



FACULTAD DE DERECHO

**Letrado Asesor, Secretario del Consejo y
Responsable de Cumplimiento
Normativo: campos de coincidencia y
delimitación de funciones.**

Autor: María Vispo Recouso

5º E-3 C

Área de Derecho Mercantil

Tutor: Daniel Prades Cutillas

Madrid

Abril 2017

Resumen.

El Trabajo de Fin de Grado presentado a continuación versa sobre la interrelación existente entre las figuras del Letrado Asesor del Consejo de Administración, el Secretario del Consejo y el Responsable de Cumplimiento, y se plantea como objetivo analizar la conveniencia de que las tres figuras existan simultáneamente en la sociedad. Al mismo tiempo, se estudia cual sería la figura más apropiada para desempeñar la función de Cumplimiento Normativo en la empresa y se plantean posibles alternativas. Se trata de un tema de gran relevancia dada la proliferación que está teniendo en el mundo empresarial español el ya conocido como sector de Cumplimiento, del que apenas se ha escrito dada la novedad y poca regulación de la materia. Para dar respuesta al objetivo del trabajo, se han analizado las tres figuras, los principales campos de coincidencia de sus funciones y otros aspectos de índole organizativo, así como la responsabilidad de cada uno de ellos respecto de las actuaciones y decisiones sociales. Los principales resultados del estudio revelan la conveniencia de que sea un solo sujeto el que se ocupe del Cumplimiento y se propone la figura del Letrado Asesor como la más adecuada para el cargo.

Palabras clave: cumplimiento normativo, Secretario del Consejo, Letrado Asesor, Responsable de Cumplimiento, figura, responsabilidad, funciones, campos coincidentes.

Abstract.

This study is about the interrelation between the institutions of the Legal Advisor, the Secretary of the Board of Directors and the Compliance Officer, and it aims to analyse the suitability of the three positions existing simultaneously in the society. At the same time, it is studied which would be the most appropriate figure to perform the function of Corporate Compliance in the company and the most probable alternatives. The issue is of great importance today, given the expansion of the Compliance sector through Spanish companies, which has hardly been written about yet given the novelty and little regulation of the subject. In order to respond to the objective, the three subjects, the fields of coincidence of their functions and other organizational aspects have been analysed, as well as the responsibility of each of them with respect to social actions and decisions. The main results of the study reveal the desirability of a single subject in

charge of the Corporate Compliance and proposes the figure of the Legal Advisor as the most suitable for the position.

Keywords: *Corporate Compliance*, Secretary of the Board of Directors, Legal Advisor, *Compliance Officer*, subject, liability, functions, coinciding fields.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	4
Introducción.....	5
Parte primera. Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital y del Código Penal: cambio de rumbo en la empresa.....	6
1. Las reformas del Código Penal: la responsabilidad penal de la persona jurídica y el origen del Cumplimiento Normativo.....	6
2. La reforma de la Ley de Sociedades de Capital. Implicaciones para el Consejo de Administración y sus miembros.....	9
3. Algunas reflexiones. ¿Nuevos roles para mismos sujetos?.....	12
Parte segunda. El Cumplimiento Normativo en la empresa. Sujetos susceptibles de desempeñar la función	14
1. El Cumplimiento Normativo en España. Punto de partida.....	14
2. Las implicaciones del Cumplimiento Normativo en las personas jurídicas.....	17
3. El aspecto personal del Cumplimiento Normativo. ¿Quién se ocupa de que la empresa cumpla?.....	19
3.1 Primera cuestión. El Responsable de Cumplimiento Normativo.....	21
3.2 Segunda cuestión. La aprobación del plan de Cumplimiento Normativo es competencia del Consejo de Administración.....	32
3.3 Tercera cuestión. La responsabilidad por el Cumplimiento Normativo en la empresa.....	35
4. Recopilación de argumentos e ideas.....	38
Parte tercera. Reflexiones finales y conclusiones.....	42
1. En España se ha importado directamente el modelo de Cumplimiento anglosajón... ..	42
2. La figura del Secretario del Consejo de Administración no se postula como la mejor opción para desempeñar la función de Cumplimiento Normativo.....	42
3. El Letrado Asesor: la mejor alternativa.....	43
4. No existe conflicto de intereses. El objetivo último es evitar la responsabilidad penal de la sociedad.....	43
5. Reflexión final. Ha de potenciarse la figura del Letrado Asesor.....	45
Bibliografía.....	46
Anexo	49

LISTADO DE ABREVIATURAS

C.P.	Código Penal
L.L.A.	Ley sobre Designación de Letrados Asesores
L.S.C.	Ley de Sociedades de Capital
S.A.	Sociedad Anónima
S.L.	Sociedad Limitada/Sociedad de Responsabilidad Limitada
R.R.M.	Reglamento del Registro Mercantil

Introducción.

El trabajo de investigación que se presenta tiene como fin estudiar tres figuras de gran relevancia para las personas jurídicas, como son el Secretario del Consejo de Administración, el Letrado Asesor y el Responsable de Cumplimiento. En concreto, a través de estas páginas se pretende analizar si es conveniente que las tres figuras existan simultáneamente en la sociedad o si bien podría prescindirse de alguna de ellas al solaparse sus funciones. La cuestión reviste especial interés dada la proliferación que está teniendo en la realidad empresarial española el sector de Cumplimiento Normativo¹ y lo poco que se ha escrito sobre el tema y sus implicaciones en la entidad, sus sujetos y las funciones de los mismos en relación a los Programas de Cumplimiento.

Se trata de un enfoque ciertamente crítico, pues se considera que el legislador no ha sido lo suficientemente preciso en la regulación de la materia, debiendo haber previsto el solapamiento de posiciones y funciones que se podría originar en la sociedad. Es más, en el trabajo se va más allá y se aventura que hubiese sido conveniente que la propia Ley designase a uno de los sujetos aquí analizados como único sujeto posible para desempeñar la función de Cumplimiento. Para conseguir los objetivos propuestos se han analizado comparativamente las tres figuras, sus funciones, responsabilidades y los sujetos susceptibles de ostentar cada uno de los cargos. Dada la poca literatura acerca del tema, se ha recurrido principalmente al análisis legal y a distintos materiales relacionados con el Cumplimiento Normativo elaborados por empresas, asociaciones o autores concretos.

El trabajo está estructurado en cuatro partes. En la primera se sitúa el tema, estudiándose para ello las diversas reformas legales que han dado lugar a la introducción del Cumplimiento Normativo en España y por tanto al tema objeto de estudio. En un segundo apartado se habla de la aplicación del Cumplimiento Normativo en la empresa, analizándose detenidamente los sujetos susceptibles de ocuparse de la función. Para ello, se juega con tres cuestiones o argumentos principales que serán tratados de distintas formas a lo largo de esta segunda parte y que permitirán valorar razonadamente las distintas alternativas presentadas. Finalmente, se extraen las principales conclusiones del trabajo y se da respuesta a su objetivo.

¹ Más conocido por su denominación inglesa, *Corporate Compliance*.

Parte primera. Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital y del Código Penal: cambio de rumbo en la empresa.

En los últimos años han tenido lugar diversas reformas que han influido decisivamente en la configuración del régimen de las sociedades que operan en el tráfico mercantil español, tanto a nivel interno como externo. Estas han traído consigo nuevas exigencias en materia de gobierno corporativo, han endurecido el régimen de responsabilidad social y han dado lugar a que en España hayamos comenzado a implementar modelos de Cumplimiento Normativo, ya habituales en los países anglosajones. En esta primera parte se pretende abordar los aspectos más relevantes de las tres reformas, analizando sus consecuencias en las sociedades de capital y las implicaciones para las tres figuras objeto de análisis en este trabajo.

1. Las reformas del Código Penal: la responsabilidad penal de la persona jurídica y el origen del Cumplimiento Normativo.

Hace tan solo dos años, en julio de 2015, entró en vigor la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo². La misma modificó sustancialmente el art. 31 bis del Código Penal (en adelante, CP), relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas³. Dicha reforma fue heredera de la que cinco años antes había operado la Ley Orgánica 5/2010⁴, cuando introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de responsabilidad penal de la persona jurídica y puso fin a la aplicación del tradicional principio de *societas delinquere non potest*, aforismo latino cuyo significado pasa por afirmar que la persona jurídica es penalmente irresponsable⁵. A pesar de que todavía se exigía para la declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica que previamente determinadas personas físicas hubiesen delinquido *por cuenta y en*

² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal.

³ La Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero de 2016, reconoce por primera vez la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito nacional. La Sentencia del Tribunal Supremo 966/2016, de 16 de marzo, recuerda que las entidades jurídicas responden cuando se hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control.

⁴ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal.

⁵ Morales Prats, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis., 129, 130.2 CP) en Quintero Olivares, G. (coord.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Madrid, 2010, pp. 45-71.

provecho de la misma, el precepto introdujo claramente un régimen de responsabilidad penal directa. Se dio respuesta así a las exigencias comunitarias, buscando establecer un Derecho Penal internacional homogéneo y severo en los ámbitos de criminalidad socioeconómica y financiera.

Sin embargo, no fue hasta 2015 cuando se dio a los administradores sociales la posibilidad de adoptar y ejecutar modelos eficaces de vigilancia y control como medio para evitar la eventual responsabilidad penal a la que la persona jurídica podría ser condenada⁶. De esta forma, el art. 31 bis permite adoptar planes de prevención para evitar la comisión de determinados delitos⁷ cometidos en beneficio directo de la sociedad por una serie de sujetos⁸: los administradores, directivos, cargos y mandos intermedios e incluso apoderados singulares y personas en las que se haya delegado. Además de enumerar las condiciones en las que se han de implementar dichos modelos y los requisitos y características que los mismos han de reunir, la norma exige también que los mismos sean puestos en práctica de manera eficaz, exigencia que se traducirá, para la mayoría de las sociedades con un tamaño significativo, en la implementación de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control dentro de la sociedad.

La Ley de Sociedades de Capital⁹ (en adelante, LSC) atribuye específicamente a los administradores las funciones de vigilancia y control, y considera que en caso de que este adopte la forma de Consejo, no podrá delegarse en ningún caso la facultad de supervisar el correcto funcionamiento de las comisiones y órganos delegados que se

⁶ En 2010 únicamente se establecieron una serie de circunstancias atenuantes que operarían una vez la persona física hubiese cometido el delito. Las mismas beneficiarían a la persona jurídica por extensión, pero esta no quedaría exenta por sí misma, sino que dependería de la eventual aplicación de la atenuante a la persona física.

⁷ En el ámbito de la delincuencia económica pueden provocar la responsabilidad penal de la persona jurídica delitos como la estafa (art. 251 bis CP), insolvencia fraudulenta (art. 261 bis CP), daños informáticos (art. 264.4 CP), o delitos contra la propiedad intelectual e industrial y contra el mercado y los consumidores (art. 288 CP) o el blanqueo de capitales (art. 302.2 CP), entre otros. Además de los delitos económicos, se incluyen otros como el tráfico de órganos (art. 156 bis CP), prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis CP), tráfico de estupefacientes (369 bis CP) y terrorismo (art. 576 bis CP).

⁸ La ley se refiere a los “representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma” (art. 31 bis CP).

⁹ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

constituyan, así como de los altos directivos que el mismo hubiese designado (art. 249 bis LSC). En las sociedades cotizadas el art. 529 ter LSC únicamente considera indelegable la facultad de decisión (dejando fuera la supervisión y el control).

La norma penal establece que el órgano de administración deberá adoptar y ejecutar el modelo, pero al mismo tiempo añade que la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de mismo (esto es, su ejecución) se confiará a un *órgano de la persona jurídica* con facultades de iniciativa y control. Se trata de un claro supuesto de delegación de facultades por parte del órgano de administración, pero se respeta la prohibición del art. 249 bis LSC en tanto en cuanto los administradores (el Consejo en este caso) no dejarán de supervisar las actuaciones de ese órgano en el que se haya delegado. Por ello, y a pesar de que podría parecer a priori que se busca liberar al órgano de administración de ocuparse del Cumplimiento Normativo (al ser un órgano supuestamente distinto a este el que ejecute el modelo propuesto), lo cierto es que el legislador busca que este sea el último responsable del mismo. De esta forma, y aunque la doctrina mayoritaria considera que la delegación de facultades supone la liberación del delegante de la obligación delegada, ello no podría aplicarse aquí, extendiéndose la responsabilidad última del correcto funcionamiento del programa al órgano de administración (aun habiendo delegado en otro órgano su ejecución y supervisión).

De todo lo anterior puede concluirse que la reforma de la normativa penal complementa la legislación mercantil en lo referente a la delegación de facultades y la responsabilidad social de los administradores. A raíz del art. 31 bis CP, estos tienen la posibilidad de adoptar modelos de organización y control (que habrán de ajustarse a los requisitos del apartado 5 de dicho artículo) para prevenir la comisión de determinados delitos. En caso de que finalmente se adopte un plan de prevención, se ocuparán de este sea eficazmente ejecutado, para lo que deberán designar una figura con poderes autónomos de decisión y control al que deberán supervisar para garantizar que cumple su objetivo. Responderán en todo caso de las consecuencias del incumplimiento de los programas adoptados.

