

INFORME 5/2017

**INFORME QUE EMITE LA COMISIÓN JURÍDICA SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL ABOGADO
COMO RESPONSABLE DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO (“COMPLIANCE OFFICER”)**

1) OBJETO DEL INFORME

Por el Consejo General de la Abogacía Española se ha solicitado a su Comisión Jurídica la elaboración de un informe sobre la actividad de los abogados como responsables de cumplimiento normativo de las personas jurídicas.

Dentro de un entorno cambiante motivado por las recientes modificaciones del Código Penal en lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, surgen los modelos de prevención de riesgos penales como atenuantes en la puesta en marcha de una nueva cultura organizativa de las personas jurídicas obligadas (sean sociedades, asociaciones, fundaciones o cualesquiera otra que se acoja al amplio y no necesariamente bien delimitado espectro que resulta vinculado por la nueva doctrina) sobre la que no solo no existe una completa previsión legal sino que las interpretaciones que se están recibiendo sobre el particular, singularmente la de la Fiscalía General del Estado, no han sido unívocamente aceptadas como definitivas, existiendo muchos puntos dignos de evaluación y análisis más sosegados.

Bajo estos contornos imprecisos surge la posición del abogado como responsable del cumplimiento normativo (“*compliance officer*” en reconocida terminología anglosajona), debiendo analizarse si de la atribución de tal posición de responsabilidad surgen condicionantes dignos de especial consideración, toda vez que un abogado que actúa como tal no deja de serlo en ningún momento sea cual sea su misión en un esquema organizativo empresarial.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

2) LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS MODELOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES

La respuesta a la consulta planteada obliga a una previa puesta en situación del nuevo marco normativo en el que se inserta la cuestión.

En primer lugar procede recordar que la novedosa responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La Exposición de Motivos de la norma nos arroja un primer elemento de comprensión de lo que será el ámbito de nuestro problema cuando indica que *“Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...)”*.

Se nos da cuenta de la doble vía para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas: no solo la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, sino la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Y surgen (lo que se conectará luego con nuestro ámbito de estudio) los primeros supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que

destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

El nuevo artículo 31 bis CP contiene inicialmente, en su apartado 4, una genérica y todavía imprecisa mención de lo que vendrá luego a ser el objeto de nuestro análisis, haciendo una referencia como medida atenuante de la responsabilidad penal a

“d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”

Cinco años más tarde será la nueva reforma derivada de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal donde, como han señalado algunos¹, se trata de mejorar la respuesta dada por la Ley Orgánica 5/2010 a una delincuencia económica que cada vez se desarrolla más aprovechando la estructura de las empresas –especialmente de las grandes- para la comisión de delitos y la impunidad de sus responsables resultando que, según un estudio realizado por el Instituto Max Planck, el 80 % de los delitos económicos han utilizado una empresa para su comisión. Razón por la cual, se indica, relevantes penalistas² destacan como sinónimos al Derecho Penal Económico y el Derecho Penal de la empresa.

Insertando, pues, una novedosa política pública de naturaleza punitiva (nada menos que explicitada mediante una alteración dogmática conceptual de la tradicional responsabilidad de las personas físicas) surge en el Código Penal –no se olvide que estructurado y pensado sobre la responsabilidad de las personas físicas- un *“sistema vicarial o de transferencia de*

¹ RUIZ SANZ, J.M. *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal por L.O. 1/2015, de 30 de marzo”*. II Jornadas de Investigadores del Departamento de Derecho Penal: sobre la reforma penal de 2015. Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Madrid, 2016. Pp. 155 ss.

² RODRIGUEZ MOURULLO, G. *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática”*. Revista Otrosí, nº 6, abril-junio 2011. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Pp. 8.

*responsabilidad*³ donde se atribuye a la empresa todo acto cometido por un agente suyo en el ejercicio de su actividad con la intención de favorecerla.

Pues bien, es en este cualificado entorno normativo –de inequívocas y novedosas repercusiones penales proyectadas sobre las personas jurídicas, sean grandes o pequeñas⁴-, donde surgen los programas o modelos de cumplimiento normativo y prevención de delitos.

