoce como puramente de control, es decir, de vigilancia, y es que una vez que se han hecho correctamente los dos pasos anteriores, entonces el CO lo que debe velar es por ese cumplimiento. Aquí ya aparece una responsabilidad no solo con la empresa, sino con un tercero, que en este caso sería el Estado, es decir, contra la Administración Pública puesto que es quien vela por que se cumpla la legalidad. El problema es que aquí entra en juego como hemos puesto antes de manifiesto las cláusulas del contrato ya que depende de las prerrogativas que le hayan dado al CO, pues no es lo mismo responder por no evitar la comisión de hechos punibles, a la responsabilidad por no avisar de que se cometen esos hechos al órgano de dirección de la empresa<sup>42</sup>. Hay por tanto un seguimiento de los controles y ver si son efectivos y con ello lo que se hace es evaluar si se da un correcto funcionamiento de la empresa.

Una vez hecha esta, lo que se va a hacer es informar al Órgano de Administración del resultado de las auditorías internas o externas que se hayan realizado) y una vez que se realizado, notificar las necesarias modificaciones de las actuaciones que no se adecuen al programa de cumplimiento y que hayan derivados en infracciones legales.

---

<sup>41</sup> MONTIEL-ORTIZ,K. “*Compliance* y teoría ...op., cit., p.182

<sup>42</sup> MONTIEL-ORTIZ,K. “*Compliance* y teoría ...op., cit., p.183

Para ello, se hace a través de denuncias ya sea del propio CO o como se va hablar posteriormente también cabe la opción de que se utilicen los canales de denuncia dentro del ámbito laboral, que es lo que se conoce como *whistleblowing* para alertar las eventuales contingencias que se produzcan en el ámbito laboral.

Es verdad que de las sanciones interpuestas a los CO por empresas en el seno de la misma, no tenemos mucho conocimiento sobre las mismas, primero porque es un fenómeno de creación reciente y segundo porque si se descubren puede dañar la imagen de la empresa y además dejar entrever que puede que se estén cometiendo irregularidades en la misma, pero alguna si ha habido, puesto que se han llevado a los tribunales de justicia. Uno de los casos más conocidos en la Sentencia del Tribunal Federal Alemán del 17 de junio de 2009, en la cual, se condena al CO al pago de una multa pecuniaria y en el fallo de la sentencia indica que el motivo de la condena fue que se dieron un cúmulo de irregularidades en un departamento de servicio público de limpieza en Berlín que supuso 23 millones de euros de pérdidas para la misma y aunque el CO si lo comunicó, lo hizo solo al administrador y en ningún caso al Comité de supervisión, por lo que la misma sentencia dijo que el CO no tenía una función en este caso sólo de avisar, sino de intentar llevar a cabo acciones para evitar los riesgos que le produjeron a la empresa esa gran pérdida por ello, a partir de esta sentencia nos queda claro que no sólo se responden por los daños que suponen a la empresa, sino a terceros<sup>43</sup>, porque en este caso era un servicio público y perjudicó a una gran parte de la sociedad que son los que pagan impuestos para poder obtener unos buenos servicios de limpieza y que sean eficientes.

## **5. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO.**

Para poder establecer esta responsabilidad nos vamos a centrar en la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo<sup>44</sup>, en la cual, establece a los administradores un deber de control de aquellos riesgos que acechan a la empresa. Si no se cumple con este deber de control

---

<sup>43</sup> AYALA DE LA TORRE, J.M. Compliance. Claves ...Op, Cit., p.24

<sup>44</sup> Vid. GARCIA DE ENTERRIA, J. *La reforma de la ley de sociedades de capital en materia de gobierno coporativo*. Cizur Menor (Navarrara) Aranzadi, 2015.



puede acarrear responsabilidades penales para el propio órgano de administración y la empresa, incluso cuando estos delitos sean cometidos por los empleados ya que este órgano tiene un deber y posición de garantía, y se les condenará por un delito de comisión por omisión. (art.31 bis del CP). Esta ley 31/2014 impone la idea de que los administradores son garantes y por ello, pueden responder, puesto que tienen un específico deber de control derivada de esa posición de garante<sup>45</sup>.

Un ejemplo de este delito de comisión por omisión lo encontramos en la STS 1828/2002, de 25 de octubre, que analiza un delito contra el medio ambiente por vertidos contaminantes y en la cual se establece literalmente “en el ámbito de los delitos de empresa... el amplio dominio de todo el marco y condiciones de la ejecución del hecho corresponde a aquéllos que integran las posiciones más elevadas en la jerarquía (los denominados hombres de atrás), que se sirven de operarios puramente fungibles que incluso pueden no conocer el sentido último del hecho, y que difícilmente pueden por sí mismos poner fin al mismo... Por ello, la actuación de los operarios en la realización material del ilícito solamente debe excluir la imputación del mismo a los superiores en los supuestos en los que se haya producido una delegación efectiva de la posición de garante, si bien solamente debe reconocerse valor exonerante de la posición de garante cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar”<sup>46</sup>.

Este deber que se impone está en el art.225 de la LSC, en el que dice que los administradores tienen el deber de diligencia “de un ordenado empresario” exigiéndoles adoptar “las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. Además es importante lo que se establece en el art.259 bis de la misma ley y es que dice el Consejo de administración tiene la facultad, aunque a la vez obligación de la

---

<sup>45</sup> Respecto a la responsabilidad de los administradores, VID.

Dir: ROJO A, BELTRAN, E; CORD Campuzano, A.B. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles. 5ª edición Valencia, 2012.*

Y también mas recientemente GARCIA DE ENTERRIA, J. *La reforma de la ley de sociedades de capital en materia de gobierno coporativo.* Cizur Menor (Navarrara) Aranzadi, 2015.

<sup>46</sup> <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-responsabilidad-penal-de-los-miembros-de-los-organos-de-administracion-de-la-empresa-prevencion-y-defensa/> [8 julio de 2017]

supervisión y que es indelegable para “el efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado” Sin embargo, se ha de aclarar, que no hay una norma legal que establezca esa posición de garante al CO, sólo por el hecho de serlo, sino que debe establecerse en el contrato de trabajo, cuando se establezcan sus funciones y se las delegue por tanto el órgano de administración.

Una de las dudas que se nos plantea, es a qué se refiere la ley cuando dice “administradores”, puesto que no había una definición común en el ámbito mercantil y penal hasta que no se resolvió de manera jurisprudencial, a través de la sentencia del TS de 25 de junio de 2010<sup>47</sup>, en el que se afirma que responderán tanto los administradores de hecho como de derecho que estén en la empresa. En esta sentencia lo que se discutía era si personas que no eran administradores de derecho, podían ser condenadas como administradores de derecho por los delitos cometidos en el seno de la empresa y en la sentencia se establece la idea de que no pueden ser condenados como administradores de derecho y en el concepto de autores pero si se les condenaba como cooperadores necesarios<sup>48</sup>. Por ello con esta sentencia vemos que ambos pueden responder, no en calidad del mismo concepto pero ambos tienen responsabilidades.

En relación con la figura del secretario del órgano de administración se ha de decir que ha cogido gran importancia en el tema de los programas de cumplimiento, y aunque ha sido tardía la regulación de este secretario, ha llegado de la mano de la Ley 31/2014 que reforma la LSC como ya hemos dicho. Anteriormente, se podía contemplar en algunas normas, como por ejemplo en el art.529 octies de la LSC para las sociedades cotizadas, pero sólo para ellas de manera específica, por ello no se podía interpretar análogamente para las no cotizadas.. También en el Art.109 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que da al secretario del órgano de la administración las mismas facultades que a los propios componentes del órgano de administración que tienen

---

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 606/2010, de 25 de junio

<sup>48</sup> ASTARLOA, E. “¿Por fin un concepto unívoco de «administrador de hecho» en derecho penal y derecho societario? Extraordinario, 2011, p.64

poder de representación<sup>49</sup>.

