

**INFORME 4/2018**

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

**1) OBJETO DEL INFORME**

Hace más de un año se examinó por el Consejo General de la Abogacía Española (a través de su Comisión Jurídica) la actividad de los abogados como responsables de cumplimiento normativo de las personas jurídicas.

Tras las modificaciones del Código Penal en lo relativo a la responsabilidad penal de dichas personas jurídicas, el surgimiento de los modelos de prevención de riesgos penales como atenuantes, la posición de la Fiscalía General del Estado y la evolución doctrinal y jurisprudencial –bien que ésta todavía resulta incipiente- parece oportuno volver de nuevo sobre el tema.

La posición del abogado como director del cumplimiento normativo (el “*compliance officer*” en reconocida terminología anglosajona) fue objeto de énfasis y reforzamiento en la medida en que se trata de un profesional asistido de privilegios y poderes que son por completo ajenos a otros perfiles laborales.

Como entonces se dijo y no está de más repetir ahora, la libertad e independencia legalmente innatas a la profesión, el secreto profesional, la confidencialidad, la posibilidad de no declarar y las demás consecuencias de la intervención de un abogado constituyen

garantías adicionales a las funciones ordinarias de un responsable de cumplimiento normativo que refuerzan la conveniencia de la intervención del abogado en el ejercicio de tales funciones.

Sentado lo anterior, conviene ahora ahondar en la cuestión desde una óptica de enorme trascendencia práctica diaria: la compatibilidad de la figura del abogado responsable de cumplimiento normativo con la tarea diaria del abogado interno de la empresa.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

## **2) EL MODELO ÓPTIMO: ABOGADO EXTERNO ENCARGADO EN EXCLUSIVA DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO.**

Fue dicho entonces (Informe 5/2017 de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía) y mantiene toda su vigencia como afirmación en un doble sentido: si el compliance officer por excelencia debe ser un abogado (o debe contar con él, si es un órgano colegiado), la posición ideal del compliance officer abogado es la de un profesional externo designado exclusivamente para ser responsable de cumplimiento normativo.

Profundicemos, aclaremos y precisemos en nuestro análisis, manteniendo por supuesto su sentido y finalidad, ya expresados.

Un profesional del derecho colegiado como abogado (en los términos exigidos por el artículo 32 del Estatuto General de la Abogacía) puede prestar sus servicios con la absoluta imparcialidad e independencia de criterio que exige la más estricta puridad que debe ser tomada como referencia en la implantación y aplicación de un modelo de prevención de riesgos penales.

La propia mención “*abogado externo*” debe interpretarse en el más amplio y flexible de los sentidos: tampoco se opone a que ese puesto de responsable de cumplimiento lo desarrolle en régimen de exclusiva – sin compatibilizarlo con otras funciones legales, en concreto con la función de abogado de empresa – un abogado colegiado ejerciente contratado por la compañía en régimen laboral. Es decir, se trataría de un abogado que se desempeñaría exclusivamente como responsable de cumplimiento, de modo que tampoco exista colisión con el secreto profesional o peligro de conflicto de intereses. Que medie un contrato con la empresa tampoco debe suponerle una tacha o incompatibilidad de desempeño, puesto que la finalidad del negocio jurídico precisamente es encargarse de tales funciones de responsable de cumplimiento, con arreglo a su estatuto profesional.

Continuando con esta obligada atención a ciertas precisiones conceptuales que no son ociosas, recuérdese que tampoco existe concepto legal de qué sea un modelo de prevención de riesgos penales. Estamos en un momento germinal de lo que ha de entenderse jurídicamente por tal cosa. Lo que el Código Penal indica es una referencia a un modelo que no está definido en parte alguna, que tiene algunos elementos propios de la primera –e insegura- jurisprudencia que se está produciendo en relación al tema y que tiene mucho de una cierta forma de entender (especialmente en el ámbito anglosajón, alejado de nosotros en otros parámetros jurídicos) doctrinalmente qué ha de ser el “*compliance*” (sobre todo desde la óptica de la doctrina vinculada al mundo de la auditoría). Pero que no tiene un referente o modelo a seguir porque no ha sido ordenado jurídicamente en la forma en que a los juristas nos interesa. La mención, en fin, del 31 bis del Código Penal a esos “*modelos de organización y gestión*” no puede ser más genérica.