En este sentido, se plantea la cuestión de si es necesario que la sociedad *Cree* necesariamente dicho órgano o si cabría la posibilidad de que dicha función fuese desempeñada por otros sujetos ya existentes en la empresa, especialmente cuando la

forma adoptada por su órgano de administración es la de Consejo, pues parece evidente que en este caso existen ya figuras perfectamente capacitadas para ocuparse de la función. Se está pensando, como no podría ser de otra manera, en el Letrado Asesor. Esta idea puede considerarse como el punto de partida de este trabajo, y por ello se volverá repetidamente sobre la misma.

2. La reforma de la Ley de Sociedades de Capital. Implicaciones para el Consejo de Administración y sus miembros.

El 24 de diciembre de 2014 entró en vigor la reforma de la Ley de Sociedades de Capital¹⁰, la cual tuvo como objetivo principal la mejora del gobierno corporativo de este tipo de entidades redefiniendo la situación de los administradores y directivos. La incidencia fue especialmente notoria en el Consejo de Administración por lo que a continuación se expondrá.

Los cambios que introduce la reforma podrían agruparse en dos grupos: de un lado, los que se refieren a la Junta General y cuyo objetivo consiste fundamentalmente en reforzar su papel y fomentar la participación de los accionistas y socios. De otro, los cambios relativos al órgano de administración en general y al Consejo en particular. En tanto el objeto de este trabajo no es el de analizar en profundidad las novedades de dicha reforma, nos centraremos únicamente en aquellas que han traído consecuencias, bien directas, bien indirectas, para las tres figuras que aquí se estudiarán.

Tras la reforma pasaron a regularse con mayor precisión los deberes de diligencia y lealtad de los administradores (art. 225, 227 LSC). Estos no solo quedan obligados a informarse sobre la marcha de la sociedad, sino que además se les da derecho a recabar cuanta información necesiten para el correcto ejercicio del cargo. Este concepto es importante y conecta con el también novedoso principio de discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC), que fija el estándar de diligencia exigible a los administradores en la toma de decisiones estratégicas. Es verdad que ya antes de la reforma la LSC se refería detalladamente al régimen de responsabilidad de los administradores, pero es a partir de

¹⁰ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

2014 cuando se introducen novedades sustantivas. Así, estos podrán ser declarados responsables únicamente en los casos en que medie dolo o culpa, recayendo sobre los mismos la carga de la prueba de su inocencia. Esta última idea se ha materializado en lo referente al Cumplimiento Normativo, pues la persona jurídica quedará exonerada solo si demuestra que se adoptaron y ejecutaron eficazmente los planes de prevención adecuados. Por otra parte, la responsabilidad se extiende a las personas *asimiladas* a los administradores, como serán las personas con facultades de más alta dirección¹¹ y las personas físicas representantes de la persona jurídica administradora¹².

Como se dijo, la Ley 31/2014 introduce modificaciones relevantes en el Consejo de Administración, especialmente en lo referente a la delegación de facultades. Con la reforma se incrementa el número de facultades indelegables y pasan a estar reguladas en el (entonces) nuevo art. 249 bis LSC. Se trató de incluir así en el núcleo de decisiones que corresponden necesariamente al Consejo todas las relativas a la gestión y supervisión. En este sentido, ya se comentó anteriormente que será indelegable la supervisión del correcto funcionamiento de las comisiones y órganos delegados constituidos, así como de los altos directivos designados. Ello no es de extrañar en tanto son los propios consejeros los que finalmente acabarán asumiendo las consecuencias de sus actos, pues estos no dejan de ser sujetos actuando en su nombre.

No cabe duda pues de que el órgano de administración es el máximo responsable de las actuaciones sociales, regulando la Ley los presupuestos de tal responsabilidad y sus consecuencias. Existen numerosos supuestos de responsabilidad que no serán aquí tratados, pero es relevante aquel según el cual el órgano de administración es directamente responsable de que sus actuaciones, y en consecuencia las de la sociedad, sean conforme a la legalidad vigente y a los Estatutos. Ello será así independientemente de la forma que adopte la administración social, pero existen particularidades para el caso del Consejo. En estos casos, la LSC señala al Secretario del Consejo como encargado de velar porque las actuaciones de dicho órgano se ajusten a la normativa vigente y a la interna (art. 529 octies), respondiendo en todo caso de que los acuerdos

¹¹ Estos cargos existen en la empresa cuando no se produce la delegación de facultades en el (los) Consejero Delegado (s), pues en este caso las labores de más alta dirección de la empresa son desempeñadas por el mismo.

¹² En este caso la responsabilidad sería solidaria entre la persona física y la jurídica representada

adoptados sean conforme a Derecho. En este contexto, y dado que el Secretario no tiene por qué tener conocimientos jurídicos, es lógico que se prevea también la existencia de una figura que se ocupe de asesorarle acerca de la legalidad de los acuerdos. Nos referimos, como no, al Letrado Asesor del Consejo de Administración.

En este punto podría empezar a vislumbrarse ya la relación entre lo que previamente se expuso acerca del Cumplimiento Normativo y las novedades de la reforma que se está estudiando. El objetivo principal de esta no es otro que endurecer el régimen de responsabilidad de los administradores, bien regulando de forma exhaustiva los deberes tradicionales de diligencia y lealtad, bien tipificando una serie de facultades indelegables por las que habrán de responder en todo caso, además de considerar a las personas físicas representantes de los administradores persona jurídica (se incluyen aquí los directivos) susceptibles de ser declarados responsables sociales. Si a ello se le suma que desde 2010 *la persona jurídica en sí misma* puede ser declarada penalmente responsable, el papel de los administradores cobra aun más importancia, pues ellos son los encargados de garantizar que se han adoptado las medidas necesarias (esto es, los programas de Cumplimiento referidos previamente) para librar a la empresa de una eventual condena penal. A pesar de que se pueda delegar la ejecución e incluso el diseño de dichos planes, la adopción o no de los mismos y su eventual incumplimiento recae sobre los administradores, algo que ha propiciado la Ley 31/2014.

Por encuadrar un poco más el tema, pasaremos a referirnos directamente al Consejo de Administración, pues dos de las figuras que aquí se analizan solo existen cuando la administración social adopta dicha forma. Los consejeros son los primeros interesados en que la actuación social se adecúe a la normativa establecida, y para ello sería idóneo que fuesen ellos mismos quienes se informasen de todos los aspectos relevantes del negocio que gestionan, implementando de manera proactiva y diligente las acciones que mejor definiesen el interés de la sociedad que administran. Sin embargo, esta aspiración es cuanto menos ingenua, pues las sociedades actuales son tan complejas que resulta materialmente imposible que un consejero pueda llegar a conocer con el detalle requerido todas las cuestiones que afectan al negocio, ya sean estas jurídica, financieras, comerciales, de gestión... (recuérdese que para ser consejero no se exige, aunque si sería recomendable, tener conocimientos concretos sobre una determinada materia). Por ello,

llama la atención que la Ley disponga que el Secretario habrá de velar porque los acuerdos del Consejo se adopten respetando la legalidad vigente y los Estatutos pero no exija al mismo tiempo que este cuente con los conocimientos jurídicos necesarios para desempeñar dicha función. La única explicación lógica a la cuestión podría ser que cuando legislador modificó la LSC estableciendo dicho cometido para el Secretario, pensaba en la figura del Letrado Asesor como encargado de orientar al mismo en el desempeño de su función. No obstante, dada la poca importancia que las empresas dan a este sujeto, o bien el legislador no pensaba realmente en el Letrado, o bien confiaba demasiado en las virtualidades del Secretario.

Queda claro así que el conocimiento y la adecuada aplicación por el Consejo de las obligaciones legales y reglamentarias deviene imposible si no se cuenta con el asesoramiento jurídico pertinente. Por extraño que pueda parecer, la LSC no hace referencia alguna a la cuestión y es necesario acudir a la Ley 39/1975 sobre la designación de Letrados Asesores¹³ para encontrar la obligación de nombrar un Letrado Asesor en determinados casos. A pesar de la obligatoriedad, son muchas las entidades que omiten su deber y no disponen de dicha figura aun debiendo, algo verdaderamente sorprendente teniendo en cuenta que la sociedad debería ser la primera interesada en que sus decisiones fuesen conforme a Derecho para evitar incurrir en responsabilidad, tanto civil como penal. De hecho, la falta de nombramiento del Letrado cuando la Ley lo señala como obligatorio será responsabilidad de los administradores, actuando como una circunstancia agravante en el proceso. Aun así ello no es un aliciente para el nombramiento, pues ni los Tribunales han venido tomando en consideración dicha circunstancia al valorar la responsabilidad del Consejo, ni los demandantes lo han venido alegado como argumento a su favor.

3. Algunas reflexiones. ¿Nuevos roles para mismos sujetos?

En este tercer apartado se establecen una serie de conclusiones acerca de lo que se acaba de exponer, de las cuales se deriva el fundamento y objeto de este trabajo.

¹³ Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles

Hoy en día es una cuestión fundamental para las empresas el correcto diseño e implementación de un plan de Cumplimiento Normativo, pues es condición necesaria para escapar de la eventual responsabilidad penal que pueda atribuírseles. En este sentido, el CP no hace referencia a quien ha de desempeñar tal función en la empresa, por lo que la mayor parte de sociedades que han empezado a implementar estos programas optan por “importar” directamente la figura de los ordenamientos anglosajones: el Responsable de Cumplimiento Normativo.

Sin embargo, ¿no se disponía ya de una figura similar en las sociedades españolas?. Nos referimos al Letrado Asesor, cuya figura se estaría desvirtuando así todavía más. A pesar de que la Ley 39/1975 no es exhaustiva en la regulación de sus funciones, no cabe duda de el principal cometido del Letrado es asesorar al Consejo sobre la legalidad de sus acuerdos. Por otra parte, sabemos ya que la Ley atribuye la configuración de los planes de Cumplimiento al órgano específico que el Consejo designe para ello, pero en todo caso estos habrán de ser aprobados por el órgano de administración. Y dado que su contenido no es otro que medidas y actuaciones a adoptar para adaptarse a la Ley, el Consejo los aprobará o no en función de su adecuación a la normativa vigente, para lo que indudablemente necesitará el asesoramiento jurídico que el Letrado asesor pueda prestarle. En este sentido podría ser más procedente designar directamente al Letrado como responsable de Cumplimiento, pues de lo anterior se deduce que sus funciones no son otras que velar porque las actuaciones sociales *cumplan* con la Ley.

En las partes siguientes se analizará la viabilidad práctica de esta afirmación y sus implicaciones para la sociedad. Para ello se estudiarán las funciones que desempeñan el Responsable de Cumplimiento y el Letrado Asesor junto con la del Secretario, pues parece atisbarse una suerte de solapamiento en los cometidos de los tres sujetos. Asimismo, se valorarán diversos argumentos y diferentes ventajas y desventajas para poder establecer conclusiones fundadas acerca de lo que aquí se propone.

Parte segunda. El Cumplimiento Normativo en la empresa. Sujetos susceptibles de desempeñar la función.

Como primera vía para abordar la cuestión presentada en la primera parte del trabajo, ha de comenzarse por entender qué significa el Cumplimiento Normativo y qué implica en una empresa, pues únicamente así podrá valorarse cual es la figura más adecuada para ocuparse de esta función en las distintas entidades que lo apliquen.

1. El Cumplimiento Normativo en España. Punto de partida.

Como se dijo anteriormente, en 2010 se introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento el concepto de responsabilidad penal de la persona jurídica, matizándose diversos aspectos en 2015. Apareció entonces el concepto de Cumplimiento Normativo, pues hasta ese momento únicamente las empresas que operaban con compañías americanas o británicas se veían obligadas a implementarlo al serles de aplicación la legislación vigente en esos países, donde existía ya normativa relativa a la prevención¹⁴. Sin embargo, podría decirse que el concepto de Cumplimiento Normativo no fue algo tan nuevo en nuestro país, pues la mayor parte de expertos en la materia¹⁵ consideran que la publicación del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, supuso la introducción en España de las primeras reglas de Cumplimiento Normativo al exigir a este tipo de entidades la redacción y aprobación de un Reglamento Interno de Conducta y la creación de un “Órgano de seguimiento del Reglamento Interno de Conducta”. Su contenido se determinaría conforme a lo previsto en la Ley del Mercado de Valores¹⁶ y su Código General de Conducta.