El precedente de la modificación de la LSC viene dado por el art.17. a) del Código Unificado de Buen Gobierno puesto que en él se establece que el Secretario debe “facilitar el buen desarrollo de las sesiones del mismo, y prestar a los Consejeros el asesoramiento y la información necesaria. Debe también conservar la documentación y dejar constancia en el libro de actas del desarrollo de las sesiones y dar fe de las resoluciones del Consejo de Administración”<sup>50</sup>. Y como consecuencia de este precedente, el Art. 529 octies de la LSC establece, las siguientes funciones del secretario;“El Secretario del Consejo de Administración” lo siguiente:

- “1. El consejo de administración, previo informe de la comisión de nombramientos y retribuciones, designará a un secretario y, en su caso, a uno o a varios vicesecretarios. El mismo procedimiento se seguirá para acordar la separación del secretario y, en su caso, de cada vicesecretario. El secretario y los vicesecretarios podrán o no ser consejeros.
2. El secretario, además de las funciones asignadas por la ley y los estatutos sociales o el reglamento del consejo de administración, debe desempeñar las siguientes:
  - a) Conservar la documentación del consejo de administración, dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y dar fe de su contenido y de las resoluciones adoptadas.
  - b) Velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna.
  - c) Asistir al presidente para que los consejeros reciban la información relevante para el ejercicio de su función con la antelación suficiente y en el formato adecuado”.

De esto se puede deducir que la idea del legislador es que el Secretario del Consejo de Administración es el que controle a los CO que haya en la empresa, es decir, que la idea es que, en el caso de que haya un Chief Compliance Officer, del que ya hemos hablado, sea en este caso el Secretario, para que así supervise a los demás y para el caso de que no lo sea, debe haber entre ambos siempre una gran comunicación. Con ello vemos que se quiere unificar en uno estos dos cargos, pero desde mi punto de vista es algo muy complicado puesto que un CO o un Chief Compliance Officer no debe

---

<sup>49</sup> ESTEBAN RIVERO, J.S El secretario del consejo de administración y *el compliance officer*: Filias y fobias en el cumplimiento normativo "Revista de Derecho Mercantil", el 1 de abril de 2016, p.5

<sup>50</sup> ESTEBAN RIVERO, J.S El secretario del consejo de administración y ...*ob.,cit.*, p.6

pensar en el bien de la empresa en el sentido económico, es decir, como asesor, sino como el que vela por el cumplimiento de la normativa, por ello creo que aquí puede haber un conflicto y un choque de los intereses de las dos funciones y que al final se acabarían confundiendo y no podría realizarse bien el trabajo.

Por ello, como hemos dicho, los órganos de administración van a responder tanto por hacer las cosas de manera ilegal, como por no actuar ante las ilegalidades que se dan en su empresa y que no han tomado iniciativas para que no se dieran debido a la posición de garante y aunque es verdad, que muchas de estas responsabilidades suelen ser multas pecuniarias de grandes cantidades de dinero, puede haber también responsabilidades penales y que van a responder ellos mismos como personas físicas que se encargan de velar por el buen funcionamiento de la persona jurídica.

## **6. OTRAS ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN EN LA EMPRESA Y LA POSIBLE UTILIZACION DEL COMPLIANCE PARA ESCAPAR DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.**

### **6.1 OTRAS ESTRATEGIAS EMPRESARIALES DE PREVENCIÓN DE CUMPLIR ILEGALIDADES EN LA EMPRESA.**

Hay estrategias de prevención, como el *compliance*, que se conocen entre los mercantilistas como la “prevención general positiva”<sup>51</sup> y junto a ella hay otra, que cada día se está introduciendo mucho más en las empresas y que se conoce con el término anglosajón “whistleblowers”, y que se traduce literalmente “persona que hace sonar un silbato” y que en nuestro país se le conoce; como el informante o el denunciante de actos delictivos o ilegales dentro de una organización, que actúa de buena fe y con cierta base<sup>52</sup>. Con ello lo que se pretende es una mayor eficiencia de las empresas y así que haya honestidad por parte de quienes trabajan en ellas y que mejore el funcionamiento. También se le define de manera más técnica como “la revelación de información relacionada con actividades corruptas, ilegales, fraudulentas o peligrosas, incluyendo las que revistan un potencial de irregularidad o que puedan ser percibidas como tales, que sean cometidas por o en el seno de organización del sector público o

---

<sup>51</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, JOSÉ R. *El delito en la empresa estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. Atelier, Barcelona, 2010, p, 209.

<sup>52</sup> <https://www.transparency.org> [10 de mayo de 2017]

privado, por individuales o entidades que se cree que puedan llevarlas al efecto”<sup>53</sup>.

Es por ello, que de lo que trata esta medida de prevención positiva, es que los propios trabajadores sean aquellos que saquen a la luz las posibles irregularidades y fraudes que se comenten en la empresa. En España, la propia Circular 1/2016 de la FGE, introduce la necesidad de implantar canales de denuncia internos y además a ha de añadirsele la normativa de protección de los datos personales, Ley 5/1999 de 13 de diciembre puesto que aunque la interposición de la denuncia por posibles irregularidades obedece al derecho de libertad de expresión e información y es una manifestación de la misma, se debe garantizar la confidencialidad del denunciante que sea de buena fe<sup>54</sup>. Es verdad que en el CP, en el art.199 del mismo, está tipificado la revelación de secretos de un tercero “por razón de su oficio”<sup>55</sup>, pero parte de la doctrina defiende la idea de que el bien común debe estar por encima del bien privado<sup>56</sup>.

El problema aquí es que puede haber represalias para el trabajador, como puede ser la pérdida de su puesto de trabajo<sup>57</sup>, por lo que, es complicado que los propios trabajadores lo hagan. Puede ser que sí denuncien actuaciones de otros trabajadores, pero no de personas que tengan un alto rango de la empresa como puede ser directivos, puesto que podría suponerle un mal peor para él mismo que el beneficio que le hace a la legalidad y la justicia. Por ello, se plantea la duda de hasta qué punto nos sirve este tipo de medida en la empresa privada.

A su vez, se pueden introducir mecanismos de “la prevención general negativa” como así lo llama la doctrina y sirve para que aquellos incidentes que se dieran en la empresa, puedan ser superados y eliminados por el empresario y que no tengan que entrar instituciones públicas a valorarlas, sino que el propio empresario a través de su régimen disciplinario que puede utilizar en base al Estatuto de los Trabajadores, las soluciona.

En el caso de que se vean irregularidades, en virtud del Art.58 y ss del ET puede tomar medidas para sancionar a los trabajadores. En el Art.82 de la Ley de cooperativas se

---

<sup>53</sup> Internacional Principles for whistleblower legislation” 2013, p.4 // [http://www.transparency-se.org/Whistleblower-Principles\\_final\\_web.pdf](http://www.transparency-se.org/Whistleblower-Principles_final_web.pdf) [12 de mayo de 2017]

<sup>54</sup> Informe jurídico 0128/2007 de la Agencia Española de Protección de Datos.

<sup>55</sup> MORALES, PRATS, F. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal Aranzadi*, 2002, p.27

<sup>56</sup> <sup>56</sup> En este sentido Vid. MORALES PRATS, F en *Comentarios a...* op., cit., p.28, defiende esta misma idea, y basándose en las propias del Santo Tomás de Aquino. En sus ideas teleológicas, este manifestó que “no es lícito recibir secreto alguno contrario al bien común”

<sup>57</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, JOSÉ R. “El delito en la empresa estrategias de... op., cit., p.214

manifiesta de manera clara esta posibilidad, puesto que como es lógico, esta manera será más rápida de solventarlos ya que los procesos administrativos se dilatan en el tiempo y estas medidas se le conocen como “e-policy”<sup>58</sup>.

## **6.2 UTILIZACIÓN DE LOS COMPLIANCE PROGRAMS COMO FIGURA DE ELUDIR O ATENUAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA.**

A priori, la primera modificación que sufrió el CP introduciendo el artículo 31 BIS a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, supuso una gran novedad, y es que las personas jurídicas, es decir, las sociedades, podían ser condenadas y por tanto se les consideraba que podían ser sujetos que cometieran delitos dentro de nuestro código, por lo que el dogma de que las sociedades no podían delinquir (*societas delinquere non potest*) ya no era válido<sup>59</sup>. Este mismo artículo sufrió una serie de modificaciones en el año 2015 con la finalidad de «una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» «con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del "debido control"», «cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal»; trata, en este sentido, de poner «fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación»<sup>60</sup>. El problema es que en los números 2, 3 y 4 del art.31 bis, se establece que es una eximente de esa responsabilidad de la empresa, el que hecho de que antes de que se cometa un delito se hayan incluido en la empresa sistemas de control y supervisión<sup>61</sup>, que es lo que se conoce ahora como programas de cumplimiento o *compliance programs*.