Tampoco la Circular 1/2016 de la Fiscalía constituye una fuente de derecho, más allá de que suministre elementos de comprensión e interpretación del nuevo fenómeno. Y no podemos dejar de mencionar –siquiera de pasada, susceptible de desarrollo en otros lugares, dentro del sano ámbito de la libre crítica- que incluso alguno de tales elementos de interpretación

(como es el caso de la aplicación de las exigencias de los planes de prevención a los Colegios Profesionales) constituyen opciones interpretativas más que discutibles por lo que pueden encerrar de incorrecta hermenéutica de la norma penal.

O puede quizás que lo que se está buscando por el Código Penal es que se ahonde en el terreno de la autorregulación con la excusa –nada despreciable- de la aplicación de la norma penal. A nadie se oculta que los modelos de prevención vienen a constituir -como mínimo- modelos de buenas prácticas corporativas absolutamente recomendables para el buen funcionamiento de las personas jurídicas. La función de compliance es en todo caso una función interna de la organización (aunque se pueda externalizar su elaboración o seguimiento), correspondiendo la responsabilidad última de supervisión de la correcta ejecución al órgano de administración (o a aquél otro órgano en que éste haya delegado).

Se está incitando, bien que coactivamente, a las empresas a que autoregulen sus comportamientos y den paso a un relevante cambio de perspectiva: son las claras alusiones de la Circular de la Fiscalía a la *“cultura ética empresarial”*, la *“cultura de respeto a la ley”* o la *“cultura de cumplimiento”*. Algunos han criticado que quizás se trate de fórmulas sencillas para pensar que se está impune. Del grado de rigor del plan y de su ejecución dependerá en mucho la evaluación penal de sus resultados, si llega el caso.

Pero, perdonándonos el excurso normativo y volviendo a la intervención del abogado en la ejecución del programa de prevención de riesgos penales, interesa decir que no llega de forma espontánea sino que tiene que ser el lógico corolario de un proceso anterior donde muy recomendablemente debe también haber intervenido un abogado.

Algunos han puesto de manifiesto que el compliance officer u oficial de cumplimiento normativo no tiene por qué ser necesariamente un abogado. Sin dejar de ser ello cierto (la conveniencia no supone la exclusividad), y como ya dijimos, lo que nosotros llegamos a

preguntarnos es si es posible que un sistema o programa de prevención de riesgos penales puede ser construido sin la participación de un abogado (que no es lo mismo, aprovechemos para recordarlo evitando errores, que la participación de un simple licenciado o graduado en derecho).

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

Porque la elaboración del programa de prevención de riesgos penales ha de ser necesariamente previa a la comisión del delito. Este principio no sólo se deducía de la propia naturaleza del plan (de prevención o evitación de lo que aún no ha ocurrido) sino que estaba en la introducción de la responsabilidad penal de las entidades en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y continua con renovado ímpetu en la reforma del Código Penal de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Debiendo ser confeccionado el plan “*antes de la comisión del delito*” se nos antoja difícil que atendiendo su finalidad a la evitación de una conducta penal pueda diseñarse sin la presencia de un abogado.

Tampoco parece posible comprender que, elaborado el plan y puesto en práctica, puedan evaluarse derivaciones de responsabilidad penal de las conductas de la empresa sin la presencia de un abogado. Por muchos casilleros que se marquen en cuestionarios repetitivos acerca de los mil elementos que pueden conformar el entramado organizativo de una empresa, nadie como un abogado para evaluar y opinar, interpretando bajo su ciencia y su experiencia, si una de esas conductas puede o no ser constitutiva de delito. La finura del

análisis jurídico desborda todos los casilleros posibles, por minuciosos que se quiera que sean.

La figura del responsable de cumplimiento normativo no es otra sino la del encargado de impulsar y ejecutar –por mandato del órgano de administración o dirección de la persona jurídica - las políticas derivadas del previo programa de prevención de riesgos penales, cuya función principal es la de evitar la imputación penal de la persona jurídica.