No obstante lo anterior, los verdaderos cambios en materia de Cumplimiento en España tendrían que esperar al año 2013 y sucesivos. Fue este el año en que el Gobierno creó una Comisión de Expertos a la que encomendó un estudio analítico del Buen Gobierno de las sociedades cotizadas en España, además de una propuesta de cuantas medidas

¹⁴ Por ejemplo, la *Bribery Act* de 2010 o la *Foreign Corrupt Practice Act*.

¹⁵ Saiz Peña, C., *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos*, 1ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, junio 2015.

¹⁶ Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

permitieran mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas. El objetivo principal era lograr el más alto grado de cumplimiento de los criterios y principios internacionales de Buen Gobierno. Así, se acabaría aprobando la Ley 31/2014 a la que se ha venido haciendo referencia anteriormente. Por otra parte, y contando con el apoyo de la Comisión de Expertos, la CNMV ha aprobado hace tan solo dos años un nuevo Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas¹⁷, consistente en una serie principios generales y recomendaciones concretas que desarrollan estos¹⁸.

En definitiva, con el paso de los años la regulación del gobierno corporativo en España se ha ido plasmando tanto a través de normas positivas, destacando la Ley 31/2014 por su indecencia en las sociedades de capital, como dispositivas u orientativas. En este sentido, el Cumplimiento Normativo bebe de ambos tipos de normas en tanto las personas jurídicas habrán de ajustar sus actuaciones tanto a la regulación vigente como a sus Códigos internos, su Responsabilidad Social Corporativa o sus propios Estatutos. No puede olvidarse, no obstante, que a pesar de que ninguna entidad puede escapar del cumplimiento de cuanta normativa le sea aplicable, el modo de hacerlo depende enteramente de lo que en el seno de la misma se decida. Es decir, que la adopción o no de programas prevención es algo voluntario, recomendable, pero voluntario.

De entre las muchas definiciones, puede tomarse la que define el Cumplimiento Normativo como “... la función específica que permite detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento de las obligaciones regulatorias internas y externas que afectan a las empresas, mitigando los riesgos de sanciones y las pérdidas que se deriven de verificarse tales incumplimientos”¹⁹. Esto es, que la adopción y correcta implementación de distintos programas para dar cumplimiento a la normativa que afecta a una empresa, contribuirá a que la sociedad pueda salir impune de un eventual proceso de responsabilidad penal, recayendo sobre su órgano de administración (como representante y gestor de la misma) la carga de la prueba de que se adoptaron e

¹⁷ Comisión Nacional del Mercado de Valores (2015). *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*.

¹⁸ De Carlos Bertrán, L., “La Sociedad Cotizada”, publicado en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 39-2015/31-42, Madrid, 15 de Enero 2015.

¹⁹ Saiz Peña, C., *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos*, 1ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, Junio 2015.

implementaron correctamente dichos modelos, acreditando que se dotaron los medios económicos y materiales necesarios para ello. En este escenario, ¿a qué entidad podría no interesarle su adopción?. Parece que la pregunta no presenta dificultad alguna, pues parecería poco sensato no aprovechar la oportunidad de “hacer las cosas bien” ya no por el hecho de tener “voluntad de cumplir”, sino por meras cuestiones prácticas orientadas a beneficiar a la sociedad en el largo plazo.

No obstante lo anterior y a pesar de que los modelos de prevención han proliferado en España, existen todavía algunas reticencias hacia la “cultura de cumplir”, en tanto se considera un coste adicional y no se aprecian aun ventajas de peso. Incluso desde organismos estatales han emanado ciertas críticas alegando que la finalidad de estos programas es extender a la empresa los medios para ejercer una defensa más sólida en caso de ser imputadas, dotarse de “un seguro frente a la acción penal en caso de comisión de ilícitos penales” (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 ley orgánica número 5/2010), pero no prevenir la comisión en sí. Además, se cuestiona su eficacia en el sentido de que la empresa no tiene autoridad para imponer sus normas internas a los terceros con los que se relaciona (colaboradores, proveedores...) pero cuyas conductas delictivas pueden implicar también su responsabilidad penal. Se prevé sin embargo que esta visión decaiga en el no tan largo plazo y serán mayoría las empresas que los implementen, incluidas las PYMES, pues por ahora son pocas las pequeñas empresas que los desarrollan²⁰.

Con independencia de la conveniencia o no de implementar un modelo de prevención en la empresa, cuestión dotada de no poca subjetividad, se abre un interrogante acerca de cómo habría de ejecutarse el mismo y quién sería la persona (u órgano) encargada de llevarlo a cabo, pues parece que el legislador no ha querido concretarlo y deja la puerta abierta a que sean las propias entidades quienes tomen la decisión. A partir de este punto postularemos una serie de figuras susceptibles de desempeñar la función, estudiando la mayor o menor adecuación de cada una de ellas para el puesto y las ventajas y desventajas que cada escenario reportaría a la entidad.

²⁰ Remacha, M., “Compliance, Ética y RSC”, *Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, IESE Business School, n. 31, julio 2016.

2. Las implicaciones del Cumplimiento Normativo en las personas jurídicas.

A pesar de la potencial importancia de esta función, es cierto que se trata de un tema novedoso del que a penas existe regulación. La mayor parte de información se desprende del art. 31 bis CP, pues además de declarar estos los supuestos en que las personas jurídicas serán declaradas penalmente responsables, señala también las condiciones que habrán de reunir los programas que se implementen para lograr su objetivo último: la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por lo demás, son determinadas asociaciones independientes o autores individuales los que publican sobre el tema, pues de su práctica profesional han venido recogiendo información sustancial que sirve como referencia a aquellas entidades que apuesten por el Cumplimiento Normativo²¹.

Lo que sí está claro es que el contenido de los programas se determinará necesariamente a partir de la aplicación práctica del apartado quinto del art. 31 bis CP, debiendo las organizaciones desarrollar los modelos que mejor se ajusten a la normativa que les aplique, bien externa (procedente de órganos con capacidad legislativa o poderes públicos), bien interna (normas que la organización elige cumplir voluntariamente, como Códigos Éticos o políticas sectoriales²²). Se establece además que dichos programas habrán de identificar las áreas en cuyo ámbito podrían suscitarse los delitos que han de prevenirse. Esto quiere decir que, por ejemplo, una empresa multinacional deberá identificar y evaluar el riesgo por tipos de clientes, por países, por productos y servicios, por monedas... Del mismo modo, se definirán protocolos y procedimientos en los que se expresará la firme voluntad de la persona jurídica de cumplir y adoptar decisiones factibles de prevención, garantizando así estándares éticos y de Responsabilidad Social Corporativa.

²¹ Muchas asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro han desarrollado guías, diccionarios o compilaciones, llegando a crearse *El Estatuto General de la profesión del Compliance Officer* (elaborado por la Asociación de Profesionales de Cumplimiento Normativo) o el *Libro Blanco sobre la función de Compliance* (elaborado por la Asociación Española de Compliance).

²² Cabe citar, a modo de ejemplo, las normas publicadas por la Organización Internacional de Normalización/Estandarización (*International Organization for Standardization*): ISO 19600 sobre sistemas de gestión de *Compliance*; ISO 37001 sobre sistemas de gestión anti soborno o la norma UNE 19601, publicada por la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) sobre sistemas de gestión de cumplimiento penal. Todas estas normas recogen normas impuestas y voluntariamente asumidas por las Organizaciones en los diferentes ámbitos.

Quien se ocupe del Cumplimiento Normativo pasa a asumir las tareas de prevención, detección y gestión de los riesgos a través de la ejecución de uno o varios programas. Una organización podrá disponer de uno o varios modelos en función de la complejidad de su estructura y sector de actividad. Así, entidades sin complejidades normativas especiales podrán disponer de un único programa (piénsese por ejemplo en una pequeña empresa local dedicada a la fabricación de sillas) mientras que en entornos más complejos suelen precisarse varios, especializado cada uno de ellos en un ámbito concreto (penal, sanitario, fiscal, medioambiental, defensa de la competencia...), coordinándose a través de un programa de Cumplimiento transversal.

Las áreas inherentes al Cumplimiento Normativo son muy amplias y dependen en gran medida de la organización en cuestión y del sector en el que opere. Piénsese por ejemplo en una aerolínea o una empresa farmacéutica; ambos son sectores extremadamente complejos cuyos requerimientos normativos son altamente exigentes, por lo que igual de completos y exigentes habrán de ser sus modelos preventivos. A modo orientativo, suelen incluirse en la mayoría de ellos las siguientes áreas: adecuación a la normativa legal y normas conductuales (legislación en vigor, Reglamentos internos...); gestión de conflictos de interés y del riesgo reputacional (opiniones negativas de sus grupos de interés como la Administración Pública, acreedores, proveedores...); defensa de la competencia; prevención del blanqueo de capitales; corrupción, fraude, soborno u otras prácticas ilegítimas que puedan suscitarse en el seno de la organización (...)²³.

Sin embargo, lo que aquí realmente nos ocupa no es analizar pormenorizadamente el contenido de los programas, pues este dependerá de la industria en cuestión y de la entidad en la que se vaya a aplicar. Lo que sí nos interesa es estudiar detenidamente la forma en que el plan de Cumplimiento va a ser desarrollado en la empresa y sobre quién recae la responsabilidad de su implementación.

²³ Asociación Española de Compliance (ASCOM), Casanovas Ysla, A. (coord.), *Libro Blanco sobre la función de Compliance*, Madrid, Marzo 2017.

3. El aspecto personal del Cumplimiento Normativo. ¿Quién se ocupa de que la empresa cumpla?

Este es el primer apartado del trabajo en el que se aborda directamente la cuestión planteada y se empieza a dar respuesta al tema planteado: quién es, o debería ser, la figura encargada del Cumplimiento Normativo en una empresa. Debe partirse de que a penas existe regulación sobre dicha función ni tampoco han tenido lugar pronunciamientos judiciales al respecto, por lo que es el análisis de diferentes textos legales junto con la aplicación práctica de la Ley lo que permite extraer una serie de conclusiones acerca de la cuestión.

El propio art. 31 bis CP revela que es el órgano de administración el que, antes de la comisión del delito, debe adoptar y ejecutar de forma eficaz un modelo de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control necesarias para prevenir delitos o reducir la probabilidad de que estos se materialicen. Sin embargo, no se hace referencia expresa al órgano de administración en lo referente diseño o configuración del plan, en tanto el art. 31 bis señala que será *un órgano de la persona jurídica* el que tendrá encomendadas las funciones de supervisión, vigilancia y control del modelo o bien *un sujeto al que se le atribuya legalmente la labor* de supervisar los controles internos de la compañía. Parece que si la verdadera voluntad del legislador hubiese sido que el órgano de administración se ocupase también del diseño e implementación del modelo lo habría previsto expresamente, del mismo modo que sí le encomienda expresamente su aprobación. Sin embargo, de la lectura del precepto no puede decirse a priori que este (alguno de sus miembros) no sea el órgano más competente para encargarse de tal cometido. De hecho, la Ley sí establece que para el caso de pequeñas empresas, las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

La realidad empresarial demuestra que en la práctica es un órgano distinto del Consejo²⁴ el que se ocupa del diseño del programa (generalmente el Responsable de Cumplimiento referido anteriormente)debiendo este aprobar el plan o no según

²⁴ Recuérdese que por motivos prácticos se está haciendo referencia al Consejo en particular en lugar de al órgano de administración en general, pues a efectos de este trabajo se presupone que esta es la forma que adoptaría la administración social.

considere es adecuado para dar respuesta a las exigencias legales. Una vez aprobado, la misma figura que se ha ocupado de su diseño se encargará de su implementación y supervisión. De lo que se acaba de decir se derivan una serie de cuestiones que merecen atención:

- (i) La persona u órgano que elabore el plan de Cumplimiento habrá de tener necesariamente conocimientos de Derecho que le permitan conocer e interpretar toda la legislación que afecta a la empresa y el modo de dar cumplimiento a la misma. Además, deberá ser capaz de comprender la normativa interna, tanto la estatutaria como otra que se establezca acerca de Responsabilidad Social Corporativa o Gobierno Corporativo. Se trata de una labor compleja y que únicamente podrá ser desempeñada por expertos en la materia.
- (ii) El Consejo es el encargado de aprobar el programa de Cumplimiento que se le presente. Para ello necesitará contar con el asesoramiento jurídico necesario, pues sería imposible que decidiese sobre la adecuación o no de un plan de Cumplimiento si no entiende qué se está tratando en el mismo, su aplicación y sus consecuencias para la entidad.
- (iii) En todo caso, el Consejo es el responsable de las actuaciones sociales, con independencia de que el modelo adoptado sea o no adecuado para evitar incurrir en presupuestos de responsabilidad penal y con independencia también de que la implementación y ejecución del mismo fallase por el mal desempeño del sujeto (u órgano) encargado de estas funciones. Esto es, que la responsabilidad última del incumplimiento normativo por parte de la sociedad como de sus actuaciones consecuentes será del Consejo de Administración.