Pues bien, hay que aclarar que el objetivo de la creación de estos programas de cumplimiento no es el de intentar “evitar repercusiones penales, sino que lo que se quiere es que se busque y se consiga una ética empresarial”<sup>62</sup>. Esto es importante

---

<sup>58</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, JOSÉ R. “El delito en la empresa estrategias de... op., cit., p.125

<sup>59</sup> MIR PUIG, S.: «Responsabilidad penal de personas jurídicas y modelos comparados de *Compliance*», AA.VV. (dirs. MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GOMEZ MARTIN, V): *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, Edisoter, S.L. y IB, Madrid, 2014, p. 3

<sup>60</sup> Preámbulo III, LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>61</sup> GOÑI SEIN, J.L. “Nuevo código penal, plan de prevención de delitos y sus implicaciones laborales” Trabajo y Derecho, N° 5, Mayo 2015, p.3

<sup>62</sup> Conclusión 19ª. 2 de la Circular FGE 1/2016 “El objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento”.

porque está comenzando a aparecer numerosa casuística relacionada con que la defensa de directivos acusados por delitos en el seno de la empresa basada en el hecho de que tener un programa de cumplimiento supone una eximente para los mismos, pero esto no es así, sino que lo normal es que fuera un atenuante eso sí, siempre que estuviera implantado antes de cometer el delito<sup>63</sup>.

También ha habido dudas en relación con quién tiene que probar que existe el *compliance programs* para la posibilidad de eximirse de responsabilidad, si es la propia persona jurídica o la denunciante. Respecto a este tema se ha pronunciado nuestro TS<sup>64</sup>, en concreto en una sentencia de 29 de febrero de 2016, hace poco más de un año y en su fundamento jurídico octavo manifestaba la idea de que será la acusación quien demuestre “la ausencia de una cultura de respeto al Derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal, como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”. Por consiguiente, la doctrina jurisprudencial que pretende fijar el supremo es la idea de que esa parte que acusa va a ser la que tenga que demostrar que no hay esos elementos de la empresa, por lo que se parte de la idea de que si se disponen esos elementos y que por tanto la parte acusada lo único que tiene que hacer es corroborarlo mientras que la parte que denuncia tiene que demostrar y probar que no existen<sup>65</sup>.

Un ejemplo de esta casuística es el auto de Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1ª, Auto 102/2017 de 7 Mar. 2017, Rec. 105/2017<sup>66</sup>, en el cual lo que está tratando de dirimir es si hay un delito de fraude fiscal por parte de unos Directos del

---

<sup>63</sup> AYALA DE LA TORRE, J.M. Compliance. Claves ...Op, Cit., p.77

<sup>64</sup> Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 154/2016 de 29 Feb. 2016, Rec. 10011/2015

<sup>65</sup> JIMÉNEZ SEGADO, C. “¿Corresponde a la persona jurídica probar que ha adoptado programas de cumplimiento de prevención delictiva (compliance programs) para eximirse de responsabilidad penal o dicha prueba corresponde a la acusación?” Editorial LA LEY, Marzo-Abril 2016.

[http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2QS0\\_EIBSFf82wIT\\_E01kcXbDqzNGYyVvcXuLZEhA5c6vTfC7YLSb5AzrmPE64Z4zrgjSQ6fshCgPL1-gTtMHCD3AEnO1ttDZjqKLWrEdMcfAJIXfX4jB4cZ2n1wa\\_fcogZGYFKshHi8KQrTeG-0BYeC8-FruqCgaYM7hSOfKhvu-AAqrSyEA3GfpWCUSBwF0yyY2kKP6-w2BHIBt9D3NZZY-T5Iupp2040bMGYSoH8sCN6QjbZcXop0FafEKKezjCi7HO6ZjRwB2m-Mee\\_SpS3P3sfnD59CZXA\\_Ve3AX0mKksU-c1j5e8gnoDwCA692eP9AtgXpWZsAQAAWKE](http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2QS0_EIBSFf82wIT_E01kcXbDqzNGYyVvcXuLZEhA5c6vTfC7YLSb5AzrmPE64Z4zrgjSQ6fshCgPL1-gTtMHCD3AEnO1ttDZjqKLWrEdMcfAJIXfX4jB4cZ2n1wa_fcogZGYFKshHi8KQrTeG-0BYeC8-FruqCgaYM7hSOfKhvu-AAqrSyEA3GfpWCUSBwF0yyY2kKP6-w2BHIBt9D3NZZY-T5Iupp2040bMGYSoH8sCN6QjbZcXop0FafEKKezjCi7HO6ZjRwB2m-Mee_SpS3P3sfnD59CZXA_Ve3AX0mKksU-c1j5e8gnoDwCA692eP9AtgXpWZsAQAAWKE)

[15ABRIL 2017]

<sup>66</sup> ANEXO I

Club Deportivo Osasuna y si deben responder por ello, puesto que tras la Reforma de la LO 1/2015, el Tribunal del TS sigue una línea de la cual ha dejado constancia en su sentencia de STS 16 de marzo de 2016<sup>67</sup>, en la que establece que los propios directivos, como son personas que forman parte de ese club deportivo y por ende, de la empresa, como personas físicas que son pueden responder ante un delito puesto que estos mismos, dentro de sus deberes empresariales tienen como obligación “la correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización<sup>68</sup>”. En el mismo auto se dice, que como son obligaciones tributarias son conductas previsibles y por ello que los Directivos podrían reclamar que se le hubieran enseñado los datos y actuar con más diligencia e implicarse en ese control, pero también dice que cabe dudas de que este ilícito se haya cometido sin que lo sepan unos o varios de los Directivos. Por lo tanto aquí estaríamos planteando si ha habido un delito y para que haya responsabilidad se deben dar los dos siguientes requisitos:

- 1) que el autor del delito se halle sometido a la autoridad de los directivos
- 2) que el delito se haya cometido por haberse incumplido gravemente por éstos su deber de supervisión<sup>69</sup>.

En este caso, el problema es que no ha habido suficientes medidas de control y que fueran eficaces, puesto que si se hubieran implantado y se hubieran hecho las auditorías de manera adecuada y con la diligencia debida, posiblemente esos directivos no estarían incurso en este posible delito. Aquí tenemos un claro ejemplo de la importancia que tienen estos programas para que haya un buen control, y también de que se incentiva su importancia y necesidad cuanto más amplias son las empresas, puesto que los directivos de empresas de gran tamaño, como puede ser un club de fútbol no se implican en ese compromiso de control, y por ello debe haber un *compliance officer* (ya sea órgano colectivo o unipersonal) para llevar a cabo esas tareas e incluso como hemos dicho

---

<sup>67</sup> .” La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el artículo 31 bis 1 b. Sólo responde cuando se hayan "incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso, los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos”

<sup>68</sup> Audiencia provincial de Navarra, Sección 1ª, auto 102/2007 de 7 de marzo de 2017, fundamento de derecho tercero.

<sup>69</sup> GOÑI SEIN, J.L. “Nuevo código penal, plan de..., op. cit., p.5



antes, podría ser un atenuante para ellos. En definitiva, el hecho de tener un programa de cumplimiento en la empresa no solo supone una seguridad para la misma, sino para los directivos de la empresa, y cumpliendo con el deber de diligencia que se asigna a los administradores y altos cargos por el Art. 225 del Ccom.

## 7.CONCLUSIONES

A lo largo de la investigación hemos podido ver la importancia que en estos últimos años está tomando la creación de los programas de cumplimiento en las empresas jurídico privadas como forma de prevención y control de las posibles irregularidades que pueden surgir en el seno de la empresa por parte de las personas que lo integran. Con este método lo que se hace es intentar que haya una mayor preocupación de las empresas desde dentro por el cumplimiento de la legalidad, es decir que lo que se incentiva es la autorregulación, aunque si es verdad que es una autorregulación regulada, es decir que hay normativa propia del cuerpo jurídico español la que establece las bases a través de la implementación de normas y directrices internacionales.