Estos “*modelos de organización y gestión*” (dicción literal que emplea el 31 bis 2.1^a del Código Penal⁵) pueden ser denominados también –siendo sustancialmente lo mismo en lo que respecta a los riesgos penales- “*programas corporativos de gestión de riesgos penales que afectan a la organización*”⁶, “*programas de cumplimiento*” o “*compliance programmes*”⁷, “*sistemas de gestión de cumplimiento*”⁸, “*modelos de prevención de delitos*”⁹ o programas de prevención de riesgos penales, entre otras menciones similares.

³ NIETO MARTIN, citado por DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. en “*Responsabilidad de Personas Jurídicas*” en Memento Experto Reforma Penal 2010. VVAA Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010. Pp. 11 y 12.

⁴ Obsérvese la diligente y sutil –por preocupante- respuesta del Código Penal a una de las muchas críticas que se formularon a la novedad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, relativa a la dificultad de aplicar tan gruesas recomendaciones a las pymes y entidades de reducida dimensión (asociaciones, fundaciones, etc...) que constituyen obviamente la inmensa mayoría de las existentes: el 31 bis 3 no solo les “*simplifica*” las obligaciones - pudiendo ser asumidas las funciones de supervisión por el órgano de administración- sino que precisa qué deben entenderse como “*personas jurídicas de pequeñas dimensiones*” –las autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada-. En definitiva, que expresa y sibilantemente incluye sin lugar a dudas a todas las personas jurídicas (con la limitada exclusión del 31 quinquies relativa a las personas jurídico públicas, que dicho sea de paso tampoco ofrece un especial un acierto descriptivo en definir con exactitud y exhaustividad a quiénes se aplica en determinados supuestos de corporaciones de derecho público).

⁵ Señala GÓMEZ-JARA que ello sería siguiendo la tradición italiana, que habla de “*modelos de organización y gestión de delitos*”, mientras que con anterioridad a la reforma de 2015 se hablaba de “*medidas para prevenir y descubrir delitos*”. GÓMEZ – JARA DÍEZ, C. en “*Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Ed. Thomson Reuters Civitas. Madrid, 2016. 2^a edición. Pp. 187.

⁶ ELGUERO, J.M., Servicio de Estudios de Marsh España “*Diccionario de Compliance. Cumplimiento normativo de riesgos penales*”. Ed. Marsh Risk Consulting. Madrid, 2016. Pp. 72.

⁷ CASTRO VARELA, M. “*El Corporate Compliance: asentamiento y evolución ante la reforma del Código Penal*”. II Jornadas de Investigadores del Departamento de Derecho Penal: sobre la reforma penal de 2015. Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Madrid, 2016. Pp. 197.

⁸ ABIA GONZÁLEZ, R. y DORADO HERRANZ, G. “*Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento – compliance management system*”. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra 2017. Pp. 35 ss.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. “*Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*”. Ed. Edisofer S.L. Madrid, 2016. Pp. 319 ss.

No parece haber homogeneidad en cuanto a su denominación aunque si en su sentido y significado siempre que contemplen obligadamente una serie de extremos comúnmente aceptados como indispensables (no se olvide que toda esta materia, por innovadora, está sometida a una imprescindible y aún muy incipiente criba y ajuste por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰). Los programas de prevención de riesgos penales deben venir a cumplir sustancialmente las siguientes exigencias:

- 1) Se trata de un modelo normativo escrito.
- 2) Debe fundarse sobre una previa valoración de las áreas de riesgo de incumplimiento.
- 3) Debe definir las funciones de los órganos responsables de la aplicación del programa de prevención.
- 4) Debe contener un sistema de formación dirigido a los empleados y directivos.
- 5) Conlleva un sistema de seguimiento de la aplicación del programa de prevención.
- 6) Presenta un código de conductas prohibidas y sanciones disciplinarias correspondientes.
- 7) Contiene un mecanismo de denuncia interna.
- 8) Se completa con un protocolo de actuación en caso de detección de irregularidades.

Esta enumeración básica de carácter general¹¹ será objeto de múltiples matizaciones pero debe estar presidida –y este matiz es esencial- por una consideración singularizada y específica de cada organización.