Es importante tener en cuenta además que, a diferencia con lo que ocurre con la otras leyes extranjeras, nuestro ordenamiento no se refiere en ningún momento al Cumplimiento Normativo como un cargo a desempeñar, sino como una función a realizar. Ello implica que no necesariamente habrá que nombrar a una persona en

concreto para desarrollar este cometido, sino que valdría con asignar la función a un sujeto (incluso un órgano) ya existente en la sociedad. Es decir, que lo esencial no es el cargo a ostentar sino la función a realizar.

Las páginas siguientes se dedicarán al estudio pormenorizado de las tres cuestiones anteriores, de manera que sea posible llegar a una serie de conclusiones que nos aproximen a la cuestión objeto de estudio aquí planteada.

3.1 Primera cuestión. El Responsable de Cumplimiento Normativo.

Como ya se comentó más arriba, las referencias legales al Cumplimiento Normativo son escasas, y lo poco que se sabe es que los modelos de prevención son de adopción voluntaria y que su aprobación corresponde al órgano de administración. Sin embargo, es un hecho que quien se ocupe de esta función deberá tener conocimientos jurídicos suficientes para poder desempeñarla de manera correcta, pues no es viable que alguien desconocedor del Derecho y su aplicación diseñe un plan para adecuar las actuaciones sociales a la Ley.

En este punto, y habiendo quedado claro que la figura ha de ser experta en Derecho, surge la duda de cual es la más idónea de ente las posibles para ello. A priori, caben tres posibles alternativas:

- (i) Podría seguirse el modelo anglosajón y optar por crear una figura para el puesto. Se trataría de lo que se conoce como *Compliance Officer* o Responsable de Cumplimiento Normativo. En este caso cabría la posibilidad de externalizar la función, esto es, encargar a una entidad especializada el diseño y supervisión del plan (consultoras, auditorías, asesorías jurídicas...) o bien de contratar un sujeto para que pase a formar parte de la sociedad y se encargue del Cumplimiento desde dentro. Esta es la alternativa por la que hasta ahora se ha venido optando en España y en el entorno internacional, del cual nuestro país es heredero.

- (ii) Una segunda opción es que sea el propio órgano de administración el que se ocupe de todo lo relativo al Cumplimiento, algo que no parece tan descabellado si se sigue el tenor literal del art. 31 bis, pues encomienda directamente a este la *adopción y ejecución* del modelo, tal y como se comentó anteriormente. La organización dependería pues de la forma que adoptase este órgano.

- (iii) La tercera alternativa, que viene a ser una concreción de la anterior, pasa porque la forma adoptada por el órgano de administración social sea la de Consejo. Podría pensarse entonces en la figura del Secretario del Consejo, en tanto se le atribuye la función de velar porque las actuaciones del mismo se ajusten a la Ley (art. 529 octies LSC). Sin embargo parece existir una figura que encaja todavía más con el cometido: el Letrado Asesor del Consejo. Como posteriormente se expondrá, este es necesario en una sociedad cuando ningún miembro del Consejo o de la alta dirección sea letrado en ejercicio, por lo que para el caso de que existiese algún consejero que sí los tuviese, sería este quien desempeñaría la función asesor jurídico y por tanto sería su figura la que se postularía como idónea para encargarse de la función de Cumplimiento. No hay que olvidar que si el órgano de administración no es un Consejo, o bien es algún administrador el que se ocupa del Cumplimiento, algo muy poco probable pues no estarían capacitados para ello (salvo que alguno fuese además abogado) o bien necesariamente habría que contar con un Responsable de Cumplimiento (alternativa uno).

El modelo importado: creación de una figura, el Responsable de Cumplimiento Normativo.

La figura del Responsable de Cumplimiento²⁵ aparece por primera vez en los mercados financieros y en el sector farmacéutico, altamente regulados, con la función de vigilar y

²⁵ Habitualmente conocido por su denominación en inglés como Compliance Officer, Chief Ethics & Compliance Officer o Chief Compliance Officer, entre otras denominaciones.

garantizar el correcto cumplimiento de la extensa normativa a la que se debían ajustar las empresas que operasen en estos sectores²⁶.

Como se ha venido comentando, se trata de una carga propia de las empresas anglosajonas que tuvo su origen en los escándalos financieros producidos en muchas empresas a principios de los años 2000 y 2002, dando lugar a la publicación este último año de la *Sarbanes-Oxley Act* en Estados Unidos. Entonces se empezó a ver a esta figura como una pieza clave para garantizar que las empresas actuaran conforme a la Ley y a una serie de principios de Gobierno Corporativo, velando porque la persona jurídica adecuase sus actuaciones a Derecho. Con posterioridad, países como Inglaterra, Alemania o Italia han ido exigiendo en su legislación la existencia de una figura semejante, ya fuese de manera tácita o expresa. En España, a pesar de lo novedoso de la materia, también hemos optado por importar dicha figura de los países de habla inglesa tratando de responder a las exigencias de las empresas internacionales que operaban en nuestro país.

Independientemente de quién desempeñe tal función, la figura será nombrada, evaluada y en su caso destituida por el Consejo (o Comisiones Delegadas en su caso, como la de nombramientos, auditoría o retribuciones), pues se entiende que esta tarea queda incluida dentro de las facultades de gestión que el art. 209 LSC atribuye al órgano de administración²⁷. Conviene recordar que en las pequeñas y medianas empresas, la Ley penal dispone expresamente que la función de Cumplimiento Normativo puede ser desempeñada directamente por el propio órgano de administración.

En caso de que finalmente el Consejo opte por contar con un Responsable de Cumplimiento, cabe preguntarse quienes son los sujetos susceptibles de desempeñar

²⁶ Garberí, A.; Cuevas, J.A., “¿Qué es el Compliance Officer?”, *Actualidad Jurídica en Garberí Penal*, 15 de abril 2015 (disponible en: <http://www.garberipenal.com/que-es-el-compliance-officer/>).

²⁷ La gestión incluye las facultades de dirección, control y mando del funcionamiento de la sociedad, lo que implica la fijación de la política general de la empresa, la programación de objetivos y la actividad de gestión diaria en sus aspectos de administración, técnicos, contables, comerciales (...). Se refiere tanto a la vertiente externa de la sociedad (relaciones con terceros), lo que conecta esta función con la de la representación social, como a su funcionamiento interno, la organización del resto de órganos sociales y el respeto de los derechos individuales de los accionistas.

esta función. Siguiendo lo establecido en el Libro Blanco del Cumplimiento²⁸, este puede ser tanto un órgano unipersonal como colegiado. A pesar de que el art. 31 CP se refiere a este como un órgano *de la persona jurídica*, la realidad es que en la práctica nada obsta a que se recurra al asesoramiento externo de dicha función, pudiendo incluso externalizarse funciones concretas (una parte del programa, como por ejemplo el diseño de los canales de denuncia o de los medios de reporte). Suele recurrirse a entidades especializadas, como consultoras, auditoras, asesorías jurídicas (...) que acostumbran a tener departamentos dedicados a esta función. Además, los Responsables de Cumplimiento pueden desempeñar esta función con carácter exclusivo para la organización o bien de forma parcial, y ello dependerá de las necesidades de la entidad y de lo que dispongan el Consejo y/o los Estatutos.

En cualquier caso, el sujeto u órgano que lo desempeñe tendrá que disponer de un nivel de formación adecuado para conocer y gestionar, así como difundir y coordinar, los Programas adoptados. Así, suele tratarse de profesionales en posesión de un título de Licenciado o Graduado en Derecho, Administración y Dirección de Empresas u otro análogo²⁹ que no hayan incurrido en causas de incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad con dicho cargo.

Para continuar analizando la conveniencia o no de crear una nueva figura para la función, es necesario estudiar cuales son los cometidos que dicha figura desempeñaría, pues únicamente así es posible deducir si alguna de las otras dos alternativas es factible, es decir, si estarían capacitadas para desempeñar las funciones que la posición implica. Sin embargo, las funciones del Responsable de Cumplimiento tampoco están expresamente reguladas en nuestro ordenamiento, por lo que hay que acudir a la Norma ISO 19600³⁰ y al art. 31 bis CP para poder establecer un intento de recopilación.

- El CP atribuye expresamente a esta figura la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado en la empresa, para lo

²⁸ Asociación Española de Compliance (ASCOM), Casanovas Ysla, A. (coord.), *Libro Blanco sobre la función de Compliance*, Madrid, Marzo 2017.

²⁹ Asociación de Profesionales de Cumplimiento Normativo, *Estatuto General de la Profesión de Compliance Officer*, Madrid, Abril 2015 (p.5).

³⁰ ISO/TC 309 Governance of organizations: *ISO 19600:2014 Compliance management systems: guidelines*, Diciembre 2014.

que habrá de tener, sea quien sea, poderes autónomos de iniciativa y de control, o bien se le habrá de encomendar legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. Se exige además que el órgano supervisor sea diligente en el desempeño de sus funciones, de manera que es importante el requisito de la independencia y la autonomía, pues únicamente así podrá desempeñar su cometido diligentemente sin verse sometido a presiones externas que le sitúen en situaciones de conflicto de interés.

- La mayoría de las organizaciones optan porque quien se ocupe del Cumplimiento diseñe el modelo a adoptar, algo que parece totalmente razonable si va a ser este el encargado de su implementación y supervisión. Para ello será necesario que identifique previamente las obligaciones a que está sujeta la empresa, bien desde el punto de vista legal (normativa externa) como las derivadas de sus propias políticas internas o Códigos Éticos³¹.
- Otro de los cometidos es comunicar adecuadamente los programas a los empleados, ocupándose también de coordinar y proveer de formación continua a aquellos miembros de la organización que lo necesiten, y solventando las dudas que se puedan generar. Deberá describir además las obligaciones concretas dentro de cada área de práctica y grupo de empleados³².
- Una de las funciones de mayor relevancia es la de informar al Consejo de los posibles riesgos e incumplimientos del programa adoptado. Será su responsabilidad establecer las medidas y controles necesarios para conocer adecuadamente los riesgos e incidencias que se produzcan³³ y comunicarlos

³¹ Siemens AG Annual Report, 2013, p. 126-128; Enseñat de Carlos, S., *Manual del Compliance Office. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*, Aranzadi, Navarra, abril 2016.

³² Puyol, J., *El funcionamiento práctico del canal de Compliance “whistleblowing”*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, enero 2017.

³³ La Asociación de Profesionales de Cumplimiento Normativo (ASCOM) propone la creación de canales de denuncia internos (habitualmente conocidos por su denominación en inglés, *whistleblowing*), de manera que las infracciones y riesgos puedan ser apreciados tanto por un superior jerárquico como por los propios empleados, dotando de mayor eficacia a los programas de prevención, pues la fuente más fiable para detectar las posibles infracciones son los empleados. Este mecanismo ha sido expresamente contemplado en la Ley del Mercado de Valores e introducido también con la Directiva europea 64/2015, la cual extiende su ámbito al

posteriormente al Consejo, de manera que, en caso de que el modelo no funcione, pueda decidir qué hacer con el modelo en cuestión.

- En caso de que el Consejo así lo decidiese, sería cometido de este órgano establecer las medidas y recomendaciones para la resolución interna de incidentes, la subsanación de las deficiencias o la modificación de los modelos para adecuarlos a los nuevos requerimientos de la organización.

Una de las ventajas fundamentales de crear una figura específica que se ocupe únicamente de la función de Cumplimiento es que no se propiciarán situaciones de conflicto de interés, pues el legislador se encarga de prever que deberá poder tomar decisiones de forma autónoma e independiente. Esta sería la situación ideal pero desafortunadamente no es lo que suele ocurrir en las grandes empresas, ya que en la mayoría de casos existen intereses contrapuestos y muchas veces cumplir la Ley no es lo que más beneficia a la empresa en el corto plazo.

El artículo 31 bis del Código Penal: el órgano de administración social como encargado del Cumplimiento Normativo.

La segunda y tercera alternativas antes señaladas pasaban porque fuese el propio órgano de administración, o algún miembro del mismo, quienes se ocupasen de gestionar el Cumplimiento en la empresa. Por ello, ambas opciones se estudiarán conjuntamente.

Una de las formas de administración social es la de Consejo de Administración (obligatorio para S.A. cotizadas – art. 529 bis LSC). En el caso de las S.A., cuando la administración conjunta se confíe a más de dos administradores, estos se constituirán en Consejo necesariamente, mientras que en las S.L. habrá que atender a lo dispuesto en los Estatutos, siendo el número máximo de consejeros doce (art. 242 LSC). Parece que la Ley presupone que la forma normal de la organización de la administración social en la S.A. es la del Consejo, pero no así en la S.L. Para el caso de de S.A. cotizadas, la LSC obliga a que el órgano de administración revista necesariamente esta forma (art.

referirse no solo al abuso de mercado sino también a cualquier otra conducta potencialmente ilícita relacionada con el trabajador.