No se olvide que se trata de buscar asesoramiento especializado orientado a la más grave de las formas de intervención del derecho en la esfera de los ciudadanos y ahora también de las personas jurídicas. Podremos soportar con mayor o menor intensidad personal las consecuencias (en una persona física o jurídica) de una sanción administrativa, de una condena laboral o de un pronunciamiento adverso en sede civil o mercantil. Ninguna de tales adversidades resulta comparable a la incidencia (personal o colectiva) de una investigación penal y una eventual condena a penas privativas de libertad. Por grande que pueda ser la capacidad de las compañías aseguradoras para prever las posibilidades de amortiguar o aliviar los siniestros (civiles, laborales o administrativos), ninguna de ellas puede suplir o sustituir la posibilidad de que cualquier persona (sea ciudadano de a pie o directivo de empresa cotizada) ingrese en prisión o exista -siquiera remotamente- la posibilidad de que ello ocurra.

En el seno del proceso penal (desde su incoación hasta su sentencia, pasando por su posterior ejecución y cumplimiento –que es lo que significa la palabra compliance-) solo cuenta el investigado o condenado con la asistencia del abogado. Del mismo modo que un abogado no puede calcular la estructura de un puente ni la resistencia de un material constructivo de una vivienda, así tampoco pueden un ingeniero o un arquitecto prestar asistencia profesional a una persona o una compañía involucradas en un proceso penal. Incluso si, en lugar de la expresión “*cumplimiento*” tomásemos la acepción “*prevención*”, la lógica interpretativa nos llevaría derechamente a la misma conclusión: solo la intervención

de un abogado puede permitir que el plan (de cumplimiento normativo o de evitación de delitos, que tanto da) sea eficaz en su concepción y ejecución.

Volviendo de nuevo a nuestra sede de la abogacía de empresa, no podemos sino reiterar que corresponde al abogado –único que conoce técnicamente los complejos conductos del proceso penal- colaborar en la preparación y elaboración de aquéllos modelos de gestión de la actuación de las personas (físicas y jurídicas) que se orientan precisamente a evitar incurrir en las conductas consideradas como delitos en el Código Penal.

Reiterada una vez más la conveniencia de la presencia del abogado en la elaboración del modelo de prevención, quién mejor que un abogado dotado de la más absoluta independencia para poder aplicarlo. Tal es la recomendación realizada sobre la figura del abogado como compliance officer.

Que ese abogado externo esté dotado de sus capacidades más completas hace recomendar, en primer lugar, que goce de una auténtica posición externa a la organización societaria. No parece difícil comprender que bajo tal prisma exterior se aprecian con suficiencia y sencillez todas las potencialidades del compliance officer abogado, en especial la inexistencia de conflicto de interés y los privilegios anexos a su condición de abogado.

Sin embargo, que hablemos de un abogado externo independiente no tiene que significar que se trata de alguien ajeno por completo a la empresa en su pasado. Muy al contrario. Cuando realmente se conoce a una entidad (probablemente porque se ha trabajado en ella como abogado interno durante mucho tiempo, puede que una parte de él colaborando en la preparación de un plan de prevención de riesgos penales) se está en la mejor posición para servir a esa sociedad desde una nueva dimensión.

No debe ser inusual que los responsables jurídicos de una entidad (por supuesto que de un determinado perfil, más que probablemente de bastante dimensión y muy seguramente con una alta variante de internacionalidad) puedan ser los encargados de convertirse en su compliance officer. Conocer previamente el funcionamiento de una sociedad no solo proporciona información sobre particularidades del día a día que contribuyen a la mejor visión del conjunto desde una óptica externa sino que permite acercarse con agilidad y certeza a quienes deciden (y lo hacen en clave de plan de prevención de riesgos penales). El conocimiento profundo de una persona jurídica resulta clave para desempeñarse como su responsable de cumplimiento normativo.