No existen modelos generales susceptibles de aplicación en masa a las entidades, por muy similares que sean. Los programas de prevención de riesgos penales (y esto tiene mucho

¹⁰ De la inicial e imprecisa situación actual de una institución de esta entidad ofrece descriptiva razón el propio título de una reciente obra. Se trata de “*El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*”, GÓMEZ-JARA DIEZ, C. Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

¹¹ GOENA VIVES, B. “*Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017. Pp. Los elementos que aquí se enuncian por la autora se corresponden, según expone, con el modelo de compliance program diseñado en Estados Unidos por la Office of the Inspector General (OIG) del Departamento de Health and Human Services (HHS).

que ver con el objeto final de nuestro estudio relativo a la misión de los abogados en este entorno, lo que no se nos olvida en modo alguno) son trajes a medida jurídicos que deben medirse, confeccionarse y vestirse teniendo a la vista, con lupa, la persona jurídica a la que deben servir. Y ese carácter tan sumamente “*ad hoc*” queda realzado porque se trata de elaborar un traje a medida que no es sino una norma propia de la que se dota la persona jurídica. Y se tiene que dotar porque quien no se revista de ella estará desnudo frente al mundo.

Como se aprecia con facilidad, toda esta delicada tarea exige moverse con naturalidad en un entorno normativo complejo de carácter exógeno y endógeno. Exógeno porque la novedosa obligación de responder a estos requerimientos proviene nada menos que del Derecho Penal, por lo que las consecuencias de su incumplimiento conllevan incurrir en ilícitos criminales penados por la ley. Nada comparable a otras aparentes similitudes que, con cierta ingenuidad, han pretendido trazarse con otras exigencias laborales o administrativas¹².

Endógeno, en fin, porque se trata de aplicar un sistema autonormativo que, a modo de estatuto autoimpuesto bajo férreas directrices empresariales, debe estar presidido por una valoración continua de conductas a la luz del Derecho Penal.

Pues bien, llegados a este punto no parece extraño avanzar –prematura pero indudablemente- que la misión del abogado resulta crucial para asesorar y orientar a la empresa en cuanto a tales exigencias exógenas y endógenas. Hasta el punto de que llegamos a preguntarnos si es posible que un sistema o programa de prevención de riesgos penales puede ser hecho sin la participación de un abogado (que no es lo mismo, aprovechemos para recordarlo evitando errores, que la participación de un simple licenciado o graduado en derecho).

¹² No parece necesario detenerse demasiado sobre la muy lejana comparación que puede hacerse con el incumplimiento de planes de prevención de riesgos laborales o con la falta de atención a exigencias administrativas o fiscales, de las que solo en extremos intensos pueden arrastrarse consecuencias penales. Frente a los ilícitos administrativos, la contravención de las exigencias de probidad de las personas jurídicas conduce derechamente al catálogo delictivo del Código Penal.

El abogado, en fin, supone la garantía de procedibilidad en la elaboración del programa de prevención puesto que sólo él comprende con propiedad y suficiencia las razones últimas de la existencia del plan (lo cual requiere la capacidad de análisis y discernimiento, más allá de la capacidad organizativa para seguir un procedimiento), las consecuencias de índole penal que de él han de derivar y los remedios preventivos o procesales que cabrá poner ante la activación de los mecanismos de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Qué duda cabe de que, si esto ocurre en la fase preventiva, la misión del abogado en la fase de aplicación del plan ha de tornarse necesariamente decisiva. Y a ello nos lleva el siguiente apartado de nuestro análisis.

3) LAS FUNCIONES DEL COMPLIANCE OFFICER

La figura del responsable de cumplimiento normativo o “*director de cumplimiento*”¹³ (compliance officer) es la de aquél responsable encargado de impulsar y ejecutar –por mandato del órgano de administración o dirección de la persona jurídica, sea la que sea- las políticas derivadas del previo programa de prevención de riesgos penales, cuya función principal es la de evitar la imputación penal de la persona jurídica. De que es una figura de construcción imprecisa dice el hecho de que, aunque no se le menciona en el Código Penal, sí se le refiere –muy de pasada- cuando en el 31 bis 2 y en relación a las personas jurídicas de reducida dimensión se habla precisamente de que “*las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración*”.