529 bis LSC). La representación corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente (art. 233.2 LSC).

El principal argumento para defender que sea el órgano de administración el que se ocupe del Cumplimiento Normativo es que el art. 31 bis CP le atribuye expresamente las competencias de adopción y ejecución del modelo, señalando directamente el deber de los administradores de asegurarse de que el órgano al que se encomiende la ejecución de los modelos de vigilancia funciona adecuadamente. Además, la propia LSC impone a estos la obligación de adoptar las medidas precisas garantizar la buena dirección y el control de la sociedad (art. 225 LSC) y considera la supervisión como una de las facultades indelegables del Consejo, debiendo ocuparse este necesariamente de que las comisiones constituidas y los órganos delegados designados funcionan adecuadamente (art. 249 bis LSC). En las sociedades cotizadas se atribuye también en exclusiva al Consejo la determinación de la política de control y gestión de los riesgos sociales y la supervisión de los sistemas internos de información y control (art. 529 ter LSC).

En caso de que el órgano de administración no fuese un Consejo, necesariamente habría que acudir al Responsable de Cumplimiento, pues como sus propios nombres indican, el Secretario y el Letrado lo son del Consejo, con lo que si este no existe tampoco lo hará ninguno de ellos.

Las cosas cambian si efectivamente el órgano de administración adopta la forma de Consejo. En estos casos sí parece que existen en la sociedad dos figuras idóneas para desempeñar la función de Responsable de Cumplimiento: por un lado, el Secretario del Consejo y por otro, el Letrado Asesor.

La **figura del Secretario** no se ha regulado en detalle hasta la reforma introducida por la Ley 31/2014, si bien es cierto que el art. 529 octies LSC sí lo hacía pero para entidades cotizadas. Las referencias legales a su figura eran por tanto limitadas y se recogían en el art. 250 LSC (al establecer que los acuerdos del Consejo serían firmados por su Presidente y el Secretario) y en el art. 109 del Reglamento del Registro

Mercantil, así como referencias puntuales en los Códigos de Buen Gobierno de algunas entidades cotizadas³⁴.

El Secretario es designado por el Consejo (tras el preceptivo informe de la Comisión de nombramientos y retribuciones) y salvo que los Estatutos dispongan lo contrario, este no necesariamente habrá de ser consejero, cabiendo incluso la posibilidad de que en un mismo Consejo de Administración existan un Secretario consejero y uno no consejero³⁵. El hecho de que lo sea o no reviste una enorme importancia, pues únicamente en caso afirmativo tendrá derecho de voto en las decisiones del Consejo y en consecuencia responderá de las actuaciones sociales.

Por su parte, la **figura del Letrado Asesor** no aparece regulada en la LSC, sino que se regula principalmente³⁶ en la Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles. A pesar de las numerosas modificaciones que se han producido en nuestro Derecho

³⁴ El Código Unificado de Buen Gobierno de 2006 establece en su recomendación 17.a que “...el Secretario del Consejo juega un papel clave en el buen funcionamiento del Consejo de Administración, debiendo para ello 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. Su función debe desarrollarse siempre de conformidad con la normativa externa e interna de la propia sociedad, y teniendo presente las recomendaciones de Buen Gobierno”.

³⁵ En las sociedades de capital pueden existir los siguientes tipos de consejeros: (i) *consejeros ejecutivos o internos*, que tienen funciones directivas en la empresa y vinculación laboral o mercantil con la misma (además de la de consejero). Además, cuando un consejero desempeñe funciones de dirección y simultáneamente sea o represente a un accionista significativo en la empresa, será también considerado ejecutivo (art. 529 duodecies LSC); (ii) *consejeros no ejecutivos*, que se definen en sentido negativo como todos aquellos que no son ejecutivos, pudiendo revestir las formas de dominicales, independientes u otros externos; (iii) *consejeros dominicales o propietarios*, que son aquellos con una participación accionarial igual o superior a la considerada significativa o bien quienes han sido designados en función de su condición de accionistas, aunque su participación no alcance dicha cuantía (art. 529 duodecies.3 LSC); (iv) *consejeros independientes*, nombrados en atención a sus condiciones personales o profesionales, sin vinculación laboral o financiera con la sociedad (se trata de profesionales de renombre que por su reputación o experiencia profesional son invitados a participar en el Consejo).

³⁶ En tanto el letrado-asesor es un profesional del ejercicio de la abogacía, también formará parte del régimen normativo regulador de este tipo de profesiones, esto es, el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE). Será de aplicación también la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

societario, la referida ley a penas se ha visto alterada³⁷, por lo que en ocasiones puede suscitar dificultades la conciliación de las disposiciones referentes al Letrado Asesor (intactas desde su promulgación) con las novedosas y complejas normas societarias, especialmente en lo que se refiere a los aspectos no contenidos en la Ley 39/1975.

La Ley no establece quién nombrará al Letrado, pero parece claro que en tanto su figura es inherente al Consejo, sea este quien lo haga, pudiendo ser tanto una persona física como jurídica³⁸. En el segundo caso suele tratarse de Sociedades Profesionales³⁹, siendo infrecuente que se encarguen otro tipo de entidades. En cualquier caso, el Letrado no podrá desempeñar este cargo en más de cinco sociedades (art. 2.1 LLA).

El fundamento de su existencia radica en la complejidad que muchas veces reviste la normativa societaria, lo que dificulta que los acuerdos adoptados por el Consejo se ajusten a la normativa vigente pudiendo incluso dar lugar a indeseados conflictos ante los Tribunales. Por ello, no es de extrañar que cuando la sociedad no cuente con un Secretario o un miembro de su órgano de dirección o del Consejo en calidad de Letrado en ejercicio, la Ley aconseje o imponga la designación de un Letrado, en aras de garantizar que las decisiones del Consejo son acordes a la Ley. Así, el nombramiento de un Letrado Asesor será obligatorio en los siguientes supuestos (art. 1.1 LLA):

- (i) En caso de *Sociedades domiciliadas en España*, cuando su capital sea igual o superior a 300.506 euros o su volumen de negocios, según el balance y la documentación contable correspondiente al último ejercicio fiscal, alcance la cifra de 601.012 euros o la plantilla de su personal fijo supere los cincuenta trabajadores.

³⁷ La única modificación ha sido la derogación del segundo inciso del art. 1.4 LLA, establecida en el ap. 5 de la Disp. Derog. de la Ley 19/1989, de 25 julio (BOE 178, de 27 julio 1989), de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas comunitarias en materia de sociedades (LRPA).

³⁸ Consejo General de la abogacía Española. Comisión Jurídica Informe n. 4/2011, “La regulación de los letrados asesores del órgano de administración de sociedades mercantiles y sobre la posibilidad de designar a letrados personas jurídicas”, publicado en *Informes 2011*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

³⁹ Aquellas sociedades cuyo objeto consista en el ejercicio común de una actividad profesional, el asesoramiento jurídico en este caso (Artículo 1.1 Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales).

- (ii) Para *Sociedades domiciliadas en el extranjero*, cuando el volumen de sus operaciones o negocios en las sucursales o establecimientos que tengan en España sea igual o superior a 300.506 euros o su plantilla de personal fijo supere los cincuenta trabajadores.

Una vez se han encuadrado ambas figuras y su situación en la sociedad, es necesario estudiar con un poco de detenimiento las funciones que las mismas desempeñan, pues únicamente así se podrá comprobar si están en condiciones de ocuparse del Cumplimiento Normativo de la empresa.

Las funciones del Secretario se tipifican en el art. 529 octies.2 LSC y consisten fundamentalmente en asegurarse de que la organización y el funcionamiento del Consejo son correctos, se adaptan a lo dispuesto en los Estatutos y demás normativa interna (novedad introducida por la Ley 31/2014) y externa. Así, será de su competencia conservar los documentos del Consejo, haciendo constar en el libro de actas el desarrollo de las sesiones, su contenido y las resoluciones adoptadas, así como asistir al Presidente del Consejo para facilitar que los consejeros reciban la información necesaria para desempeñar sus cargos de forma adecuada⁴⁰. Además, el Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de 2015 al que ya se ha hecho referencia establece en su recomendación 35 que el Secretario tendrá que velar para que en sus actuaciones y decisiones el Consejo de Administración tenga presentes también las recomendaciones de dicho Código.

Enlazando esta cuestión con el hecho de que es el órgano de administración (el Consejo en este caso) el que tiene atribuida la función de adoptar y ejecutar el modelo de Cumplimiento, se ve como el Secretario es una pieza fundamental al tener atribuida expresamente la tarea de garantizar que las decisiones del mismo se ajusten a la Ley y los Estatutos. Por ello, no podrá dejar de revisar, en representación del Consejo, los

⁴⁰ Otras funciones en relación con estas pero más específicas serían asistir al Presidente en la convocatoria y elaboración del orden del día de las reuniones del Consejo; inscripción en los Registros Públicos los acuerdos adoptados que así lo requieran; emisión de certificaciones sobre los acuerdos con el visto bueno del Presidente (...). Fuente: Instituto de Consejeros Administradores en Asociación Española de Consejeros, “Funciones de los Consejeros”, *Publicaciones para el mejor desempeño de la función de Consejero y del Consejo*, Madrid, Enero 2012 (disponible en: http://iconsejeros.com/sites/default/files/archivos/miscelaneo/funciones_consejeros_sl.pdf).

programas de Cumplimiento que se pretendan adoptar, analizando si estos se ajustan a la legislación vigente y a la normativa estatutaria. Sin embargo y como se ha comentado previamente, es lógico que para desempeñar este cometido el Secretario cuente con el asesoramiento jurídico adecuado, pues a no ser que este sea Letrado en ejercicio o tenga conocimientos jurídicos, no estará capacitado para decidir correctamente acerca de la adecuación del plan propuesto. Es en este punto en el que conviene analizar las funciones del Letrado Asesor.

Tal y como su propio nombre indica, su función consiste en asesorar en Derecho al Consejo de Administración sobre las decisiones que este quiera adoptar. Así lo dispone el art. 3 LLA al señalar que sus funciones serán las que le atribuyan los Estatutos, relacionadas con las habituales de su profesión como es evidente (representación judicial por ejemplo), además del asesoramiento en Derecho al Consejo sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que este adopte. Por otra parte, el Reglamento del Registro Mercantil dispone que en caso de que se superpongan las funciones de Secretario y Letrado, el primero tendrá además de sus funciones de asistencia letrada, la de certificar las actas y acuerdos adoptados, así como la llevanza, conservación y elevación a instrumento público de la documentación social respecto de la que tenga estas facultades (art. 108.1 RRM)⁴¹.

De todo lo anterior parece entreverse como, a pesar de a día de hoy todavía no se contempla la posibilidad de que sea una persona ya existente en la sociedad la que vaya a ocuparse de la función de Cumplimiento, la idea parece tener bastante viabilidad práctica para la figura del Letrado. Este profesional es un verdadero conocedor de la materia y estaría perfectamente capacitado para ocuparse del Cumplimiento, pues tras el análisis de sus funciones puede verse como este no deja de ser su cometido esencial. En los siguientes apartados se seguirán estudiando las diversas alternativas a través de las dos cuestiones previamente propuestas.

⁴¹ Pérez Pueyo, A., *Secretario del consejo de administración & company secretary*, en *Cuadernos Aragoneses de Economía*, v. 13, n. 1/2003, pp. 215 y ss.

3.2 Segunda cuestión. La aprobación del Plan de Cumplimiento Normativo es competencia del Consejo de Administración.

Es este apartado se pretende traer a colación un segundo argumento que permitirá cuestionar el actual sistema de Cumplimiento que rige en las empresas españolas. Esto es, poner en duda el hecho de que necesariamente haya que contratar un Responsable de Cumplimiento para desarrollar la función.

Como ya se ha dicho en repetidas ocasiones a lo largo del trabajo, el Consejo es el encargado de aprobar el plan de prevención que le presente la figura que finalmente se ocupe de su diseño.

El Consejo es un órgano colegiado y como tal ha de adoptar sus decisiones de forma consensuada, por mayoría. En este sentido, puesto que las opiniones de los distintos consejeros pueden ser cuanto menos discordantes, no es de extrañar que la Ley prevea la posibilidad de que el Consejo delegue parte de sus facultades de gestión y representación en una o varias personas, sin perjuicio de la existencia de determinadas facultades legalmente concebidas como indelegables (art. 249 bis y art. 529 ter LSC). Aparecen así las figuras del Consejero delegado y de las Comisiones delegadas o consultivas (art. 249 LSC). El Consejero delegado (o la Comisión en su caso) se moverá en el ámbito de los poderes recibidos, sin rebasar los límites establecidos en el acuerdo de delegación, pues en caso contrario responderá de las consecuencias de la extralimitación (a través de mecanismos como la acción social de responsabilidad prevista en el art. 238 LSC, entre otros). La ley permite que el cargo de Consejero delegado sea ostentado por el propio Presidente⁴².