Además ese control de que se esté llevando bien y de forma adecuada el programa de cumplimiento, el cual ha integrado el órgano de administración en la empresa mediante la aprobación por votación en la misma, la lleva a cabo una figura que ha nacido con esta figura, que es el CO y entre las características más importantes para que sea efectivo es el de la independencia y la neutralidad, es decir, que no tenga intereses en la empresa y que su única función sea el velar por la seguridad jurídica y se le retribuya por ello. Hay una gran responsabilidad por parte del CO, puesto que, en la mayoría de los contratos, en las alguna de las cláusulas contractuales del mismo, se introduce una delegación de esa supervisión por parte del órgano de administración, lo que conlleva, que en un supuesto de responsabilidad penal, puedan ellos responder ante los Tribunales de Justicia si es que han obrado mal en sus actividades.

Se ha habla de que la introducción en la empresa de un programa de cumplimiento supone la directa exoneración de la responsabilidad por parte de los órganos que dirigen la misma pero esto no es así, puesto que, en el caso de que, sí se haya implantado un *compliance program* pero no se hayan llevado las correspondientes medidas de control del mismo por esos órganos, pueden responder, aunque sea de manera atenuada pero no les quita que si tengan responsabilidades penales.

Una vez que se ha visto en profundidad el programa de compliance, a la conclusión que llega una alumna estudiante de derecho es que en el ámbito mercantil está emergiendo una nueva profesión que puede ser importante y una salida para personas que se quieran dedicar para el ámbito jurídico privado, puesto que se trabaja en la esfera privada y en empresas controlando la legalidad existente. Es verdad que es algo atractivo, pero aún, con lo que me he documentado es que hay algunas inseguridades en cuanto a esa posible responsabilidad penal y a las obligaciones contractuales que una empresa puede poner, por lo que se ve con recelo el hecho de que el no respeto a la ley o el cumplimiento legal de una empresa pueda justificarse a que una sola persona, el CO, o varios en el caso de que sea una empresa de grandes dimensiones, ha actuado mal, quedando salvadas todas las demás, o si no es así atenuándose su responsabilidad, por lo que se puede entender que es una especie de escudo de las empresas para salvar su propia responsabilidad y no la idea que se pretende conseguir con el mismo; que las empresas estén concienciadas en que lo mejor para ellas es que no haya una gran represión y control por los ordenamientos de los diferentes Estados, sino que ellas mismas a través de sus posibilidades y adecuándose a sus características, establezcan un código que deben cumplir en los diferentes aspectos, como en el derecho de competencia, en el financiero, en el civil, en el penal... y así poder aumentar su reputación y poder obtener aspectos positivos del mismo.

Esta idea de autorregulación es buena, y quizá en otros países europeos en el que el concepto de ciudadanía y del buen ciudadano corporativo lo tienen ya introducido en sus empresas y que les importa el bien común pueda funcionar con éxito desde un principio pero en España pero que se tienen que dar todavía algunos cambios, sobre todo a nivel de educación ciudadana en las empresas y dirigentes de las mismas para que se pueda llevar a cabo satisfactoriamente. Lo que si puede ayudarnos a conseguirlo es la globalización, es decir, el hecho de que haya empresas que sean multinacionales con sedes y filiales que tengan un programa de cumplimiento y que lo lleve eficazmente puede llevar a otras empresas, si ven mejoras en las mismas, a que copien esa actitud y desarrollen los programas de cumplimiento y se preocupen no solo por su buena creación, si no por una buena ejecución y control del mismo.

## BIBLIOGRAFIA

### A) RECURSOS BIBLIOGRÁFICOS

- AGUSTINA SANLLEHÍ, JOSÉ R. “El delito en la empresa estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario”. Atelier, Barcelona, 2010, p, 207 y ss.
- ASTARLOA, E. “¿Por fin un concepto unívoco de «administrador de hecho» en derecho penal y derecho societario? Extraordinario, 2011, p.60 y ss
- AYALA DE LA TORRE, J.M. Compliance. Claves prácticas. Lefebvre El Derecho. Marzo 2016, Madrid, p.20 y ss
- BALCARCE, F. I “Criminal compliance y personas jurídicas” editorial Montevideo-Buenos Aires, Argentina, 2016, p.175
- DE AQUINO, T. “”Suma teológica”, tomo VIII, BAC, Madrid, 1946, p.535
- ENSEÑAT DE CARLOS, S. Manual del *compliance officer.*, Cizur Menor (Navarrara) Aranzadi, 2016, p.30
- ESTEBAN RIVERO, J.S El secretario del consejo de administración y *el compliance officer: Filias y fobias en el cumplimiento normativo "Revista de Derecho Mercantil", el 1 de abril de 2016, p.1 y ss.*
- GARCIA DE ENTERRIA, J. *La reforma de la ley de sociedades de capital en materia de gobierno coporativo.* Cizur Menor (Navarrara) Aranzadi, 2015.
- GOÑI SEIN, J.L. “Nuevo código penal, plan de prevención de delitos y sus implicaciones laborales” Trabajo y Derecho, Nº 5, Mayo 2015, p.1y ss.
- MORALES, PRATS, F. “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal” Aranzadi, 2002, p.26 y ss

- LUCEÑO OLIVA, J.L. “El *compliance* como responsabilidad del consejo de Administración” Actualidad Jurídica Aranzadi, num.923, 2016 p.1 y ss.
- MIR PUIG, S.: «Responsabilidad penal de personas jurídicas y modelos comparados de *Compliance*», AA.VV. (dirs. MIR PUIG, S,CORCOY BIDASOLO, M.,GOMEZ MARTIN, V): *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, Edisoter, S.L. y IB, Madrid, 2014, p. 2 y ss
- MOLINA MANSILLA, M<sup>a</sup>C, *La nueva regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la modificación de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Especial atención a la Circular 1/2016 FGE y a la última tendencia jurisprudencial*. Wolters Kluwer. La Ley Penal, N° 125, Marzo-Abril 2017, Pp.3-5
- MONTIEL-ORTIZ,K. “*Compliance* y teoría del Derecho Penal” Madrid, España, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales” 2013, p.70 y ss/ p.106 y ss
- MORALES, PRATS, F. “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal” Aranzadi, 2002, p.27
- PRITTWITZ, C. “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officer*” *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons 2013, p.212 y ss
- ROBLES PLANAS, R. “Estudios de dogmática jurídico-penal”, Editorial B de f Buenos Aires, Argentina 2014, p.271 y 272
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ,J. Congreso Internacional sobre Contratación pública. “*Compliance y self-cleaning en la contratación pública*” 21 y 22 de enero de 2016. Cuenca, p.5 y ss
- ROJO A, BELTRAN, E; CORD Campuzano, A.B. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles. 5ª edición Valencia, 2012.*

- SAHAN,O. “Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado” Compliance y teoría del derecho penal.Madrid, España, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales. P 245 y ss
- SIEBER, U. “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en: AA.VV. (Dir/ Dirs: ARROYO ZAPATERO,L. y NIETO MARTIN, A), *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p 63 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, JM. “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial” , en AA.VV (Eds.MONTIEL, J.P, KULHEN,L y ORTIRZ DE URBINA,I.) *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid, Marcial Pons ,2013. p.79 y ss.
- TEJEIRA RODRIGUEZ, M. “Legal *Compliance*: Conceptualización en el marco de la regulación coportativa” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*” Getafe, Universidad Carlos III, 2015, p.936
- WELLNER P.A, “Effective Compliance Programs and Corporate criminal Prosecutions” *Cardozo Law Review*. Vol.27. NY 2005, p.497 y ss
- ZÁRATE C, “¿Compliance Officer o Comité de Compliance? ¿Externalización de funciones?” *AJA*, N° 921, 2016, p.1 y ss

## **B) LEGISLACIÓN:**

- Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado
- Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)
- Informe jurídico 0128/2007 de la Agencia Española de Protección de Datos.
- INSTRUMENTO de Ratificación del Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales,

hecho en París el 17 de diciembre de 1997. «BOE» núm. 46, de 22 de febrero de 2002, páginas 7155 a 7159 (5 págs.)

