

# La importancia de los planes de compliance para prevenir delitos dentro de las empresas

Uno de los aspectos más novedosos de la reforma del Código Penal español llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, fue la regulación en los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 31 bis de los programas de cumplimiento normativo o *compliance guides*, denominados en el texto legal «modelos de organización y gestión», cuya observancia permite exonerar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El citado artículo 31 bis, añadido a su vez por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, introdujo –sin desconocer los antecedentes que ya sobre el derecho penal de la persona jurídica supuso el apartado 2 del artículo 31 CP al hacer responsable del pago de la multa impuesta al autor del delito de manera directa y solidaria a la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó– la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante un mecanismo de atribución de la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación, de modo que las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables de los hechos cometidos por determinadas personas físicas siempre que concurren las específicas condiciones a las que se refiere el mencionado precepto.

Entre esas condiciones se encuentra la de haber cometido tales personas físicas los delitos en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, aunque éste no se produzca en la práctica. Lo verdaderamente relevante es que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Por tanto, como advierte la Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, quedan excluidas aquellas conductas que, al amparo de la estructura societaria, sean realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros y resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficio alguno, directo o indirecto. Conductas en las que, más bien, la empresa será víctima del delito.

Los programas de cumplimiento están diseñados mayoritariamente a evitar la derivación de responsabilidad penal a la empresa.

En este contexto, los programas de cumplimiento están diseñados mayoritariamente a evitar la derivación de responsabilidad penal a la empresa en los

casos de delitos cometidos por la persona jurídica a través de sus directivos o empleados en los que los perjudicados son terceros. Sin embargo, como ha puesto de relieve la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 28 de junio de 2018, núm. 316/2018, los programas de cumplimiento también pueden servir para evitar la comisión de delitos dentro de las empresas. Delitos que, huelga decirlo, igualmente pueden comportar daños económicos y reputacionales a las mismas.

En concreto, la citada sentencia, tras recordar que ha sido pieza esencial en la reestructuración del buen gobierno corporativo de las sociedades mercantiles la implantación e implementación de protocolos de buena gestión de los administradores (refiriéndose al conocido «Código Olivenza» de 1997) y la introducción de programas de *compliance*, destaca la importancia de estos últimos para prevenir la comisión de delitos que se producen en el seno de la empresa como son los de apropiación indebida y de administración desleal:

«De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de apropiación de fondos y de abuso de gestión, no se hubieran dado, y no habría que esperar a que en este caso hubiera tenido que intervenir la agencia tributaria para, detectando el fraude fiscal que existía con el carbón importado, acabar por descubrirse las apropiaciones realizadas por el recurrente, como resulta de la prueba practicada frente a la oposición valorativa del recurrente; de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales ad extra, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreadores que son sujetos pasivos por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc., sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, es decir, ad intra.» (F.J.8º)

Obsérvese que, ciertamente, este tipo de defraudaciones no forman parte del catálogo de delitos



del Código Penal atribuibles a las personas jurídicas; circunstancia para la cual es necesario su expresa previsión en los correspondientes tipos de la parte especial del Código. Por eso dice la sentencia que en estos delitos, aunque no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocido como tales en sus preceptos esta derivación y ser *ad intra*, los programas de cumplimiento permitirían «obstaculizar la comisión de delitos como los aquí cometidos por los administradores que no dan rendición pautada de cuentas a sus socios o administradores solidarios y que cometen irregularidades, que en algunos casos, como los aquí ocurridos, son constitutivos de ilícitos penales».

En el caso analizado por el Tribunal Supremo, el acusado cometió numerosas irregularidades en la gestión de la empresa con el consiguiente perjuicio económico para ésta y beneficio propio mediante disposiciones en efectivo de caja, transferencias bancarias a su cuenta personal sin justificación alguna, domiciliación en las cuentas de la sociedad de facturas de gastos personales, etc. Ello fue posible porque, a pesar de ser administrador solidario de la empresa, llevaba a efecto en la práctica toda la gestión ordinaria y diaria de la misma al encontrarse el otro administrador permanentemente fuera de España.

En el caso analizado por el **Tribunal Supremo**, el acusado cometió numerosas irregularidades en la gestión de la empresa.

La sentencia, *obiter dictum*, no duda en calificar como «una buena praxis corporativa» implementar en la empresa programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, o abusos de funciones que «un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato». Argumento, por cierto, reiterado ya por el mismo Tribunal Supremo en su ulterior sentencia de fecha 18 de julio de 2018, núm. 365/2018.

Advierte también la sentencia que venimos comentando, de la que fue ponente el magistrado don Vicente Magro Servet, que estas actuaciones ilícitas penales pueden dar lugar a la existencia de responsabilidad civil, que en el caso de que se tratara de hechos *ad extra* o cometidos frente a terceros, y no frente al patrimonio de la sociedad, haría nacer una responsabilidad civil con cargo a la empresa por la vía del artículo 120.4º del Código Penal.

Responsabilidad civil –añade– que podría estar cubierta por las pólizas de seguro que las empresas suelen contratar para estas eventualidades, las cuales, al mismo tiempo, podrían exigir la constitución de programas de cumplimiento normativo para aminorar o reducir el riesgo de la aparición de ese deber de indemnizar como consecuencia del aseguramiento de la responsabilidad civil.

Beneficios de los programas de *compliance*, en definitiva, que viene a destacar la sentencia al mismo tiempo que señala que, cuando menos, su existencia hace saber al administrador societario que tiene en mente realizar este tipo de conductas que existen medidas de vigilancia y control.

No tiene en cuenta el tribunal que en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones –entendiendo por tales aquellas que, según la legislación aplicable, están autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada– las funciones de supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado pueden ser asumidas directamente por el órgano de administración (art. 31 bis.3 CP), circunstancia en la que será habitual la confusión entre la responsabilidad de la persona física a la que incumbe el deber de vigilancia y el órgano de cumplimiento que ella misma encarna, pero, en cualquier caso, lo verdaderamente relevante es que el Tribunal Supremo ha puesto de relieve la función de control interno de los planes de *compliance* para obstaculizar o evitar delitos como la apropiación indebida (art. 253 CP) o la administración desleal (art. 252 CP) que se cometen en el seno de la empresa siendo la sociedad mercantil sujeto pasivo de los mismos.

Y es que, en definitiva, un programa de cumplimiento no ha de limitarse a las normas de cuyo incumplimiento puede derivarse responsabilidad penal de la persona jurídica, ni solo a las normas penales, sino que ha de establecer las normas de buen gobierno de la sociedad, un auténtico código de conducta tendente a evitar, en la medida de lo posible, daños económicos, reputacionales o de otra índole, sea cual sea su origen.

**JUAN JOSÉ DUART ALBIOL**  
Abogado. Doctor en Derecho  
ADADE Tarragona