Como bien señala ELGUERO “*no es el encargado de hacer que cada uno cumpla, sino de velar por la política general de cumplimiento de la organización*”. En efecto, el responsable de cumplimiento no viene a erigirse en una suerte de “*nuevo jefe*” que se sobrepone y predomina sobre los ya existentes. La finalidad estricta del responsable es la de velar por la correcta ejecución del programa de prevención de riesgos penales previamente establecido

¹³ ELGUERO, J.M. Op. Cit. Pp. 49.

(razón por la cual necesita una dotación financiera y la atención periódica a su cometido por parte de los responsables de la organización). Es una derivación de la dirección por objetivos que tanto gusta al mundo empresarial: para alcanzar el objetivo de no tener imputaciones penales, el responsable de su implementación es el compliance officer.

No puede haber responsable de cumplimiento normativo sin previa norma que cumplir. Detengámonos una vez más en este hito y atendamos a la misión del responsable. Norma y abogacía caminan de la mano, pareciendo lógico pensar que quién mejor que un abogado puede interpretar una norma (el programa de prevención es una norma en sí misma, autónoma pero norma) para garantizar su interpretación y aplicación.

Porque –y aquí está quizás una de las claves reales de la obligada predilección por la figura del abogado en el novedoso mundo de la prevención de riesgos penales de las personas jurídicas- la implementación y aplicación de los planes de prevención requiere la combinación de actividades de interpretación, evaluación y decisión acentuadamente jurídicas que se corresponden naturalmente con las que de ordinario realiza un abogado en su tarea de asesoramiento y orientación a las personas jurídicas.

Cierto es que los cada vez más extendidos departamentos de auditoría y seguimiento de proyectos de las personas jurídicas están habilitados para comprobar, evaluar y discernir si lo que se hace, lo que se va a hacer o lo que hace tiempo se hizo se ajusta en más o en menos a lo que prescriben las normas (externas o internas) aplicables a una entidad. Nadie lo duda.

Sin embargo, la notoria diferencia de los programas de prevención de riesgos penales respecto a los demás ordenamientos exigibles a la empresa es que la comprobación de si funcionan o no se va a medir por profesionales externos del mundo del derecho (jueces y fiscales) que van a utilizar reglas de carácter jurídico que solo existen en el mundo del derecho, concretamente en el Código Penal. Pruébese, por ejemplo, a intentar impedir la entrada y registro de un domicilio empresarial ordenada por un juez dentro de unas diligencias previas por corrupción de particulares pretextando que no procede porque la

actuación de la empresa ha sido respetuosa con las normas ISO 19600 e ISO 37001¹⁴. Incluso invocando la recién llegada ISO 19601 seguro que no frenamos el –en ciertos momentos- irresistible avance de la justicia.

En la forma indicada, dentro de lo que son las funciones de un compliance officer (que es donde estamos en la evolución de nuestro estudio) la presencia de un abogado en tales misiones garantiza una capacidad adicional de análisis que conjuga tanto el conocimiento de la norma autoimpuesta -cuya transgresión podrá tener consecuencias prefijadas en el plan de prevención de riesgos penales (por ejemplo, el despido del trabajador negligente en el cumplimiento de sus obligaciones laborales)-, con la imprescindible valoración y orientación jurídicas sobre la aplicación al caso de los parámetros del derecho penal.

Esto segundo (asesorar y evaluar en derecho una conducta) solo puede hacerlo adecuadamente un abogado. Y solo esto segundo podrá tener efectos reales sobre la imagen y funcionamiento de la empresa. La diferencia entre la aplicación de los sistemas jurídicos autocompositivos (el plan de prevención) o heterocompositivos¹⁵ (el Código Penal) es muy clara y efectiva: una empresa podrá aplicar o no su código de conducta interno, lo que solo dependerá del órgano de administración. Pero la aplicación del Código Penal no está en la mano del Consejo de Administración de una sociedad.

¹⁴ Sobre las relaciones entre el 31 bis y las ISOS 19600 y 37001 (ante la inminente aplicación de la ISO 19601) puede verse BAJO ALBARRACÍN, J.C. “Auditorías de sistemas de gestión de compliance”. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2017.

