

CMS Albiñana & Suárez de Lezo analiza los requisitos de los corporate compliance programs

Madrid, 27 de mayo

CMS Albiñana & Suárez de Lezo ha organizado un encuentro con Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, Fiscal General del Estado, y Juan Ignacio Fernández Aguado, socio de CMS, en el que se han analizado las claves para instaurar un modelo eficaz de *compliance*, a la luz de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, así como de las últimas sentencias del Tribunal Supremo dictadas en la materia. El seminario ha sido presentado por César Albiñana, socio director de la firma, y ha



aclarado los requisitos que deben cumplir los modelos de organización y gestión para ser eficaces en la prevención de delitos, además de otras actuaciones que eventualmente pudieran constituir un ilícito en el ámbito mercantil, tributario y concursal, además de potencialmente ser eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica.

La Fiscal General del Estado ha explicado que los delitos económicos tipificados en el Código Penal son uno de los mayores ataques a nuestro sistema, que afecta a los contribuyentes y deslegitima las estructuras políticas. Así, Consuelo Madrigal ha señalado que, para los fiscales, el *compliance* “*Se enmarca en la lucha contra la corrupción*” y que “*Las personas jurídicas, a través de su autorregulación, pueden contribuir a una mejora de la cultura corporativa*”, resaltando que las prácticas fraudulentas pueden obtener un beneficio a corto plazo pero también arruinar una marca o comprometer la credibilidad o imagen de un país.

Respecto a los supuestos en que una empresa puede ser penalmente responsable, Consuelo Madrigal ha recordado que sólo hay responsabilidad penal de la persona jurídica cuando hay delito de la persona física y que este puede ser cometido por administradores, directivos o cualquiera que tenga facultades delegadas, pero también por empleados sin poder de representación, que actúen en nombre de la empresa y sean indebidamente controlados por quienes sí tienen facultades en la persona jurídica, cuando la falta de vigilancia sea grave, lo que obliga a valorar la gravedad. Incluso, en estos supuestos, la falta de supervisión podría constituir un delito de comisión por omisión, por parte de los representantes de la empresa.

Consuelo Madrigal ha explicado que la Circular se dirigía a los fiscales, pero que eran conscientes del interés que tendría para otros profesionales, puesto que aportaba la interpretación de la Fiscalía sobre la responsabilidad penal de la empresa, sintetizando las posturas que hasta el momento había mantenido el Tribunal Supremo. Sobre la consideración de la responsabilidad como vicarial o como independiente, ha afirmado que no es bueno perderse en etiquetas y que lo que está claro es que la responsabilidad se transfiere a la persona jurídica por el hecho cometido por la persona física, con el consiguiente coste económico y reputacional. También ha señalado que se echa de menos un debate doctrinal y dogmático sobre la autoría y participación delictivas, que concilie los conceptos de la dogmática continental y anglosajona.

La postura de la Fiscalía entiende que los requisitos para que se despliegue la responsabilidad penal de la persona jurídica son la existencia del delito y la ineficacia de los programas de organización y gestión, para la prevención del mismo. Mientras que la STS 154/2015 incorpora la existencia de estos programas al tipo penal, la Fiscalía, al igual que los siete magistrados que firman el voto particular, entiende que no es un elemento del tipo objetivo, pero sí es una posibilidad muy poderosa de exención. Esto es relevante a efectos procesales, porque determina quién debe probar la existencia de los mismos. Sin embargo, para Consuelo Madrigal *"Hay que dejar de un lado quién tiene que probar, pues el fiscal no está exento de valorar la idoneidad del programa para exonerar, lo importante es que los programas se han introducido"*.

En cuanto a la valoración de la idoneidad de los programas de gestión, la Fiscal General del Estado opina que no es fácil valorar la misma, ni dentro ni fuera del proceso penal, aunque recuerda que hay algunas pautas generales, como las aportadas por la CNMV para sociedades de inversión colectiva o sociedades de cotización colectiva o la normativa contra el blanqueo de capitales. Por otro lado, la propia Circular establece unas pautas y considera que no vale cualquier programa tipo ni tampoco un documento elaborado con fin de ser esgrimido ante una eventual acusación penal, puesto que *"La voluntad del legislador es elevar el tono ético de la cultura corporativa y la actividad empresarial"*, en palabras de Madrigal, por lo que estos programas deben *"Impregnar el estilo y los modos de actuar, con la implicación de los mayores responsables, para que sea operativo en todas las actuaciones de la empresa y"*

que todos los mecanismos de toma de decisiones se hagan conforme a las pautas del programa". Además, los programas tienen que ser escritos, claros y comprensibles, para ser idóneos; deben basarse en tecnología sólida; incorporar un régimen disciplinario, identificando claramente sanciones e infracciones y estar sometidos a valoración constante y periódica, en periodos o procesos previamente conocidos.