⁴² Recuérdese que es obligatorio para las S.A. cotizadas la designación de un Presidente (necesariamente consejero) y en su caso, un Vicepresidente. Este es el máximo responsable del funcionamiento eficaz del Consejo y, además de las funciones que le confieran los Estatutos, se ocupará de la convocatoria y presidencia de las reuniones del Consejo y del establecimiento del orden del día. Asumirá la presidencia, salvo disposición en contrario, de la Junta General de Accionistas y garantizará que los consejeros reciban la información acerca del orden del día con suficiente antelación, además de dirigir los debates de los consejeros “estimulando su participación activa” (art. 529 sexies LSC).

A pesar de que se constituyan en el seno del Consejo distintas comisiones y de que se nombre un Consejero delegado, la Ley sigue atribuyendo al Secretario en exclusiva la función de garantizar que las decisiones del Consejo se ajusten tanto a las Leyes como a los Estatutos. Por tanto, recae sobre el Secretario, en representación del Consejo, la máxima responsabilidad acerca de la legalidad de sus actuaciones. Para poder cumplir su objetivo, necesariamente habrá de disponer de asesoramiento jurídico. Si él mismo no tiene la condición de Letrado en ejercicio (u otro miembro de la alta dirección empresarial o del Consejo) habrá de contar con el Letrado Asesor específicamente nombrado, pues en caso contrario no estará capacitado para decidir de forma correcta sobre los planes de Cumplimiento a adoptar.

Lo que se quiere exponer aquí es que independientemente de que el que elabore el modelo sea una figura independiente, incluso externa a la sociedad, el Consejo habrá de aprobarlo en todo caso antes de su implementación. El Secretario será el encargado de informar al resto de consejeros sobre la pertinencia o no del mismo en función de si se ajusta o no a los requisitos legales y Estatutarios, tarea para la que puede estar o no capacitado, caso en el que acudirá al Letrado para que le asesore. Es decir, que en todo caso el este tendrá una importancia decisiva en la configuración del modelo, pues si finalmente entendiese que el plan propuesto no es viable, propondría al Secretario su modificación o su no adopción. No es por ello descabellada la idea de que sea este quien desde un primer momento diseñe y configure el plan a aprobar, en tanto la ejecución o no del mismo habrá de pasar necesariamente por su “filtro”. Al respecto existen diversos argumentos en contra, especialmente relacionados con el conflicto de interés, los cuales serán tratados más adelante.

En este sentido, llama mucho la atención que no sean pocas las sociedades que, aun debiendo, no disponen de un Letrado Asesor. Es más, podría decirse que son la mayoría. Acabamos de ver como se trata de una pieza fundamental en el Consejo, pues de su asesoramiento depende que sus decisiones se adopten válidamente y sus actuaciones sean conforme a Derecho, evitando incurrir en responsabilidad. Que Letrado no sea una figura muy recurrente ha contribuido el tratamiento que el legislador ha conferido a la figura. No tiene demasiado sentido que no se haga ninguna referencia

al mismo en la LSC, creándose una Ley específica que regula la figura de forma demasiado escueta (la Ley 39/1975 únicamente tiene tres artículos).

El legislador ha abordado, para bien o para mal, la renovación y actualización de figuras básicas como la de los administradores sociales, el administrador concursal, el Responsable de Cumplimiento (insistimos, refiriéndose únicamente a la función, no al cargo), los expertos independientes o el auditor. Sin embargo la figura del Letrado sigue anclada en la regulación de los años setenta (con una modificación mínima en 1989). La actividad legislativa se ha centrado en las normas de Derecho de Sociedades que modifican y crean distintas instituciones corporativas (como el caso de la función de Cumplimiento) y actualizan a las circunstancias actuales figuras ya existentes como la del administrador o el auditor. No ocurre lo mismo con la del Letrado. Este olvido del legislador sorprende todavía más en la medida en que indirectamente y como consecuencia de toda la renovación de la normativa mercantil (especialmente, Ley 31/2014) y penal (Leyes 5/2010 y 1/2015) el Letrado cobra un interés relevante en cuestiones de responsabilidad penal de la empresa y de Cumplimiento Normativo.

Se concluye así que la figura del Letrado Asesor parece ser “la gran olvidada”, y puede que por ello no se haya postulado todavía para ocuparse del Cumplimiento Normativo de la empresa⁴³. Las consecuencias de este “olvido” van más allá del pragmatismo o de la conveniencia de que esta figura desarrolle la función de Cumplimiento. Si bien la designación de un Letrado no afecta a la legalidad de los acuerdos adoptados por el Consejo (pueden ser perfectamente válidos aunque no se hayan adoptado con el recomendable asesoramiento jurídico), la falta de nombramiento podrá ser objeto de valoración en todo proceso de responsabilidad contra los administradores, dejando en manos del Juez las consecuencias que tiene tal carencia. A ello ha de sumarse que, según el art. 31 bis CP, la sociedad responde por los hechos delictivos cometidos no solo por acción sino también por omisión del debido control, lo que permite hacerse una idea de hasta qué punto será valorada a la hora de determinar la responsabilidad penal de la empresa la falta de designación de un Letrado cuando era preceptivo. Por desgracia, no existe jurisprudencia al respecto ni tampoco la hay sobre el impacto que la

⁴³ Vargas, L.; García, Á., “El letrado asesor el gran olvidado”, publicado en *Togas.biz*, 28 de Abril 2016. Disponible en: <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-el-letrado-asesor-el-gran-olvidado/>.

ausencia de Letrado tiene en los procesos sobre responsabilidad social derivada de los acuerdos del órgano de administración, lo cual nos lleva a reafirmar que su figura es, aun inexplicablemente, la “gran olvidada” en las sociedades.

3.3 Tercera cuestión. La responsabilidad por el Cumplimiento Normativo en la empresa.

La última de las cuestiones o argumentos propuestos para terminar de esclarecer la utilidad o conveniencia de cada una de las alternativas que aquí se están barajando pasa por analizar la responsabilidad del Cumplimiento en la empresa. ¿Quién es su verdadero responsable?. Teóricamente deberían existir dos escenarios de responsabilidad: primero, la relativa al diseño, implementación y ejecución correcta del modelo y, segundo, la responsabilidad a la que puede ser declarada la persona jurídica en caso de que este falle y la empresa acabe cometiendo actuaciones ilegales. Como se analizará en las líneas siguientes, en ambos casos la responsabilidad recae sobre el órgano de administración social.

Los administradores en general, y el Consejo en particular, son los encargados de la representación y gestión de la sociedad y en consecuencia responderán frente a esta, los socios y acreedores de los daños que puedan causar con sus actuaciones, en caso de que estos sean contrarios a la ley o actúen infringiendo los deberes inherentes a sus cargos (art. 225-229)⁴⁴. De hecho, incluso en el caso de que la Junta General hubiese ratificado sus acuerdos, no quedarán exentos de culpa. En caso de que el Consejo hubiese delegado sus facultades en un Consejero Delegado, este será el máximo responsable de las decisiones adoptadas, pues decidirá en representación o “sustitución” de los demás. En caso de que no haya habido delegación, la responsabilidad recaerá sobre la persona que ostente las facultades de más alta dirección dentro de la empresa (art. 236.4 LSC). Recuérdese que tal responsabilidad es solidaria entre todos los administradores que hubiesen aprobado el acto delictivo (salvas las excepciones establecidas en el art. 237 LSC).

⁴⁴ Estos son el deber de diligencia, discrecionalidad empresarial, lealtad y deber de evitar el conflicto de intereses.

Como se ha venido comentando, el Secretario es el máximo responsable de que las decisiones adoptadas por el Consejo sean conforme a Derecho y Estatutos. Esta responsabilidad se deriva directamente de las funciones que la LSC le atribuye en el art. 529 octies. Es importante recordar que ello no ocurrirá en el caso de que el Secretario no sea consejero, pues este únicamente desempeñará funciones de índole consultivo y asesorativo sin tener derecho de voto en la adopción de acuerdos del Consejo, por lo que no responderá de los mismos como sí lo hará el Secretario consejero.

En el caso del Letrado Asesor ocurre lo mismo que con el Secretario no consejero. Su función no deja de ser asesora y no tiene derecho de voto, por lo que no responderá de las decisiones que el Consejo adopte. A pesar de que su cometido es asegurarse de que las actuaciones sociales se ajustan a Derecho, no responderá si finalmente ocurre lo contrario. Sin embargo, sí sería responsable del incumplimiento de las funciones que su contrato profesional establezca o bien de los deberes deontológicos que han de inspirar sus actuaciones, pero ello es independiente a la responsabilidad de las actuaciones sociales. Su responsabilidad no va más allá del ámbito de su relación profesional, supuesto en el que el órgano de administración decidiría las consecuencias del incumplimiento, probablemente la terminación del contrato.

En caso de que finalmente se terminase por designar un Responsable de Cumplimiento independiente, es importante saber que este, con su actuación delictiva, puede transferir la responsabilidad a la sociedad. El art. 31 bis CP considera que las personas jurídicas podrán ser penalmente responsables por los delitos que cometan, por un lado, los administradores o personas en quienes estos hayan delegado, y, por otro, quienes estén sometidos a la autoridad de los mismos y hayan delinquido porque no se ha ejercido sobre ellos los deberes de supervisión, vigilancia y control requeridos. El Responsable de Cumplimiento se encuentra claramente entre los sujetos que ostentan facultades de organización y control dentro de la sociedad, por lo que en caso de que estos actúen de forma contraria a la Ley (o bien la incumplan por omisión) podrán trasladar a la persona jurídica la responsabilidad penal a la que nos hemos venido refiriendo.

Sin embargo, el Responsable de Cumplimiento no será el que finalmente haya de cargar con las consecuencias de la ilegalidad de las actuaciones y la consiguiente

responsabilidad penal de la persona jurídica. Este el responsable directo de la correcta ejecución e implementación del programa de Cumplimiento y (según lo que venimos comentando) de su diseño, pero en todo caso responderá el órgano de administración (el Consejo) de que el programa se ajuste a la normativa vigente y se adecue a las circunstancias concretas.

Al igual que ocurría con el Letrado, el Responsable de Cumplimiento únicamente podrá ser responsable de no haber desempeñado correctamente las funciones propias de su contrato profesional. Estos supuestos son muy numerosos y están relacionados con la falta de ejecución o ejecución incompleta del programa⁴⁵. Tiene especial relevancia el hecho de no informar al Consejo de los incumplimientos del programa que se susciten o el hecho de no poner en su conocimiento los posibles riesgos o deficiencias detectadas. El establecimiento de un sistema de prevención defectuoso o desactualizado (bien por su generalidad, bien por omisiones o su falta de idoneidad y/o eficacia) o la falta de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de dicho sistema también comportarán que sea declarado responsable por el incumplimiento de su contrato. Por tanto, cuando este incumpla sus funciones, el Consejo tomará medidas al respecto (probablemente cesándolo en el ejercicio de sus funciones), pero las consecuencias no irían más allá.

Como ya se ha comentado previamente, cuando la persona jurídica sea declarada penalmente responsable recaerá sobre esta la carga de la prueba de su inocencia, lo que implica probar “que hizo todo lo posible por evitar la comisión del delito” o lo que es lo mismo, que adoptó modelos preventivos que cumplieran con los requisitos y condiciones exigidos. Si el propio Letrado elaborase el plan de Cumplimiento estaría mucho más capacitado para su defensa en caso de que este fallase y la persona jurídica fuese condenada, pues deberá hacerlo igualmente aun sin haberlo elaborado al ser el asesor jurídico de la empresa. Por ello, tiene mucho más sentido que sea el propio Letrado el que elabore y ejecute el modelo de prevención desde un primer momento de cara a lograr una defensa más completa y sólida.

⁴⁵ Las funciones básicas del Oficial de Cumplimiento, cuyo incumplimiento podría generar la responsabilidad profesional del mismo, pueden consultarse en el apartado *3.1 Primera Cuestión. El Responsable del Cumplimiento Normativo*.

En conclusión, la responsabilidad última del programa de Cumplimiento Normativo (y en consecuencia de las actuaciones sociales) va a recaer en el Consejo, con independencia de quien lo diseñe e incluso quien lo ejecute, aunque ello tenga posteriores implicaciones a nivel profesional para quienes tengan encomendadas estas tareas. Este parece un argumento de bastante peso para confirmar la teoría que aquí se ha venido comentando de que sería razonable que fuese un miembro del propio Consejo el que se ocupase de la función de Cumplimiento. Y con dicho miembro nos estamos refiriendo, como no podía ser de otra manera, al Letrado Asesor. Bien es cierto que este tampoco responderá de las actuaciones sociales, pero sí es indirectamente responsable al ejercer la función consultiva tanto del Secretario como del Consejo, por lo que al final, todos los programas de Cumplimiento que hayan de ser aprobados dependerán de lo que el Letrado haya dictaminado al respecto.