¹⁵ De “heteroresponsabilidad” habla la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de las personas jurídicas: STS 514/2015, de 2 de septiembre. La segunda –STS 154/2016, de 29 de febrero, dictada por el Pleno de la Sala Segunda- resulta de muy acusado sentido pedagógico, conteniendo –como prueba adicional de la complejidad y novedad del asunto- un voto particular suscrito nada menos que por siete magistrados. Algunos de los posteriores pronunciamientos –así las SSTSS 221/2016 de 21 de marzo y 516/2016, de 13 de junio- alumbran leves zonas de la inmensa cavidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, todavía auténticamente por descubrir en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Como el presidente de la Sala Segunda ha escrito en el prólogo a “*El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*” (Op. Cit., Pp. 23) “el artículo 31 bis del CP encierra un desafío intelectual para el jurista.”

En definitiva, el compliance officer abogado maneja las armas del mundo jurídico externo, las cuales (no nos olvidemos) son las auténticamente importantes, porque las armas del mundo jurídico interno (el plan de prevención) siempre las podrá diseñar o rediseñar - cuando no gusten las actuales- el equipo directivo. Por desgracia, las armas externas no son controlables por las personas jurídicas y ahí resulta esencial el consejo y la guía del abogado. En el manejo de las dos realidades (interna y externa) solo puede actuar un determinado tipo de profesionales: los abogados. Luego, al menos en pura sede teórica y conceptual, la opción para designar el mejor “*compliance officer*” siempre se decantará hacia aquel profesional que sea abogado.

4) SINGULARIDADES ANejas A LA PRESENCIA DEL ABOGADO COMO COMPLIANCE OFFICER

Es llegado a este punto cuando, fundada la preeminencia conceptual y jurídica en la mejor condición del abogado tanto para elaborar planes de prevención de riesgos penales como para desempeñarse como responsable de cumplimiento normativo, interesa analizar cuáles sean las singularidades para que desempeñen tales tareas. Y estas particularizaciones solo podemos hallarlas en el cualificado status que asiste a la actuación del abogado.

Es el momento de recordar una fina y delgada capa de poderes y privilegios que, consustanciales a la abogacía porque son su esencia, quedan adheridos a la presencia del abogado solo –o nada menos- por el hecho de serlo. Es ese estatus singularizado anejo al abogado el que determina, definitivamente, la conclusión anticipada sobre la que gravitarán nuestras posteriores reflexiones de que, siendo muchos los llamados, los abogados gozan de una preeminencia especial en ser los elegidos para desempeñar la tarea de responsables de cumplimiento normativo.

La intervención del abogado colegiado está contemplada en el artículo 542 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, donde se señala que “*corresponde en exclusiva la*

denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”.

Y en el ejercicio de su actuación ante los juzgados y tribunales *“los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa”.* Pero sobre todo y a los efectos que aquí nos concitan (apartado 3, producto de la modificación operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre) *“los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.”*

Aquí se contiene una de las esencias de la profesión de abogado y esa sustancia última acompaña al profesional dondequiera que se desempeñe. Y por supuesto también como responsable de cumplimiento normativo.

Es por ello que el Estatuto General de la Abogacía aprobado mediante Real Decreto 658/2001, de 22 de junio caracteriza a la profesión de abogado como *“una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público”* (Preámbulo del Estatuto y artículo 1).

No puede por ello olvidarse que *“los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”* según expresa el artículo 32.1 del Estatuto General de la Abogacía. No se pierda la atención sobre el inciso final de este precepto: *“cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”.*

Y será el Código Deontológico de la Abogacía (Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española en sesión de 27 de septiembre de 2002, modificado en el

Pleno de 10 de diciembre de 2002)¹⁶ donde se detalle el modo en que se patentiza este privilegio:

“La Constitución reconoce a toda persona el derecho a no declarar contra sí mismo, y también el derecho a la intimidad. Ambos persiguen preservar la libertad y la vida íntima personal y familiar del ciudadano, cada vez más vulnerable a los poderes estatales y a otros poderes no siempre bien definidos. El ciudadano precisa del Abogado para conocer el alcance, la trascendencia de sus actos, y para ello, debe confesarle sus circunstancias más íntimas. El Abogado se convierte así en custodio de la intimidad personal de su cliente y de su inalienable derecho a no declarar contra sí mismo. El secreto profesional y la confidencialidad son deberes y a la vez derechos del Abogado que no constituyen sino concreción de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce a sus propios clientes y a la defensa como mecanismo esencial del Estado de Derecho. Todo aquello que le sea revelado por su cliente, con todas sus circunstancias, más todo aquello que le sea comunicado por otro Abogado con carácter confidencial, deberá mantenerlo en secreto”.

Resulta así que el abogado está legalmente obligado a respetar los principios éticos y deontológicos de la profesión establecidos en el Estatuto General de la Abogacía Española y el Código Deontológico aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, así como aquéllos códigos que en su caso tuvieran aprobado el Consejo de Colegios de la Comunidad Autónoma, además de los del concreto Colegio al que esté incorporado. En aplicación a lo que a nosotros nos concierne, resultará que, por muy constreñido por protocolos de obligado cumplimiento (en forma de códigos éticos o instrucciones internas o corporativas) que esté un profesional de la abogacía al servicio de una determinada empresa o persona jurídica, además siempre gravitarán sobre él sus obligaciones deontológicas como abogado (estatales, autonómicas o territoriales de su Colegio). Forzoso es reconocer que no puede haber otro “*compliance officer*” más obligado que él.

¹⁶ Sobre la trascendencia normativa y aplicabilidad del Código Deontológico de la Abogacía puede verse la STS/Sala 3ª de 09-07-2001 donde se recoge que la jurisprudencia del TC y del TS reconocen eficacia normativa a las normas de los Códigos deontológicos. Puede verse al respecto el interesante trabajo de ARRIBAS LÓPEZ, E. “*Sobre los límites del secreto profesional del abogado*” XXIV Premio San Raimundo de Peñafort 2009 instituido por el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia.

Y obligada la independencia del abogado como exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, constituye (dice el artículo 2 del Código Deontológico) *“un derecho y un deber”*, gozando para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes, del derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios o ajenos.

Deberá el abogado preservar su independencia frente a *“presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o incluso sus propios compañeros o colaboradores”* (artículo 2.4 del Código Deontológico). No existe garantía jurídica similar para ningún otro posible responsable de cumplimiento normativo.

Su independencia le permite *“rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, cesando en el asesoramiento o defensa del asunto de que se trate cuando considere que no pueda actuar con total independencia”* (art. 2.5 Código Deontológico).

Correlato de su especial posición, la independencia del profesional le prohíbe ejercer otras profesiones o actividades que la limiten o que resulten incompatibles con el ejercicio de la abogacía. ¿Por qué no ha de desenvolverse, nos parece que como la más justificada de las opciones, como *“compliance officer”*?. El cúmulo de obligaciones, nada baladíes, determinará en su favor precisamente la más alta de las consideraciones éticas y jurídicas.

Y en cuanto al secreto profesional, al abogado se le exige en similar medida la confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado (*“ínsita en el derecho de aquél a su integridad y a no declarar en su contra”* dice el Código Deontológico en el art. 5.1) lo que impone al jurista el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación

profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce ahora el 542 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ordinariamente y en su trabajo cotidiano se manifiesta ese *“deber y derecho al secreto profesional del abogado”* comprendiendo *“las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido”* (5.2 Código Deontológico). Pero fijémonos ahora en el inciso final del referido precepto *“por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”*.

Tal afirmación cobra todo su sentido en el seno del presente estudio. El abogado, que lo es en su tarea cotidiana con sus clientes externos, no deja de ser serlo y sigue obligado cuando *“en cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”* desempeña como tal su función. Llevado a nuestro caso de análisis no cabe duda de que las garantías del secreto y confidencialidad se patentizan, una vez más, de forma muy destacada en quien, añadidas a las naturales obligaciones de confidencialidad y secreto de su responsabilidad como *“compliance officer”*, tenga además las suyas propias.