Tampoco resulta en nada ajeno a una sociedad quien ha colaborado -como abogado- en la preparación, redacción e implementación del programa de prevención de riesgos penales. Haber estado en contacto con el diagnóstico de lo que ocurre, saber qué riesgos potenciales alberga una mercantil y colaborar –en singular o en un grupo de abogados en sede de despacho colectivo- como encargado de la redacción del programa de compliance officer sitúa al abogado en una envidiable posición en relación a esa empresa a la que le ha prestado ese servicio de diagnosis y recomendación. ¿Quién puede decir de ese abogado que no siga siendo externo pero que no tenga el más certero y exacto conocimiento de cuanto ocurre en la sociedad?. Este segundo tipo de abogado externo no deja de ser un cualificado referente a la hora de elegir por dicha empresa un proveedor de servicios externo para que se desempeñe como su compliance officer.

Es cada vez más común que abogados externos (en forma de ejercicio individual o colectivo) sean designados responsables de compliance de las empresas, bien sea como una actividad exclusiva (lo que requiere una dimensión y volumen muy elevados en la sociedad que le designa que puede ser muy poco común a tenor de la dimensión media de la empresa española), bien sea como una actividad que ocupe a tiempo parcial a letrados versados en el ámbito del derecho penal (que podrán asumir la tarea de cumplimiento normativo de una o varias empresas a la vez que mantienen sus otras dedicaciones profesionales).



Ser externo a la empresa no quiere decir necesariamente trabajar en exclusiva para una empresa. No parece difícil encajar con naturalidad la función de responsable de cumplimiento normativo en conjunción con otras que desempeñan ordinariamente los abogados (como secretarios de consejos de administración o asesores jurídicos externos de empresas). Menos aún cuando se tiende hacia una función integradora global de los riesgos de la empresa (“*business integrity*”) que desborda los específicos perfiles penales del estricto compliance que ahora consideramos.

Podrá decirse que resulta todavía poco abundante esta figura pero esta nueva función a desempeñar por los letrados externos a las empresas es muy deseable (y así se ha postulado desde distintos foros) que se profesionalice y se convierta progresivamente en una figura destacada como especialización propia de la abogacía. Podrán especializarse en compliance otros profesionales (nadie lo pone en duda) pero desde luego lo que no admite discusión es que la responsabilidad de compliance officer está llamada a convertirse en una nítida especialización jurídica en el ámbito de la abogacía.

En definitiva, aseguradas formal y materialmente la independencia y la evitación del conflicto de interés cuando el encargo es responsabilizarse en exclusiva de la tarea de compliance officer, quien mejor que esa persona que conoce a la perfección a la empresa (entre otras posibilidades, por haber sido su abogado interno con anterioridad o por haberse encargado como abogado externo de su programa de prevención de riesgos penales) para acometer con total asepsia y objetividad la procura de la nueva responsabilidad de compliance officer.

Llegados a este punto, debemos recordar que esta era nuestra reflexión en el pasado para consagrar –como culmen óptimo, como ejemplo último, como desiderátum ideal- la mención de que “*sólo un letrado externo sin vinculación con la empresa puede asumir el*

*cargo de compliance officer con todos los privilegios propios de su condición de letrado, garantizándonos de este modo que no existe colisión con el secreto profesional o peligro de conflicto de intereses”.*

Obsérvese que no era una conclusión final del informe sino una consideración previa a la enunciación del resto de conclusiones. Puesto que solo en el conjunto de las mismas puede entenderse esta sucesión de argumentos.

Según lo indicado, y parece obligado referirse a ello, no es la más común de las posiciones del abogado como encargado de ser oficial de cumplimiento normativo. Pero ello no quita que sea la más deseable de las situaciones (de ahí que la consideremos la óptima), en términos de reconocimiento del abogado como profesional más que deseable en el ámbito del compliance y en cuanto a las distintas posiciones que puede revestir en ese ancho campo.

Y decimos que no es la más usual de las situaciones porque la mayoría de las empresas (bien por no tener suficiente dimensión, bien por no desear independizar a alguno de sus abogados internos, bien por no querer recurrir a los abogados externos que le hicieron el programa de prevención o bien por la razón que sea, que puede haber otras muchas muy justas) tenderá a hacer descansar en sus abogados internos las tareas del compliance.