- ISO 9001:2015 de 23 de septiembre de 2015.
- ISO 19601:2017, Marzo de 2017.
- Ley 27/1999 de Cooperativas, de 16 de julio.
- Ley 31/2014 de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio
- Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención de Blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo,
- Ley de Sociedades de Capital
- Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

### **C) RECURSOS ELECTRÓNICOS:**

- <http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDA0NjEzNDRXK0stKs7Mz7M1MjA0NzAzsgQJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIAEI48FTUAAAA=WKE> [3 de julio de 2017]
- [http://www.complia.es/files/biblioteca/11/que\\_sabemos\\_del\\_origen\\_del\\_compliance\\_penal.pdf](http://www.complia.es/files/biblioteca/11/que_sabemos_del_origen_del_compliance_penal.pdf) [12 MAYO DE 2017]
- <http://www.diariojuridico.com/que-sabemos-del-origen-del-compliance-penal-el-concepto-de-moda/> [27 de marzo de 2017]
- <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-responsabilidad-penal-de-los-miembros-de-los-organos-de-administracion-de-la-empresa-prevencion-y-defensa/>
- <https://www.transparency.org> [10 de mayo de 2017]
- [http://www.transparency-se.org/Whistleblower-Principles\\_final\\_web.pdf](http://www.transparency-se.org/Whistleblower-Principles_final_web.pdf) [12 de mayo de 2017]

**D) JURISPRUDENCIA.**

- STS 1828/2002, de 25 de octubre.
- STS 606/2010 de 25 de junio.
- STS 154/2016 de 29 Feb.
- STS de 221/2016, de 16 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Federal Alemán del 17 de junio de 2009.

## ANEXO I

### **Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1ª, Auto 102/2017 de 7 Mar. 2017, Rec. 105/2017**

**Ponente: Huarte Lázaro, José Julián.**

**LA LEY 37769/2017**

ECLI: *ES:APNA:2017:20A*

#### **Casuismo relevante**

DELITO FISCAL. Diligencias previas incoadas por impago de deudas tributarias por defraudación de IVA. Indicios de corrupción deportiva presuntamente cometida por varios directivos del Club Atlético Osasuna. RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS. Requisitos. Falta del debido funcionamiento, en el caso, de los mecanismos de control y previsión que permiten atribuir al Club responsabilidad penal ex art. 31 bis CP. Inexistencia de medidas de control adecuadas y eficaces para la evitación de conductas delictivas por quienes integran la organización. Ausencia de un debido control sobre una obligación ordinaria de naturaleza tributaria -como es el pago de un impuesto ordinario- que impide concluir en la ausencia de indicios de responsabilidad criminal por la existencia de unas medidas adecuadas de control.

*La AP Navarra estima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona/Iruña que desestimaba la imputación al Club Atlético Osasuna por delito fiscal, revocando y dejando sin efecto el mismo.*

#### **AUTO Nº 102/2017**

Ilmos/as. Sres/as.

Presidenta

Dª. ESTHER ERICE MARTINEZ

Magistrado/a

D. JOSE JULIAN HUARTE LAZARO (Ponente)

Dª. BEGOÑA ARGAL LARA

En Pamplona/Iruña, a 7 de marzo del 2017.

Visto por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, constituida por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que al margen se expresan, en grado de apelación el **Rollo Penal nº 105/2017**, derivado de las Diligencias Previas nº 397/2016 del Juzgado de Instrucción Nº 3 de Pamplona/Iruña: siendo parte **apelante: el MINISTERIO FISCAL** y parte **apelada: "CLUB ATLETICO OSASUNA"**, representado por el Procurador D. JAIME UBILLOS MINONDO y asistido del Letrado D. MIGUEL EZCURDIA HUERTA. Sobre: no imputación de persona jurídica en delito contra la hacienda pública.



Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE JULIAN HUARTE LAZARO.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El *Juzgado de Instrucción Nº 3 de Pamplona/Iruña en las Diligencias Previas nº 397/2016 dictó Auto con fecha 17 de enero de 2017 (LA LEY 548/2017)*, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

*"No ha lugar a imputar al Club Atlético Osasuna por el delito fiscal que se está investigando..."*.

**SEGUNDO.-** El citado auto fue recurrido en apelación por el MINISTERIO FISCAL quien solicitó que, con revocación del Auto recurrido, se dicte nueva resolución por la que, dejando sin efecto el mismo, se acuerde que dicha entidad debe ser imputada.

**TERCERO.-** Dado traslado del recurso interpuesto, por la representación procesal del apelado, "Club Atlético Osasuna", se presentó escrito solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

**CUARTO.-** Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial de Navarra para conocimiento del recurso de apelación, en donde, previo reparto, correspondió a esta Sección Primera incoándose el Rollo Penal nº 105/2017, en el que se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE JULIAN HUARTE LAZARO, señalándose el día 7 de marzo de 2017 para deliberación y resolución.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El *Juzgado de instrucción a quo en el Auto de fecha 17 de enero de 2017*, objeto del presente recurso de apelación, acordó no haber lugar a imputar al Club Atlético Osasuna por el delito fiscal que se estaba investigando.

La Juez a quo consideró, frente a la pretensión tanto de la Hacienda Tributaria de Navarra (originariamente) y del Ministerio Fiscal, de que se imputara al C. A. Osasuna como persona jurídica por haber incurrido en responsabilidad penal por el presunto delito fiscal (derivado por el impago de las deudas tributarias correspondientes a los ejercicios fiscales de 2011, 2012 y 2013 por las defraudaciones tributarias llevadas a cabo en concepto de IVA), que no era procedente tal pretensión, para lo cual partió "necesariamente", se dice, de lo resuelto por esta *Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera en el Auto de 22 de marzo de 2016*.

Partiendo de esa resolución afirmó, en primer lugar, que la redacción dada al *artículo 31 bis por la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015)* no podía considerarse más beneficiosa frente a la redacción vigente al momento de ocurrir los hechos dado al indicado precepto por la LO 5/2010 (LA LEY 13038/2010), estimando que debía partirse del precepto vigente en el momento de ocurrir los hechos, es decir la redacción dada por esta última ley orgánica y conforme a ello analizó si existían o no medidas de control adecuadas para la evitación de conductas delictivas como la analizada de delito fiscal, ausencia de la que surgiría la responsabilidad, medidas de control que no aparecían concretadas en la redacción originaria del indicado artículo.

Estimó que los criterios contemplados en el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial eran de plena aplicación al examen de la presente causa y concluyó que el C. A. Osasuna disponía de los dos sistemas de control previstos

en los estatutos vigentes al momento de ocurrir los hechos, Gerencia y Comisión Económica, así como un control externo impuesto por la normativa deportiva que contemplaba la obligación de presentar anualmente las cuentas auditadas, afirmando igualmente que *" de la falta de control no podría deducirse sin más de la comisión de un presunto ilícito penal cometido sin conocimiento de todos los miembros de la junta directiva e incluso con ocultación "*.

Así tomó en consideración el *Reglamento de Control Económico de la L. F. Profesional*, y en concreto el artículo 18 que exigía a los clubs demostrar que a fecha 31 de diciembre no existían deudas pendientes de pago, y en cumplimiento de esta previsión el C. A. Osasuna fue presentando, como constaba en autos, certificaciones emitidas por el Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra en que se hacía constar expresamente que comprobados los datos existentes en los ficheros del Departamento resultaba que el C. A. Osasuna estaba al corriente de sus obligaciones tributarias.

Asimismo concluyó que el C. A. Osasuna disponía de las medidas de control según los estatutos como era la Asamblea General Ordinaria, la Gerencia, la Comisión Económica, la llevanza de libros de contabilidad, todo ello junto con el control económico derivado del Reglamento de Control de la L. F. Profesional.

A partir de esta consideración examinó *"si la falta del debido funcionamiento de estos mecanismos de control y previsión permiten atribuir a Osasuna responsabilidad penal por la Comisión del delito contra la hacienda pública"*.