Es en este punto donde conviene una reflexión adicional de índole práctica. En la medida en que no distingan los programas de prevención de riesgos penales sobre cuáles sean las obligaciones del responsable de cumplimiento –lo que sería muy de agradecer que lo hicieran, dando muestra de la exhaustividad y probidad de su contenido- el abogado encargado de tales funciones debe ser diligente y atento como para ser consciente de que, mucho más allá de las obligaciones contractualmente adquiridas en su trabajo para una empresa (en régimen de exclusividad o dedicación parcial, tanto da), le vinculan sus deberes de abogado de forma que tendrá que evaluar *“ex ante”* si se encuentra en condiciones de asumir tal tarea o si prefiere (o puede) cederla a favor de una tercera persona o grupo de personas. No se olvide que los deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo.

Se suscitaría aquí la pregunta de si, vistas las particularidades referidas, un letrado de empresa puede asumir el cargo de *compliance officer* sin colisión con el secreto profesional o peligro de conflicto de intereses.

Nuestra respuesta es que no sería recomendable, precisamente por razón de la específica función que se realiza (ser abogado interno de la empresa con anterioridad), al ser el *compliance officer* un profesional (abogado) que ejerce una función de control y de verificación objetiva del cumplimiento del ordenamiento por esa misma empresa.

Y una vez más surgen, siempre cerca del abogado en los momentos difíciles, los Colegios de Abogados. Puesto que en los *“casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento no excusa al Abogado de la preservación del mismo.”*

Imprescindible aquí una nueva reflexión adicional de índole práctica. Más allá del futuro de incertidumbre que se abre sobre la evolución de los todavía imprecisos mecanismos de prevención de riesgos penales respecto a las personas jurídicas y de la posición que hayan de cumplir los abogados en esta futura historia jurídica, cumple una vez más señalar cómo las corporaciones de derecho público que asisten a la abogacía deben estar presentes, legitimando nuevamente su existencia, en los momentos de mayor tensión para el ejercicio de la profesión.

Cumple a los colegios de abogados (sin lugar a dudas en continua conexión interna entre sí, con los Colegios autonómicos y el Consejo General de la Abogacía Española) empezar a desgranar qué límites o trabas –además de las ventajas señaladas en el estudio– reviste la

presencia de abogados en tales órganos de responsabilidad de las empresas¹⁷. Y qué particularidades habrá que ir determinando para acomodar, paso a paso pero sin perder tiempo, para perfilar con mayor exactitud el mejor engarce entre los abogados que progresivamente desempeñan estas funciones con las obligadas recomendaciones que deben tener presentes (puesto que, al final de los problemas graves, estará el Decano del Colegio respectivo) en orden a su mejor y más efectivo cumplimiento.

No debe olvidarse que, con independencia de la existencia de un plan de cumplimiento en el seno de una organización, *“lo relevante no será su implantación o adecuación formal, sino su materialización y cumplimiento efectivo”*¹⁸.

El asesoramiento del abogado a las personas jurídicas constituye una tradición profesional¹⁹, para lo cual bastan como ejemplo las renovadas funciones del secretario del consejo de administración de las sociedades de capital (señaladas en el artículo 529 octies de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, tras la adición en el artículo único 46 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre): elaboración de actas, mantenimiento de registros, asesoramiento legal, asistencia al presidente y buen gobierno corporativo, entre otras²⁰. Se nos dice de él (CASTRO VARELA) que *“debe ser una*

¹⁷ La presencia del abogado puede ser a título particular (como responsable del cumplimiento normativo con carácter exclusivo) o como miembro de un órgano colectivo –denominado comité de cumplimiento normativo o similar-. Que su responsabilidad sea individual o colectiva no altera su status, sin perjuicio de que habrá que estar a cuál sea su papel exacto en el caso de que se adopte la forma colectiva de ejercicio del órgano de supervisión del compliance, por si pudiera afectar a su independencia y obligación de secreto profesional.

