

Rocío Gil

Directora del área de Compliance
de Olleros Abogados

‘Compliance 360º’: más allá de la responsabilidad penal

En el año 2010, el legislador introdujo, por primera vez en nuestro país, la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas por actuaciones cometidas por sus directivos y personas sometidas a la autoridad de éstos en el ejercicio de la actividad empresarial y en su provecho. Tras la sorpresa inicial, en cuanto era difícil asimilar este tipo de responsabilidad penal por hecho ajeno en el ámbito empresarial, palabras como *compliance*, *cumplimiento normativo* o *modelos de prevención de delitos* empiezan a ir calando en la sociedad.

En el año 2015, más asentados dichos conceptos, se producen importantes hitos que suponen un referente en el desarrollo de la materia en nuestro país, en cuanto aclaran dudas relevantes en relación a la idoneidad y eficacia de los modelos de *Compliance* y el ámbito subjetivo que deben abarcar. Destacan la Ley Orgánica 1/2015 de Reforma del Código Penal, en vigor desde el 1 de julio de 2015, la Norma UNE-ISO 19600, de Sistemas de Gestión de *Compliance* y la Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Los modelos adecuados de prevención de delitos se presentan ya, de forma clara, como la única herramienta válida para que el empresario pueda acreditar el ejercicio de las tareas de supervisión y control encomendadas, quedando exento de responsabilidad penal o, al menos, atenuando la misma.

Sin embargo, el impacto de estos programas de gestión de riesgos no se reduce al ámbito penal. Aunque la percepción más generalizada es que estos programas de *compliance* son estancos, que se limitan a la materia penal y consisten en la existencia de un compromiso de la compañía con el cumplimiento, que se alcanza publicitando su nuevo código de conducta, nada más lejos de la realidad: la nueva *cultura del cumplimiento* se ha expandido a prácticamente todos los ámbitos de la actividad empresarial, impregnando la realidad económica y social de nuestras empresas. Veamos algunos de los supuestos más significativos.

1. Inclusión de cláusulas contractuales relacionadas con los programas de cumplimiento: cada vez más empresas exigen a sus proveedores y subcontratistas que tengan implementados sistemas de cumplimiento en el desarrollo de su actividad antes de contratar, que se adhieran a los propios de la empresa solicitante del servicio o, al menos, los respeten en el desarrollo de la relación de negocio.

Los modelos adecuados de prevención de delitos se presentan como la herramienta válida para que el empresario pueda acreditar el ejercicio de la supervisión y control, quedando exento de responsabilidad penal o, al menos, atenuándola

Este tipo de cláusulas deberían ser analizadas antes de la contratación, sobre todo si tenemos en cuenta que la exigencia puede llegar a ser muy exhaustiva y significar la asunción de compromisos en materias muy variadas y poco definidas, relacionadas, por ejemplo, con la corrupción, política de regalos, medio ambiente o seguridad y salud.

Dicha cuestión no es baladí. Téngase en cuenta que la aceptación de las mismas las convierte en cláusulas contractuales, pudiendo ser su incumplimiento motivo de resolución del contrato, sin derecho a indemnización.

2. Cláusulas sobre la obligatoriedad de disponer de modelos eficaces de prevención de riesgos para constituir una UTE o *joint ventures*: las empresas, en el panorama actual, deben ser conscientes de que esta forma colaborativa de emprender negocios puede suponer un riesgo en materia de *compliance*, que requiere un análisis detallado de su socio. Así, antes de adentrarse en la firma de este tipo de contratos deberán hacerse preguntas que hasta ahora no se habrían planteado: ¿Está inmerso mi posible socio en algún procedimiento penal del artículo 31bis del Código Penal? ¿Supervisa que el desarrollo de los negocios por sus empleados y directivos se hace conforme a la legalidad? ¿Y a la ética?

En este sentido, es cada vez más frecuente la mutua exigencia de acreditar la implantación de protocolos de prevención de delitos y catálogo de conductas prohibidas, como requisito previo a la asociación. Ha de extremarse el cuidado al asumir el compromiso de respetar un programa de prevención de delitos o manual ajeno a la compañía.

3. Operaciones de M&A o fusiones y adquisiciones: cada vez son más las empresas, sobre todo desde la posición de comprador, que exigen la inclusión en este tipo de operaciones de cláusulas de exoneración en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de las que deberían responder, en caso de afloramiento, ya que este tipo de responsabilidad se transmite a la compañía adquirente y puede conllevar desde importantes multas a la suspensión de actividades o intervención, entre otras.

Desde ahora habrá que prestar mayor atención en los contratos de adquisición o venta de empresas y plantearse cuáles son las implicaciones asociadas a las cláusulas existentes en relación al *compliance*, como variable a tener en cuenta para el éxito de cada operación.

4. Contratación pública: las nuevas Directivas UE 2014/23 y 2014/24 en materia de contratación pública (cuya transposición está prevista para el próximo mes de abril de 2016) exigen que los licitadores demuestren la implementación de programas eficaces de *compliance*, con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia. Además, prevén que estos programas servirán para evitar, bajo determinados requisitos, la aplicación de las prohibiciones de contratar previstas, que en otro caso operarían de manera automática.

Estos son sólo algunos de los ejemplos más significativos que demuestran cómo el *compliance* ha impregnado intensamente la realidad económica y de los negocios, obligando a las empresas a estar alerta y ser conscientes de dicha realidad y sus consecuencias. El *compliance* ha venido para quedarse.

Rocío Gil

Directora del área de Compliance de Olleros Abogados

En caso de asociación, es cada vez más frecuente la mutua exigencia de acreditar la implantación de protocolos de prevención. Y ha de extremarse el cuidado al asumir el respeto de un programa o manual ajeno a la compañía