Para ello tuvo en consideración los siguientes medios de investigación, las declaraciones realizadas en fase de instrucción de los Sres. Ángel Jesús y Andrés (*"... El auditor al realizar el análisis de las cuentas emitió unos anexos previos al informe definitivo que se sometió a la consideración del Presidente y en su caso vicepresidente, ni siquiera de la junta directiva, anexos en que supuestamente se hacía constar la necesidad de declarar el IVA de las taquillas y palcos, si bien siendo rechazada esta petición no se hacía referencia alguna en el informe de auditoría definitivo a ello, estos anexos carecían de publicidad y por tanto no eran conocidos por ejemplo por la Comisión económica... o por la Asamblea General..."*); así como de los integrantes de la Comisión Económica (*"coincidieron afirmar que no se les facilitaba la reuniones con la junta directiva, no se les facilitaba la documentación que solicitaban, sus propuestas eran desoídas y ni siquiera eran contestadas, y en todo caso, dado que las cuentas que se les facilitaba eran las auditadas, partían la consideración de que la auditor y había realizado la correspondiente comprobación de las mismas"*).

Y finalmente se refirió al dato que califica como *"más relevante"*, de que anualmente el Departamento de Economía y Hacienda, órgano externo independiente de Osasuna hacía constar que *"comprobados los datos"* el club se encontraba *"al corriente de sus obligaciones fiscales"*, sin olvidar que las cantidades presuntamente defraudadas se han puesto de manifiesto como consecuencia de la auditoría llevada a cabo por parte del C. A. Osasuna en base a la obligación contenida en la Disposición Adicional Única de la Ley Foral 26/2014 de 2 de diciembre (LA LEY 19095/2014) por la que se aprobaba la reestructuración de la deuda del C. A. Osasuna con la Comunidad Foral de Navarra y que como se indica en la querella se refiere a las diferencias de cantidades consignadas en los libros del club y reflejadas en las declaraciones de IVA y la falta de declaración del IVA de taquillas, abonos, palcos y boxes.

De todo ello concluyó que como no se trataba de operaciones de ingeniería financiera imposibles de detectar sino que han aflorado en el estudio de los libros del club por lo que *"si se estaban formulando las cuentas conforme las*

*exigencias de la Liga de Fútbol Profesional, eran debidamente auditadas y el Departamento de Economía y Hacienda emitió anualmente un certificado en que hacía constar que comprobados los datos Osasuna estaba al corriente de sus obligaciones fiscales", no era imputable a Osasuna como persona jurídica el hecho "de que por parte de alguno o algunos de los directivos sería elegido supuestamente dejar de declarar determinadas cantidades de IVA ", sin que el mero hecho de que sujeto pasivo del impuesto sea el club "implique que exista una transferencia de responsabilidad penal de la conducta llevada a cabo por la persona personas físicas que lo han dirigido, sino que debe comprobarse que se ha incurrido en algún tipo de responsabilidad penal", que excluye, a la vista de lo resuelto en el auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial a que se refiere anteriormente.*

**SEGUNDO.-** Frente a la indicada resolución se alza el recurso de apelación directo interpuesto por el Ministerio Fiscal, para que se considere al C. A. Osasuna como persona jurídica investigado por los delitos contra la Hacienda Tributaria de Navarra objeto de instrucción.

En síntesis, el Ministerio Fiscal considera que resulta de aplicación el *artículo 31 bis del Código Penal (LA LEY 3996/1995)* vigente en su redacción dada por la LO 1/2015 de 30 de marzo (LA LEY 4993/2015), ya que sin perjuicio del *Auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 22 de marzo de 2016*, no se podía obviar el contenido de la *sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016*, que si bien no realiza un pronunciamiento expreso sobre dicho particular, sí que fundamenta su argumentación con referencia expresa la relación actual del *artículo 31 bis a pesar de que los hechos son anteriores a la indicada Ley Orgánica 1/2015 (LA LEY 4993/2015)*, además de que con la relación actual se aclara legalmente y de forma efectiva que la responsabilidad de las personas jurídicas no es una responsabilidad objetiva, y cuando la nueva redacción sirve para establecer al menos con carácter general los criterios de interpretación de cuales son los instrumentos de control que excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que la relación anterior del *artículo 31 bis del Código Penal (LA LEY 3996/1995)* nada dice sobre dicho particular; estimando que ninguno de los instrumentos descritos por la instructora en el auto objeto de recurso son susceptibles de configurarse como modelo de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control a que se refiere el *artículo 31 bis vigente del Código Penal (LA LEY 3996/1995)*.

En todo caso afirma que si se considerase de aplicación la redacción dada por el *artículo 31 bis del Código Penal (LA LEY 3996/1995)* vigente el momento de ocurrir los hechos, tampoco podría configurarse la Asamblea General como un instrumento efectivo de vigilancia y control, como tampoco los libros de cuentas, ni la Gerencia ni la Comisión Económica, ni tampoco las medidas de control exigidas por la L. F. Profesional al no instalarlos directamente el club, y porque además la presentación de cuentas ante la L. F. Profesional y la auditoría anual que presentaba el club ante ésta, resultaron instrumentos absolutamente inútiles ya que las cuentas se podían remitir sin que constara que no se estaba declarando y abonando el impuesto IVA.

Por ello concluye que los instrumentos de control a que se refiere el Juzgado a quo no sólo no funcionaron sino que no existieron, ya que durante cuatro años dichas conductas existieron, se produjeron en dos juntas diferentes y a pesar de que parece que era conocido por los órganos de gestión de la entidad nada se hizo para evitar las defraudaciones fiscales investigadas.

Por último en relación con el certificado emitido por la Hacienda Foral de que el C. A. Osasuna estaba al corriente de sus obligaciones tributarias en nada afecta a las defraudaciones que aquí se instruyen y ello porque no es sino posteriormente cuando se detectan la existencia de unas cantidades que no sólo no fueron abonadas por el club, sino que han sido ocultados a la Hacienda Foral, cuando además se desconoce si el club fue objeto de algún tipo de investigación anterior, sobre qué tributos y sobre qué años.

**TERCERO.-** Para el correcto análisis de la cuestión sometida a debate de la Sala, se partirá de la argumentación que *esta misma Sala hizo en el Auto de fecha 22 de marzo de 2.016 nº 91/2.016*, en lo que afecta a la responsabilidad penal de una persona jurídica.

En la indicada resolución hicimos las siguientes afirmaciones:

"Para la exigencia de responsabilidad penal a una persona jurídica el *artículo 31 bis del C. Penal (LA LEY 3996/1995)* en su redacción dada por la LO 5/2010 de 22 de junio (LA LEY 13038/2010), establece que *"las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometido a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso"*.

La introducción de este precepto implicó la superación del principio "societas delinquere non potest", e implica que una persona jurídica puede ser objeto de responsabilidad penal autónoma y por tanto esté en el proceso penal como sujeto del pasivo del mismo.

Esta es la normativa que debe guiarnos a examinar la cuestión sometida a debate.

Ello se dice porque el indicado *artículo 286 bis así como el artículo 31 bis han sufrido modificaciones con la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015 (LA LEY 4993/2015)*, sin que a priori pueda en todo caso considerarse que la nueva regulación resulte más beneficiosa en cuanto a la conducta sancionada, pues el artículo 31 bis, en lo que ahora nos afecta ha sustituido la expresión, "y en su provecho", por la de "y en su beneficio directo o indirecto", y cuando además en el *artículo 31 bis originario no se contemplaban expresamente, a diferencia de lo que hace el artículo 31 bis en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015 (LA LEY 4993/2015)*, las cuestiones relativas a modelos de organización y gestión que incluyesen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, la existencia de órgano en la persona jurídica con poderes autónomos iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisión, ni el cumplimiento de requisitos específicos como los recogidos en el apartado quinto del nuevo artículo 31 bis como son los relativos a identificación de actividades en que pueden ser cometidos delitos, establecimiento de protocolos, modelos de gestión, obligación de información de posibles riesgos e incumplimientos, sistemas disciplinarios y verificación periódica de modelos de gestión, pues tan sólo el antiguo artículo 31 bis hacía referencia en su apartado cuarto y en relación con circunstancia de atenuación a medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos que pudieran cometerse.

En fecha reciente el *TS* ha dictado la *Sentencia de fecha 29 de febrero de 2.016 nº 154/2.016*, en la que se analiza expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas en relación con el *artículo 31 bis del C. Penal (LA LEY 3996/1995)*, en su redacción originaria de la LO 5/2.010 (LA LEY 13038/2010).