¹⁸ HERRERO GÍMENEZ, R. *“Corporate Compliance. Responsabilidad y empresa”*. Op. Cit II Jornadas de Investigadores Pp. 278. El autor alerta sobre los denominados *“programas de papel”*, donde las empresas adoptan políticas y procedimientos en el papel, pero que luego no son incorporados en sus operaciones reales. Enlaza ello una vez más con el carácter obligado –y por ello en relativa medida costoso en tiempo, esfuerzo y dinero- de *“traje a medida”* que debe tener un programa de cumplimiento normativo puesto que lo relevante no es solo ajustarse formalmente a lo que dice el programa de prevención de riesgos penales de una entidad sino que dicho plan sea *“hipotética u objetivamente apto para evitar el peligro”* en palabras de la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica nº 5/2010.

¹⁹ Puede verse en tal sentido el informe nº 4/2011 sobre *“La regulación de los letrados asesores del órgano de administración de sociedades mercantiles y sobre la posibilidad de designar a letrados-personas jurídicas”* de esta Comisión Jurídica (Libro de informes de 2011).

²⁰ Otros han visto el antecedente en el responsable de cumplimiento que recoge el artículo 28 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. También puede

persona proactiva, con experiencia, con habilidad para trabajar a nivel ejecutivo, con conocimiento del negocio, con compromiso con la ética y la integridad de la empresa, con una base jurídica y con línea directa con el Consejo de Dirección dado que será a ellos a los que debe informar sobre riesgos, incidentes y avances de los programas de cumplimiento". Ni podemos estar más de acuerdo, ni alcanzamos a ver un mejor profesional que un abogado para tales funciones.

Podrá entonces preguntarse si un letrado externo, pero contratado a través de iguala o para llevanza de asuntos puede asumir el cargo de *compliance officer* sin colisión con el secreto profesional o peligro de conflicto de intereses.

La respuesta (en la misma línea de lo comentado más arriba) ha de ser también negativa puesto que su posición quedaría comprometida desde la óptica del secreto profesional y los conflictos de interés.

En definitiva, sólo un letrado externo sin vinculación con la empresa puede asumir el cargo de *compliance officer* con todos los privilegios propios de su condición de letrado, garantizándonos de este modo que no existe colisión con el secreto profesional o peligro de conflicto de intereses.

Visto lo anterior y atendidas las singularidades que se avecinan (unidas a la recomendada presencia de los abogados en las tareas de los planes de prevención de riesgos penales, sea en su concepción o en su aplicación) no parece difícil pensar que en una ordenación futura de las singularidades de la profesión de abogado se atienda a la situación de los abogados que prestan sus servicios en tan cualificadas posiciones en o para las personas jurídicas.

situarse en esa tendencia en el órgano de control que establece el artículo 26 de la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales. II Jornadas de Investigadores, Op. Cit. CASTRO VARELA, M., Pp. 223.

5) CONCLUSIONES

- 1) La elaboración de los planes de prevención de riesgos penales constituye una manifestación del poder de autonormación que tienen las personas jurídicas, procedimiento de elaboración en el que resulta más que recomendable la presencia de abogados.
- 2) La implementación y aplicación de los planes de prevención requiere la combinación de actividades de interpretación, evaluación y decisión jurídicas que se corresponden naturalmente con las que de ordinario realiza un abogado en su tarea de asesoramiento y orientación a las personas jurídicas.
- 3) La figura del responsable de cumplimiento normativo o “*compliance officer*” exige singulares caracteres que, aunque pudiera ser cubierta por ciertos directivos internos o responsables externos específicamente designados para ello, en el caso de que sean abogados conlleva privilegios y garantías adicionales derivadas del estatuto personal del profesional de la abogacía.
- 4) La libertad e independencia legalmente innatas a la profesión, el secreto profesional, la confidencialidad, la posibilidad de no declarar y las demás consecuencias de la intervención de un abogado constituyen garantías adicionales a las funciones ordinarias de un responsable de cumplimiento normativo que refuerzan la conveniencia de la intervención del abogado en el ejercicio de tales funciones.
- 5) La agregación de las conclusiones anteriores conduce a la apreciación de que, siendo muchos los llamados a desempeñar tareas de “*compliance officer*” en las personas jurídicas, los abogados gozan de una preeminencia especial en ser los elegidos para asumir dicha tarea.