Por todo ello podemos decir que no se vería demasiado sentido a que el Consejo no interviniese en la elaboración del plan de Cumplimiento que haya de ser implementado en la sociedad ni tampoco en su posterior implementación, pues la responsabilidad de que finalmente este sea eficaz o no y evite la comisión de ilícitos civiles o penales recaerá sobre estos. Si a ello se le suma que hay un miembro directamente vinculado al Consejo que tiene como función principal velar porque las decisiones del mismo (y en consecuencia las actuaciones sociales) sean conforme a Derecho y Estatutos, no existen demasiadas dudas acerca de la conveniencia de nuestra propuesta. De hecho, en las pequeñas empresas sí se contempla directamente que la función sea ejercida por el propio órgano de administración. En este sentido y siempre que existan en la organización medios adecuados, ¿por qué no se ha previsto que ocurra lo mismo en las grandes empresas, que además es más probable que dispongan de un Letrado Asesor⁴⁶?

4. Recopilación de argumentos e ideas.

En este apartado se busca que el lector distinga las tres figuras a las que se ha venido haciendo referencia y termine de formarse una opinión acerca de su posible compatibilidad y presencia simultánea en la empresa.

⁴⁶ Ello se debe a que para que se constituya un Consejo de Administración es necesario que exista un número mínimo de consejeros o bien se trate de una sociedad cotizada.

Si se analizan con detenimiento las funciones, los sujetos que pueden desempeñar cada cargo y los supuestos de responsabilidad, se llegará a la conclusión de que es factible que al menos dos de los cargos sean ostentados por una misma figura, pues de no hacerlo terminaría habiendo en la sociedad un solapamiento de funciones y diversos sujetos desempeñando las mismas tareas. Dado que tampoco pueden establecerse diferencias en materia de responsabilidad, las conclusiones son más que evidentes.

	Secretario del Consejo	Letrado Asesor	Responsable de Cumplimiento
Regulación	Art. 529 octies LSC; referencias en art. 250 LSC y art. 109 RRM.	Ley 39/1975 (LLA).	No expresamente regulado. Referencias art. 31 bis CP.
Nombramiento	Consejo de Administración.	Consejo de Administración.	Órgano de Administración.
Sujetos susceptibles de desempeñar el cargo	Consejero o no. Persona Física. Se presume tendrá conocimientos jurídicos suficientes.	El cargo puede ser desempeñado por el Secretario o cualquier miembro de la sociedad que ostente la condición de Letrado, incluidos consejeros. Persona física o jurídica (sociedades profesionales habitualmente). Licenciado en Derecho.	Órgano interno de la sociedad o externo. Órgano unipersonal o pluripersonal. Licenciado en Derecho o Administración y Dirección de Empresas. PYMES: puede ser el propio órgano de administración.
Obligatoriedad	Sí para sociedades cotizadas.	Sí cuando: - Sociedades domiciliadas en España: capital mayor 300.506 euros/volumen negocios mayor 601.012 euros/más 50 trabajadores. - Sociedades domiciliadas en el extranjero: volumen operaciones en España mayor 300.506 euros/más 50 trabajadores. No si la sociedad cuenta ya con un Letrado en ejercicio.	Sí si la sociedad implementa Programas de Cumplimiento Normativo.
	Puede ser Secretario de varias	Puede ser Letrado Asesor	Puede serlo de

Compatibilidad con otros cargos	sociedades, pero si es consejero habrá que atender a las limitaciones estatutarias de las distintas sociedades. Puede desempeñar otras funciones, más habitual si no es consejero.	de máximo 5 sociedades. Puede desempeñar otras funciones jurídicas además de las de Letrado Asesor.	distintas sociedades. Puede desempeñar otras funciones además de las de Responsable de Cumplimiento.
Funciones	<p>Art. 529 octies LSC:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Conservar documentación Consejo, hacer constar en el Libro de Actas desarrollo sesiones y acuerdos adoptados por el Consejo. - Velar porque actuaciones Consejo se ajusten a la normativa aplicable (externa e interna). - Asistir al Presidente del Consejo (convocatoria y elaboración orden del día) facilitando que consejeros reciban información relevante. <p>Además:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Llevar y custodiar libros oficiales. - Inscripción de los acuerdos en los Registros Públicos. - Dar fe resoluciones adoptadas. - Velar porque actuaciones Consejo respeten recomendaciones del Código de Buen Gobierno sociedades cotizadas. - Revisar la legalidad de los Programas de Cumplimiento a adoptar por el Consejo. <p>Si el Secretario no es consejero: limitación de funciones (redacción, firma y custodia del Libro de Actas).</p>	<p>Art. 3 LLA:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Funciones propias de su profesión asignadas por los Estatutos. - Asesorar en Derecho al Consejo sobre la legalidad de sus acuerdos. <p>Art. 108.1 RRM: Si Secretario y Letrado Asesor son la misma persona: funciones de asistencia letrada, certificar Actas y acuerdos adoptados, llevanza, conservación y elevación a público de la documentación social.</p>	<p>No expresamente reguladas.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Supervisión, vigilancia y control del modelo de Cumplimiento Normativo adoptado en la empresa. - Generalmente, diseño del Programa de Cumplimiento identificando obligaciones a las que está sujeta la empresa. - Comunicar los Programas y sus obligaciones a los empleados, coordinar su formación continua, solventar dudas. - Informar al órgano de administración de riesgos e incumplimientos del modelo. - Implementar medidas y controles para detectar nuevos riesgos e incidencias. - Modificación del modelo y/o imposición de sanciones en su caso.
Adopción de acuerdos Consejo	Secretario consejero: asistencia a sesiones del Consejo y derecho de voto	Puede asistir pero carece de derecho de voto.	Puede asistir pero carece de derecho de voto.

	Secretario no consejero: puede asistir, pero no tiene derecho de voto.		
Retribución	Fijada previamente pero negociable en función de los resultados sociales.	Fijada en el contrato, independiente de los resultados de la entidad.	Fijada en el contrato, independiente de los resultados de la entidad.
Deberes inherentes al cargo	No tipificados expresamente. Si es consejero, son de aplicación los deberes exigibles a los administradores (art. 225-229 LSC): diligencia, lealtad, discrecionalidad empresarial y evitar conflicto de intereses.	No tipificados expresamente. Aplicable lo dispuesto en el Código Deontológico de la Abogacía Española: principios de confidencialidad, secreto profesional, confianza, entre otros.	No tipificados expresamente. El ejercicio de sus funciones conlleva que le sea exigible la máxima diligencia. Otros como: compromiso, liderazgo, comunicación efectiva, confidencialidad e integridad.
Cese en el ejercicio del cargo	Competencia del Consejo. Causas no tipificadas expresamente. Dependerán del desempeño del cargo (incumplimiento de deberes o gestión muy deficiente). Se aplican analógicamente las de cese de los administradores cuando sea consejero (art. 223,224,238 LSC). Consecuencias: si el secretario consejero es cesado como administrador, automáticamente deja de ser Secretario, salvo modificación estatutaria previendo un Secretario no consejero.	Competencia del órgano de administración. Causas no tipificadas expresamente. Atender a lo dispuesto en el contrato. Generalmente: mal desempeño de sus funciones, incumplimiento deberes deontológicos, intereses opuestos a los de la sociedad, incapacitación para el ejercicio del cargo...	Competencia del órgano de administración. Causas no tipificadas expresamente. Atender a lo dispuesto en el contrato. Generalmente: conflictos de interés, falta de autonomía, incumplimiento deberes confidencialidad y lealtad, incumplimiento funciones, incapacitación ejercicio del cargo...
Responsabilidad	Secretario consejero: responsable de la legalidad de las decisiones del Consejo. Secretario no consejero: no responsable. Responde por: - Incumplimiento de sus funciones (art. 529 octies LSC). - Si es consejero, aplicación de lo dispuesto para los administradores sociales (art. 236, 237 LSC).	No responsable de la legalidad de las decisiones del Consejo. Responsable directo del correcto asesoramiento legal al Consejo. Consecuencias incumplimiento: responsabilidad por haber incumplido contrato, no fuera de este ámbito.	No responsable de la legalidad de las decisiones del Consejo. Responsable directo ejecución Programa de Cumplimiento. Consecuencias incumplimiento: responsabilidad por haber incumplido contrato, no fuera de este ámbito.

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la LSC, LLA, Libro Blanco de Compliance y Estatuto de la Profesión del Compliance Officer.

Parte tercera. Reflexiones finales y conclusiones.

1. En España se ha importado directamente el modelo de Cumplimiento anglosajón.

El Cumplimiento Normativo está en auge en España, llegando incluso a considerarse que existe un nuevo sector o práctica jurídica. Es cierto que la mayoría de grandes empresas, especialmente las que operan internacionalmente, optan por adoptar programas de Cumplimiento exhaustivos que les ayudan a no infringir los numerosos requerimientos normativos a los que se ven sometidas, como pueden ser las Leyes fiscales, requisitos sanitarios o medioambientales. Sin embargo, ocurre que la normativa española al respecto es muy escasa y se limita al art. 31 bis CP y a algunas recomendaciones del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. Por ello, hemos adoptado la técnica de importar directamente el modelo de Cumplimiento anglosajón, de manera que la mayor parte de empresas acogen la figura del Responsable de Cumplimiento típica de estos ordenamientos (*Compliance Officer*) para que se ocupe de esta función.

La aplicación práctica de la poca legislación existente acerca de la materia revela que la técnica adoptada no ha sido la más apropiada. En efecto, en países como Estados Unidos o Inglaterra, el Cumplimiento Normativo no solo funciona correctamente, sino que es un referente mundial. Sin embargo, la legislación y el entramado empresarial español son muy distintos de los de estos países, por lo que la importación no parece estar dando los mejores resultados. En concreto, el legislador se ha quedado corto y ni siquiera ha especificado cual es la figura que ha de desempeñar la función, dejando la puerta abierta a distintas posibilidades. Si pensaba en el Responsable de Cumplimiento anglosajón debería haberlo previsto expresamente y haber regulado sus funciones de forma precisa, evitando el solapamiento que se está produciendo. La técnica falla principalmente porque en las sociedades españolas existía ya una figura idónea para el cargo, y así tendría que haberlo previsto el legislador cuando se reformó la norma penal.

2. La figura del Secretario del Consejo de Administración no se postula como la mejor opción para desempeñar la función de Cumplimiento Normativo.

No cabe duda de que el Secretario que sea profesional del Derecho (especialmente si desempeña también la figura de Letrado Asesor) realiza en la sociedad una función de asesoramiento jurídico, velando porque se respete la legalidad, tanto externa como interna, en las decisiones que adopte el Consejo. Y ello lo hace por imperativo legal, dando respuesta a las exigencias del art. 529 octies LSC. Puede entenderse que el legislador concibe al Secretario como el propio Responsable de Cumplimiento del Consejo, pues es difícil encontrar otra interpretación a la afirmación de que el Secretario habrá de “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”. El Consejero Delegado sería así el “gestor cotidiano” de la actividad de la empresa, quedando su actuación sujeta al control y vigilancia del Consejo, donde el Secretario sería el máximo responsable de vigilar que sus acciones se ajustasen a Derecho.

En efecto, el Secretario estaría en una posición orgánica privilegiada para desempeñar la función, teniendo acceso directo a toda la documentación y Comisiones de la sociedad, algo que, a pesar de estarle legalmente permitido el Responsable de Cumplimiento, no suele ser tan sencillo. Por otra parte, que la función de Cumplimiento fuese desempeñada por un miembro con la importancia del Secretario aumentaría su autoridad en la organización.

Sin embargo, ¿qué ocurriría en aquellos casos en los que el Secretario no ostentase la condición de Letrado?. Ya se ha comentado que este no necesariamente debe tener conocimientos jurídicos para desempeñar su función, pudiendo recurrir al asesoramiento de un Letrado Asesor. De hecho, ello sería lo ideal para que las decisiones del Consejo fueran verdaderamente objetivas y se evitase incurrir en situaciones de conflicto de interés. En estos casos, el Secretario necesitará al Letrado Asesor para decidir si aprobar o no un programa de Cumplimiento.

3. El Letrado Asesor: la mejor alternativa.

El Letrado Asesor es la figura idónea para desempeñar la función. En primer lugar, sería la oportunidad para “rescatar” una figura de enorme importancia en las sociedades pero

que parece haber caído en el olvido, ya que no se utiliza ni siquiera en los casos en que la Ley así lo exige. Se ha visto ya como es una figura totalmente capacitada para el cargo, pues sus funciones son acordes con lo poco que el art. 31 bis señala respecto del Cumplimiento, y además tampoco existen incompatibilidades al respecto. De hecho, lo interesante sería que el Cumplimiento Normativo se incluyese dentro de su ámbito de actuación, ya que sus funciones (asesorar al Consejo en Derecho) están totalmente relacionadas con las que incluye esta novedosa práctica. Es más, diríamos que vienen a ser las mismas. De no hacerlo, se estaría vaciando de contenido, todavía más si cabe, su propia función.