En la indicada resolución del *TS* establece que los dos primeros requisitos previstos en el indicado precepto (como en la actualmente vigente tras la reforma operada por la LO 1/2.015 (LA LEY 4993/2015)) son: la comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete...y que las personas físicas autoras del delito son integrantes de la persona jurídica...como administradores de hecho o de derecho.

Partiendo de estos requisitos y para completar, el *"análisis de la necesaria acreditación de los diferentes requisitos exigidos para sustentar debidamente una conclusión condenatoria para la persona jurídica...(a fin de cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal, tratándose de materia tan novedosa y compleja, y por tanto precisada en el momento presente de una dotación, dirigida a los órganos de instrucción y enjuiciamiento, de criterios válidos en la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas)"*, se afirma en síntesis lo siguiente:

Se toma en consideración la doctrina establecida en *STS núm. 514/15 de 2 de septiembre de 2.015 (LA LEY 126066/2015)"...parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal..."*.

...Lo que no admite duda visto el texto legal (*art. 31 bis del C. Penal (LA LEY 3996/1995)* especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015)) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad", en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. Así la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a los efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior *art. 31 bis. 1. parr. 1º del C. Penal (LA LEY 3996/1995)* y hoy de forma definitiva a tenor del *art. 31 bis (LA LEY 3996/1995). 1 a)* y *2 del C. Penal (LA LEY 3996/1995)*, tras la reforma operada por la LO 1/2.015 (LA LEY 4993/2015)), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella "ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II...", pues "... a nuestro juicio" la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción...", no debiendo confundirse la circunstancia de exención de la responsabilidad, con "el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente".

Se indica expresamente que el "núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica" no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas "compliances" o "modelos de cumplimiento, exigidos para la aplicación de la eximente..." y así se concluye que "el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión".

En cuanto al concepto de provecho, como requisito exigido para la declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica (en la actual redacción del artículo 31 bis, "beneficio directo o indirecto"), se dice que "habrá de resolverse de forma casuística...", indicando que convendría dejar claro desde ahora que ese término de "provecho" (o "beneficio), " hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica...", recogiendo el criterio de la Fiscalía (Circular 1/2016) (LA LEY 2/2016) "... la sustitución de la expresión...conserva la naturaleza objetiva de la acción...", y recogiendo que la circular 1/2.011 estudiaba esta cuestión y optaba por interpretar "...conforme a parámetros objetivos, sin exigir la efectiva constatación del beneficio, como una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho valorando esta como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de los factores externos que pudieran determinar que finalmente la utilidad no llegara a producirse...La nueva expresión legal "en beneficio directo o indirecto, mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida "en provecho", como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a ésta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella", afirmándose por el TS que "una interpretación distinta a la expuesta conduciría a la práctica imposibilidad de aplicación del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica".

Y concluye en relación con esta cuestión que los Tribunales en cada supuesto concreto se encuentran obligados a " matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto, y huyendo de posiciones maximalistas e igualmente rechazables, tanto las que sostienen que siempre existirá un provecho para la persona jurídica, aunque sólo fuere por el ahorro económico que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de control, como de aquellas otras, en exceso restrictivas, que pueden llegar a negar tales beneficios, en numerosos casos, por el perjuicio que en definitiva un posible daño reputacional y cumplimiento último de las penas pecuniarias e interdictivas, a la postre impuestas... causan a la propia persona jurídica".



Asimismo desde esta jurisprudencia analizamos la responsabilidad de la persona jurídica en relación con el delito imputado el del *artículo 286 bis del C. Penal (LA LEY 3996/1995)*, y afirmamos:

**"SEXTO.-...** En este análisis debemos partir de la premisa, no discutida, establecida por el Juzgado a quo a la hora de haber hecho el pronunciamiento de no imputación del C. A. Osasuna, de que *" se han constatado indicios de la comisión de uno o varios delitos de corrupción deportiva presuntamente cometidos por varios directivos del Club Atlético Osasuna"*.

Pues bien si partimos de la existencia de estos indicios, y seguimos la doctrina jurisprudencial antes invocada, concurrirían a priori los requisitos objetivos que el *artículo 31 bis del C. Penal (LA LEY 3996/1995)* exige para apreciar la existencia de responsabilidad penal en una persona jurídica, como es la comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete, como es el *artículo 286.4 del C. Penal (LA LEY 3996/1995)* en relación con el *artículo 288 del mismo cuerpo legal*, así como que la personas físicas autoras del delito son integrantes de la persona jurídica, en tanto en cuanto, a quién se imputa indiciariamente la responsabilidad es a varios directivos del C. A. Osasuna.

Pero ello por sí solo no es suficiente si seguimos la doctrina jurisprudencial antes indicada, pues como se recoge en la sentencia referida, de manera expresa el *"núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma"*, y ello independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas "compliances" o "modelos de cumplimiento exigidos para la aplicación de la eximente", requisito aquel que debe también concurrir respecto de la responsabilidad exigida en *párrafo primero del nº 1 del art. 31.bis del C. Penal (LA LEY 3996/1995)*.

Que ello es así lo ha ratificado el TS en su sentencia de *STS 16 de marzo de 2.016 nº 221/2016 (LA LEY 11281/2016)* en la que se indica *"sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretende explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el artículo 31 bis 1 b. Sólo responde cuando se hayan "incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso, los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos", pues "son... dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto... Nuestro sistema... no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva... en la que el hecho de uno se trasfiera a la responsabilidad del otro... la pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio"*.

Para esta Sala, atendiendo a los hechos que indiciariamente se contemplan por el juzgado a quo, y vista la normativa vigente en el momento de cometerse aquellos hechos, es decir resultando vigente el *artículo 31 bis del C. Penal (LA LEY 3996/1995)* en su redacción dada por la LO 5/2.010 (LA LEY 13038/2010), debe concluir que no existen indicios suficientes de que el C. A. Osasuna hubiese incurrido de forma dolosa o culposa (culpa "in eligendo", "in vigilando", "in constituyendo" e "in instruendo" a la que se hace referencia en el voto

particular de la *STS 154/2016 (LA LEY 6573/2016)*), como "principios irrenunciables que informa el derecho penal", en la ausencia de medidas de control adecuadas para la evitación de conductas delictivas como la analizada (corrupción deportiva), que es el prisma desde el que debe analizarse la responsabilidad de la persona jurídica.

Para hacer esa valoración de la adecuación deben tenerse en cuenta dos prismas de especial relevancia.

El primero es que en el *artículo 31 bis del C. Penal (LA LEY 3996/1995)* en su redacción dada por la LO 5/2.010 (LA LEY 13038/2010), no describe qué debe entenderse por medidas de control, ni tampoco se invoca ni por el Ministerio Fiscal ni por la L. F. Profesional normativa de rango inferior, que nos permita concluir en la exigencia de determinadas medidas de control, o protocolos de actuación, que siendo exigibles se hubieran omitido por el C. A. Osasuna, una vez entró en vigor la indicada LO 5/2.010 (LA LEY 13038/2010), sin que pueda tomarse en consideración por respeto al principio de legalidad penal, de rango constitucional (*artículo 25 de la CE (LA LEY 2500/1978)*), los requisitos a que se refiere el apartado 5 del artículo 31 bis en su redacción dada por la LO 1/2.015 (LA LEY 4993/2015), respecto de los modelos de organización y gestión, puestos en relación con la causa de exención.

Es decir existe una indeterminación a priori, cuando menos respecto de uno de los elementos del tipo penal examinado ("*el núcleo de responsabilidad de las personas jurídicas*"), sobre qué colmaría las exigencias de unas adecuadas medidas de control, sin desconocer que en todo caso C. A. Osasuna dio cumplimiento a la exigencia de auditoria externa que contempla el Reglamento de control Económico de la L. F. Profesional (artículo 13).

Y el segundo prisma, esencial también para valorar esa adecuación de las medidas de control a que se refiere el Tribunal Supremo, es la naturaleza de la entidad, en este caso el C. A. Osasuna.