Como conclusión, Consuelo Madrigal ha afirmado que *"Es prematuro hablar de la eficacia del sistema para reducir el número de delitos, pero el interés que se ha despertado ilustra que se ha tomado mayor conciencia de la posibilidad de que las corporaciones ayuden a los poderes públicos a luchar contra la corrupción, a través de su autogobierno"*. Además, la Fiscal General del Estado ha abogado por un pacto de Estado por la Justicia, para elaborar un modelo de proceso penal que dé respuesta a los delitos mayores y menores, en el que fueran posibles *pactos de conformidad o declaración de responsabilidad diferida*, como en el modelo anglosajón, que permiten eliminar el daño reputacional de la empresa y disminuir los costes de la Administración de Justicia, figura que en nuestro sistema actual no es posible porque es muy arcaico.

Juan Ignacio Fernández Aguado, socio del departamento de Derecho Procesal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, ha explicado los requisitos que deben cumplir, en la práctica, los modelos de *compliance*. En este sentido, ha resaltado que su finalidad no puede ser una mera pre constitución de prueba, sino que los modelos deben introducir la ética como elemento del modelo empresarial. Aunque el concepto de ética no aparece en el Código Penal, la Circular de la Fiscalía la menciona catorce veces. Además, en el ámbito del cumplimiento normativo, los programas no deben circunscribirse meramente a la normativa penal, sino que han de contemplar la regulación societaria, administrativa, tributaria y concursal, principalmente.

Fernández Aguado ha recordado que el régimen de responsabilidad de los administradores se ha ampliado considerablemente, tanto en el ámbito subjetivo como objetivo, con una moderación del deber de diligencia y reforzamiento del deber de lealtad. Ha señalado, como ámbitos especialmente críticos en los que los programas de *compliance* deben prestar atención, las obligaciones en el ámbito tributario y las derivadas de una eventual situación concursal. Se trata de cuestiones que los planes de *compliance* no siempre contemplan, pues las responsabilidades que se derivan de estos ámbitos son menos conocidas, aunque de gran gravedad, y es habitual que los programas de *compliance* se restrinjan a la normativa penal y a las obligaciones previstas en la Ley de Sociedades de Capital.

Fernández Aguado ha resumido los requisitos que deben cumplir estos programas y destaca que deben identificar aquellas actividades en cuyo ámbito puedan llevarse a cabo actuaciones que necesitan ser prevenidas; deben incluir procedimientos formación de la voluntad, adopción de decisiones y su ejecución, así como modelos de gestión de recursos financieros; han de establecer un organismo de vigilancia y

observancia; tienen que incluir un sistema de sanción por incumplimiento de los procedimientos del modelo; deben prever un sistema de verificación y actualización del modelo, con carácter periódico, y tienen que ser objeto de formación interna y continuada en la empresa, promoviendo la creación de una verdadera cultura de ética empresarial.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una firma de referencia en el asesoramiento en materia de *compliance*. Ha asesorado en materia de gobierno corporativo, en la redacción de protocolos de *compliance* o su actualización, así como en la realización de *due diligences*, a sociedades cotizadas, entidades financieras, multinacionales líderes en sus respectivos sectores de actividad, empresas españolas de diversos sectores y a sociedades públicas o con participación del sector público.

Chambers Europe destaca la práctica del equipo de CMS Albiñana & Suárez de Lezo en materia de *compliance* en España:

"A very methodical and proactive team; the lawyers are always on top of things and really take the initiative".

"A very agile and accessible team able to give an immediate response to queries".

Sobre CMS Albiñana & Suárez de Lezo

Fundada en 1999, CMS se encuentra en el top 10 de firmas de Derecho internacionales, al tratarse de la más grande de Europa por número de abogados (*Am Law 2013 Global 100*), con una facturación de cerca de 1.000 millones de euros. Con 60 oficinas en 34 países y más de 3.000 abogados repartidos en todo el mundo, CMS trabaja con un gran número de compañías incluidas en la lista *Fortune 500* y *FT European 500* y para la mayoría de las DAX 30.

La oficina española de CMS, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, con más de 100 abogados en Madrid, Barcelona y Sevilla, es una de las firmas con más prestigio del mercado español, cuyas raíces, posicionamiento y conocimientos altamente reconocidos, le permiten comprender a sus clientes, anticipándose a sus necesidades y ofreciéndoles soluciones innovadoras en todas las áreas del Derecho.

Los cerca de 3.000 abogados de CMS que operan en 60 oficinas repartidas por todo el mundo, contribuyen al éxito de las empresas en un momento de grandes cambios. Con rigor técnico, gran experiencia, enfoque estratégico e interés en mantener una relación a largo plazo con los clientes, su prioridad es la de acompañarles en sus proyectos y ayudarles a llevar a cabo sus objetivos de negocio con éxito.

La organización CMS, con una facturación de cerca de 1.000 millones de euros, se encuentra entre los 10 despachos más importantes de Europa.

Contacto:

Diana Cárdenas
+34 914 519 018