Como se trata de una figura en desuso pero de gran potencial, algunos despachos de abogados podrían ver en el Letrado Asesor una oportunidad de negocio, pasando a ocuparse tanto de las tareas que la propia Ley 39/1975 encomienda al Letrado como del Cumplimiento Normativo de la empresa. Es algo en lo que parece no haberse pensado, probablemente por el desconocimiento o poca información acerca de este sujeto.

4. No existe conflicto de intereses. El objetivo último es evitar la responsabilidad penal de la sociedad.

La mayor parte de argumentos que existen en contra de que sea un miembro directamente relacionado con el Consejo el que se ocupe del Cumplimiento Normativo, es el posible conflicto de intereses. Lo que se argumenta es que en caso de que el Secretario o el Letrado Asesor diseñasen y ejecutasen el modelo, este no sería verdaderamente objetivo y siempre sería aprobado, pues el Secretario evidentemente aprobaría un plan diseñado por él mismo y el Letrado siempre aconsejaría a este la aprobación de su modelo. Sin embargo, parece que los que defienden esta postura olvidan el verdadero sentido de los modelos de prevención, que no es otro que exonerar a la empresa de la responsabilidad penal en la que pudiese incurrir. Por tanto, el primer interesado en que la empresa cumpla es el propio Consejo, pues es este el que responderá de las actuaciones sociales en caso contrario. Es decir, que en ningún caso se aprobaría de forma consciente un modelo que fuese a resultar fallido o que, por suponer un mayor coste (económico, financiero, de personal...), conllevara la responsabilidad de la sociedad. No debe olvidarse que esta responsabilidad no se extrapolaría al Secretario

no consejero ni al Letrado Asesor, que responden únicamente en el ámbito de su relación profesional con la sociedad.

5. Reflexión final. Ha de potenciarse la figura del Letrado Asesor.

El Letrado Asesor es la figura más indicada para desarrollar el Cumplimiento Normativo en la empresa, pero para ello es necesario que el legislador tome medidas al respecto. Constantemente se producen modificaciones en materia societaria, pero estas no han afectado en ningún caso a la Ley 39/1975. Dado que este es el único texto legal en el que se hace referencia al Letrado Asesor, si se quiere señalar a este sujeto para que se ocupe del Cumplimiento Normativo habrá que empezar por realizar una modificación completa a su regulación.

Así, en el art. 31 bis CP debería incluirse una referencia expresa al Letrado como sujeto encargado de la función del Cumplimiento, sustituyéndose la actual redacción referida simplemente a “un órgano de la persona jurídica”. Por otra parte, la Ley 39/1975 debería someterse a una revisión profunda. Primero, no parece descabellado postular que la figura del Letrado pase a ser obligatoria para todas las entidades cuyo órgano de administración sea un Consejo, con lo que habría que cambiar la Ley en este sentido. Segundo, deberían enunciarse con detalle las funciones que este ha de desempeñar en la sociedad, haciéndose constar expresamente que se ocupará de la de Cumplimiento Normativo y evitando indeseados solapamientos. Por último, podría ser también interesante que la propia LSC incluyese alguna disposición acerca del Letrado, refiriéndose a la obligatoriedad que en su caso se acordase y a su implicación en la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

Literatura.

Asociación Española de Compliance (ASCOM), Casanovas Ysla, A. (coord.), *Libro Blanco sobre la función de Compliance*, Madrid, Marzo 2017.

Asociación de Profesionales de Cumplimiento Normativo, *Estatuto General de la Profesión de Compliance Officer*, Madrid, Abril 2015.

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 5/2010.

Comisión Nacional del Mercado de Valores (2006). *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*.

Comisión Nacional del Mercado de Valores (2015). *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*.

Consejo General de la abogacía Española. Comisión Jurídica Informe n. 4/2011, “La regulación de los letrados asesores del órgano de administración de sociedades mercantiles y sobre la posibilidad de designar a letrados personas jurídicas”, publicado en *Informes 2011*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

De Carlos Bertrán, L., “La Sociedad Cotizada”, publicado en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 39-2015/31-42, Madrid, 15 de Enero 2015.

Díez Fuertes, A., “Consejo de Administración: tipos de consejeros”, *Blog Escuela Europea de Negocios*, 2015 (disponible en <http://www.een.edu/blog/consejo-de-administracion-consejeros.html>; última consulta 21/02/2017).

Enseñat de Carlos, S., *Manual del Compliance Office. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*, Aranzadi, Navarra, abril 2016.

Garberí, A.; Cuevas, J.A., “¿Qué es el Compliance Officer?”, *Actualidad Jurídica en Garberí Penal*, 15 de abril 2015 (disponible en: <http://www.garberipenal.com/que-es-el-compliance-officer/>).

Instituto de Consejeros Administradores en Asociación Española de Consejeros, “Funciones de los Consejeros”, *Publicaciones para el mejor desempeño de la función de Consejero y del Consejo*, Madrid, Enero 2012 (disponible en: http://iconsejeros.com/sites/default/files/archivos/miscelaneo/funciones_consejeros_sl.pdf).

Marsh Risk Consulting, *Diccionario de Compliance. Cumplimiento normativo de riesgos penales*, Marsh, Madrid, 2016.

Morales Prats, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis., 129, 130.2 CP) en Quintero Olivares, G. (coord.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Madrid, 2010, pp. 45-71.

Pérez Pueyo, A., *Secretario del consejo de administración & company secretary*, en *Cuadernos Aragoneses de Economía*, v. 13, n. 1/2003, pp. 215 y ss.

Puyol, J., *El funcionamiento práctico del canal de Compliance “whistleblowing”*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, enero 2017.

Remacha, M., “Compliance, Ética y RSC”, *Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, IESE Business School, n. 31, julio 2016.

Saiz Peña, C., *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos*, 1ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, junio 2015.

Siemens AG Annual Report, 2013, p. 126-128.

Legislación.

ISO/TC 309 Governance of organizations: *ISO 19600:2014 Compliance management systems: guidelines*, Diciembre 2014.

Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal.

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal.

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

Jurisprudencia.

Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo 966/2016, de 16 de marzo de 2016.

ANEXO

Presentación Power Point (*elaboración propia a partir de datos del trabajo que se presenta*).

Letrado Asesor, Secretario del Consejo y Responsable de Cumplimiento Normativo

CAMPOS DE COINCIDENCIA Y DELIMITACIÓN DE FUNCIONES

Contextualización del tema

1. Las reformas del Código Penal: la responsabilidad penal de la persona jurídica y el origen del Cumplimiento Normativo.
 - Ley Orgánica 5/2010.
 - Ley Orgánica 1/2015.
 - Importación directa del modelo de Cumplimiento anglosajón.
2. La reforma de la Ley de Sociedades de Capital. Implicaciones para el Consejo de Administración y sus miembros.
 - Endurecimiento del régimen de responsabilidad de los administradores.
 - Mejora del Gobierno Corporativo. Precisión de los deberes de diligencia y lealtad.
 - Nuevas facultades indelegables del Consejo: supervisión del correcto funcionamiento de las comisiones y órganos delegados constituidos y de los altos directivos designados.

El Cumplimiento Normativo en la empresa. Sujetos susceptibles de desempeñar la función

1. El aspecto personal del Cumplimiento Normativo. ¿Quién se ocupa de que la empresa cumpla?
2. Tres cuestiones fundamentales:
 - Quien elabore el plan de Cumplimiento habrá de tener necesariamente conocimientos de Derecho para poder conocer e interpretar la legislación vigente y la normativa estatutaria.
 - El Consejo es el encargado de aprobar el programa de Cumplimiento que se le presente. Para ello necesitará asesoramiento jurídico.
 - La responsabilidad última del incumplimiento normativo es siempre del Consejo de Administración.
3. Figuras postuladas para el desarrollo de la función de Cumplimiento:
 - Modelo anglosajón: el Responsable de Cumplimiento Normativo.
 - El Secretario del Consejo de Administración.
 - El Letrado Asesor del Consejo de Administración.

El Secretario del Consejo de Administración

- Regulación:** Art. 529 octies LSC; referencias en art. 250 LSC y art. 109 RRM.
- Nombramiento:** Consejo de Administración.
- Sujetos susceptibles de desempeñar el cargo:** Consejero o no. Persona Física.
- Obligatoriedad:** sí para sociedades cotizadas.
- Compatibilidad con otros cargos:** posibilidad de ser Secretario de varias entidades. Si es consejero, atender a limitaciones estatutarias.
- Funciones:** asegurarse de que la organización y funcionamiento del Consejo son correctos, se adaptan a la Ley, Estatutos y normativa interna. Detalladas art. 529 octies.2 LSC. Precisa asesoramiento jurídico.
- Adopción de acuerdos Consejo:** Secretario consejero, derecho de voto; Secretario no consejero, no tiene derecho de voto pero sí de asistencia a las sesiones.

El Secretario del Consejo de Administración

- Retribución:** fijada previamente pero negociable según resultados.
- Deberes inherentes al cargo:** si es consejero, se aplican art. 225-229 LSC: diligencia, lealtad, discrecionalidad empresarial y evitar conflicto de intereses.
- Cese en el ejercicio del cargo:** competencia del Consejo. No tipificadas expresamente, dependen del desempeño del cargo. Si es consejero, aplicación analógica causas destitución administradores (art. 223,224,238 LSC).
- Responsabilidad:** si es consejero, aplicación analógica art. 236, 237 LSC; si no es consejero, responde en el ámbito de su relación profesional, no por las actuaciones sociales.

El Letrado Asesor del Consejo

- Regulación:** Ley 39/1975 (LLA).
- Nombramiento:** Consejo de Administración.
- Sujetos susceptibles de desempeñar el cargo:** consejeros o miembros de la alta dirección si son letrados en ejercicio. En defecto: persona física o jurídica. Licenciado/graduado en Derecho.
- Obligatoriedad:** solo si no se dispone ya de letrado en ejercicio. Obligatorio: supuestos art. 1 LLA.
- Compatibilidad con otros cargos:** cargo en 5 sociedades máximo. Compatible con otras funciones.
- Funciones:** asesorar al Consejo sobre la legalidad de sus acuerdos (art. 3 LLA). Tratar de que las actuaciones sociales se adecuen a Derecho.
- Adopción de acuerdos Consejo:** derecho de asistencia pero no de voto.

El Letrado Asesor del Consejo

- Retribución:** fijada en el contrato; independiente de los resultados sociales.
- Deberes inherentes al cargo:** no tipificados expresamente. Aplicable Código Deontológico de la Abogacía Española.
- Cese en el ejercicio del cargo:** competencia del Consejo. Causas no tipificadas; atender a lo dispuesto en el contrato.
- Responsabilidad:** no responsable de actuaciones sociales. Responde en el ámbito de su relación profesional.

El Responsable de Cumplimiento Normativo

- Regulación:** no expresamente regulado. Referencias en art. 31 bis CP.
- Nombramiento:** órgano de administración.
- Sujetos susceptibles de desempeñar el cargo:** órgano interno o externo, unipersonal o pluripersonal. En posesión de un título de Derecho, ADE o equivalente. PYMES: vale el propio órgano de administración.
- Obligatoriedad:** sí cuando se implementan programas de Cumplimiento Normativo.
- Compatibilidad con otros cargos:** puede serlo en distintas sociedades. Compatible con otras funciones.
- Funciones:** no reguladas expresamente. Diseño, implementación, ejecución y control del modelo de Cumplimiento. Tratar de que las actuaciones sociales se adecuen a Derecho.
- Adopción de acuerdos Consejo:** derecho de asistencia pero no de voto.

El Responsable de Cumplimiento Normativo

- ❑ **Retribución:** fijada en el contrato; independiente de los resultados sociales.
- ❑ **Deberes inherentes al cargo:** no tipificados expresamente. Generalmente, compromiso, liderazgo, comunicación efectiva, confidencialidad e integridad.
- ❑ **Cese en el ejercicio del cargo:** competencia del órgano de administración. Causas no tipificadas; atender a lo dispuesto en el contrato.
- ❑ **Responsabilidad:** no responsable de actuaciones sociales. Responde en el ámbito de su relación profesional.

Conclusiones

1. En España se ha importado directamente el modelo de Cumplimiento anglosajón.
2. En consecuencia se produce un solapamiento de funciones. Existían ya figuras para ocuparse de la función de Cumplimiento.
3. La figura del Secretario del Consejo de Administración no se postula como la mejor opción para desempeñar la función de Cumplimiento Normativo.
4. El Letrado Asesor: la mejor alternativa.
5. No existe conflicto de intereses. El objetivo último es evitar la responsabilidad penal de la sociedad.
6. Reflexión final. Ha de potenciarse la figura del Letrado Asesor.