En el presente caso no debemos olvidar, que según los estatutos vigentes (aprobados el 28 de junio de 1999) en el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 (LA LEY 13038/2010), así como cuando se cometieron los hechos imputados, el Club Atlético Osasuna es una asociación deportiva de carácter privado, sin ánimo de lucro, constituida con el objeto de desarrollar la práctica de los deportes y de modo especial el fútbol, que ostentando personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, se acoge a la legislación sobre el deporte, estando inscrita como asociación en el Instituto Navarro de Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra, naturaleza esta que debe evidentemente contemplarse en aquella valoración que realizamos, por muy relevante que sea (y evidente) la trascendencia económica que conlleva desarrollar el objeto social dentro del ámbito de la Liga de Fútbol Profesional.

Pues bien, si partimos de estas premisas y tenemos en consideración que los mecanismos de control que en su momento tenía adoptado el Club Atlético Osasuna (en los estatutos antes referidos, y a los que se refiere de forma razonada el Juez a quo), no se han revelado que fueran insuficientes en relación con la actividad desarrollada por el club, salvo a que se refiere a los hechos objeto de investigación en relación con el presunto delito de corrupción deportiva, que se sitúan en el ejercicio 2013/2014, y indiciariamente se acredita que los hechos, que según se recogen en la resolución recurrida presuntamente se cometieron, lo fueron incluso sin conocimiento de todos los miembros de la junta directiva, como afirma juez a quo "o al menos no se ha concretado indicios suficientes de que ello sea así" e incluso se manifiesta que concurrió ocultación en la conducta, habrá de concluirse que no puede



afirmarse como requisito para integrar la responsabilidad penal de la persona jurídica que por el C. A. Osasuna se hubiera incurrido en una ausencia de un adecuado control para la evitación de la conducta delictiva analizada (corrupción deportiva), si tenemos en cuenta como antes hemos indicado que la norma referida en el *Código Penal en el artículo 31 bis* no es específica y no se invoca ninguna otra normativa de rango inferior que revelase un incumplimiento sobre un adecuado sistema de control.

Si a ello unimos además que en todo caso se cumplió por el Club Atlético Osasuna la normativa que impone el Reglamento de Control Económico de la Liga de Fútbol Profesional, habrá de concluirse que no existen indicios de responsabilidad penal en el C. A. Osasuna por la conducta realizada por determinados directivos del mismo, pues en definitiva no puede afirmarse que el club careciese a los efectos de exigencia de responsabilidad penal del artículo 31 bis de unos adecuados mecanismos de control, que siéndoles exigibles para evitar los delitos se hubieran incumplido o evitado su cumplimiento, ni tampoco se ha puesto de manifiesto la existencia de circunstancias que justificase desde un punto de vista razonable el disponer del fortalecimiento de los mecanismos que había funcionado hasta la fecha, y debiendo hacerse no se dispuso esa actuación.

En definitiva no nos encontramos en el presente caso en el supuesto de *"inexistencia de cualquier clase de herramientas de control, vigente ya el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica"*, ni total ni con la gravedad que debe concurrir (*STS 16 de marzo de 2.016 nº 221/2016 (LA LEY 11281/2016)* " *Sólo responde cuando se hayan "incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso"*), como para de ahí poder deducir la responsabilidad de la persona jurídica, máxime si tenemos en cuenta que los hechos imputados cometidos por miembros de la directiva del C. A. Osasuna, son acciones en principio totalmente alejadas de la finalidad y objeto social del propio club, sin que la falta de control (que es necesaria acreditar su concurrencia) pueda deducirse sin más de la comisión de un presunto ilícito penal cometidos sin conocimiento de todos los miembros de la Junta Directiva e incluso con ocultación."

**CUARTO.-** Pero es precisamente las afirmaciones que hicimos en la anterior resolución las que en el presente caso sirven para considerar que no es posible en esta inicial fase de instrucción concluir en la no imputación del C. A. Osasuna, que ha realizado la juez a quo.

Y ello se dice porque, como expresamente en la indicada resolución dijimos, no se consideraron inexistentes las medidas de control del club, pero lo fue en relación con la conducta descrita en el delito del *artículo 286 bis del C. Penal (LA LEY 3996/1995)* "... *si tenemos en cuenta que los hechos imputados cometidos por miembros de la directiva del C.A. Osasuna, son acciones en principio totalmente alejadas de la finalidad y objeto social del propio club*", es decir respecto de conductas y actividades totalmente ajenas a la actividad esperable del club.

En el presente caso por el contrario el delito objeto de imputación es un delito contra la Hacienda Tributaria, *artículo 305 del C. Penal (LA LEY 3996/1995)* en el que el sujeto tributario obligado principal es el propio C. A. Osasuna, es decir se trata de conductas previsibles y exigibles, es decir dentro de un ámbito derivado de la propia actividad del club, en la que por tanto es previsible su existencia y por tanto es exigible su constatación y realidad, y en este sentido no puede afirmarse por más que pudieran existir disfunciones entre la Junta

Directiva y la Asamblea General, o no se plasmasen en el informe definitivo de Auditoría todas las advertencias, que el C. A. Osasuna y respecto del cumplimiento de las obligaciones tributarias, obvias en el desarrollo de la actividad del C. A. Osasuna (no obstante la naturaleza del club, a la que nos referimos en el anterior auto), que existieran respecto de ese cumplimiento ordinario de obligaciones tributarias medidas adecuadas de control.

En atención a lo expuesto, y estando contemplado en el artículo 310 bis que el delito contra la Hacienda Pública puede ser responsable una persona jurídica, no es posible concluir en la "no imputación" que acordó el juzgado a quo, ya que no puede olvidarse que nos encontramos ante una obligación tributaria esencial, como es el pago de un impuesto ordinario, cuya ausencia o constatación de pago y cumplimiento de obligaciones fiscales es fácilmente constatable y controlable, por lo que, a priori, se revela una ausencia de un debido control sobre una obligación ordinaria de naturaleza tributaria, que impide concluir en la ausencia de indicios de responsabilidad criminal por la existencia de unas medidas adecuadas de control, cuando nos encontramos en presencia de una obligación tributaria ordinaria, cuyo impago no fue constatado, ni controlado.

Ciertamente existe un dato que como califica la juez a quo "*más relevante*", de que anualmente el Departamento de Economía y Hacienda, órgano externo independiente de Osasuna, hacía constar que "*comprobados los datos*" el club se encontraba "*al corriente de sus obligaciones fiscales*", pero este dato por sí solo no puede llevar a considerar la concurrencia (relacionada con los requisitos reglamentarios de control exigidos por la L. F. Profesional) de un mecanismo del control respecto del propio cumplimiento de las obligaciones fiscales, pues no se revela que el mismo tuviera su origen en un debido control, previo conocimiento de todos los datos valorables a tales efectos.

Por último el hecho de que las cantidades presuntamente defraudadas se han puesto de manifiesto como consecuencia de la auditoría llevada a cabo por parte del C. A. Osasuna ("en base a la obligación contenida en las disposición adicional única de la Ley Foral 26/2014 2 de diciembre (LA LEY 19095/2014) por la que se aprobaba la reestructuración de la deuda del C. A. Osasuna con la Comunidad Foral de Navarra y que como se indica en la querrela se refiere a las diferencias de cantidades consignadas en los libros del club y reflejadas en las declaraciones de IVA y la falta de declaración del IVA de taquillas, abonos, palcos y boxes"), ello no determina la eliminación de la responsabilidad criminal pues no es un mecanismo de control establecido ex ante sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias, sino ex post, lo que en su caso podría considerarse afectante a las circunstancias de atenuación de la responsabilidad a que se refiere el *artículo 31 bis (LA LEY 3996/1995) 4 del C. Penal (LA LEY 3996/1995)*, vigente en el momento de cometer los hechos.

**QUINTO.-** Se declaran de oficio las costas causadas.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

## **PARTE DISPOSITIVA**

Se **estima** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el *Auto de fecha 17 de enero de 2.017, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona/Iruña en las Diligencias Previas nº 397/2.016*, que se revoca y se deja sin efecto.

Se declaran de oficio las costas causadas.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia con testimonio de esta resolución.

Así por este nuestro Auto, que es **firme**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.