Es el caso que atendemos a continuación.

### **3) LA SITUACIÓN MÁS COMÚN: ABOGADO INTERNO COMO COMPLIANCE OFFICER.**

El supuesto más habitual en relación al compliance será que el abogado interno de la empresa se desempeñe como responsable del mismo (siempre en aquéllos casos en que sean este orden de profesionales los responsables, extremo al que encarecemos por todas las razones indicadas).

Sin olvidar nuestros supuestos óptimos antes señalados, el mejor conocimiento de la actividad con repercusión jurídica de la empresa lo tiene su abogado interno. No resultará difícil, además, que haya identificado los lugares de especial riesgo penal en la toma de decisiones porque debe estar habituado a tratar con los mismos.

En esta sede práctica en la que nos estamos moviendo, es donde proceden todas las consideraciones volcadas en el anterior informe y que ahora conviene reiterar y ajustar a las nuevas indicaciones. Y es donde cobra toda su virtualidad el abogado interno / compliance officer.

Recordemos que todo plan de prevención debe ser un modelo normativo escrito, fundado en una previa valoración de las áreas de riesgo de incumplimiento, donde se definan las funciones de los órganos responsables de la aplicación del programa de prevención con un sistema de formación dirigido a los empleados y directivos.

Ello requiere igualmente de un sistema de seguimiento de la aplicación del programa de prevención y la atención a un código de conductas prohibidas (y sanciones disciplinarias correspondientes), conteniendo un mecanismo de denuncia interna así como un protocolo de actuación en caso de detección de irregularidades.

Pero no olvidemos sobre todo que la más relevante diferencia entre los programas de prevención de riesgos penales y los demás ordenamientos exigibles a la empresa (planes de riesgos laborales, protección de datos, etc...) es que la comprobación de si funcionan o no se va a medir por profesionales externos del mundo del derecho (jueces y fiscales) que van a utilizar reglas de carácter jurídico que solo existen en el mundo del derecho, concretamente en el más que cualificado mundo del Código Penal.

Como ya dijéramos en el informe 5/2017, la libertad e independencia legalmente innatas a la profesión, el secreto profesional, la confidencialidad, la posibilidad de no declarar y las demás consecuencias de la intervención de un abogado constituyen garantías adicionales a las funciones ordinarias de un responsable de cumplimiento normativo que refuerzan la conveniencia de la intervención del abogado en el ejercicio de tales funciones.

De la suma de todas estas necesidades, requisitos y condicionantes se desprende –ya lo hemos dicho con anterioridad- un completo panorama de exigencias normativas de inequívoca orientación jurídica. Ninguna duda debe caber respecto a la capacidad de nuestro abogado interno / compliance officer para atender las mismas, pero vamos a hacer una nueva incursión (con las precisiones atrás expuestas) sobre su misión y destino como responsable del cumplimiento normativo interno.

Como obligadas particularidades del abogado interno responsable del cumplimiento normativo profundizaremos ahora en las que ya manifestamos en nuestro anterior informe, ajustándolas y precisándolas en el nuevo y más amplio entorno.

En **primer lugar** resulta preciso redefinir los parámetros legales de la intervención del abogado interno como compliance officer. Como abogado, su función será asesorar y

evaluar en derecho una conducta (lo que solo puede hacer adecuadamente un abogado). Y como compliance officer deberá ajustarse a las disposiciones del plan de prevención, sin dejar nunca abandonado su bagaje jurídico.

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

Sentado lo anterior y en **segundo lugar**, partiendo ya de nuestra opción por un abogado en ejercicio (recuérdese que en el sentido que precisa el término de “*abogado*” el Estatuto General de la Abogacía y no en otro impreciso de mero “licenciado o graduado en derecho” o “*asesor legal*”), procede no olvidar que el abogado encargado de tales funciones debe ser diligente y atento como para ser consciente de que, mucho más allá de las obligaciones contractualmente adquiridas en su trabajo para una empresa (en régimen de exclusividad o dedicación parcial, tanto da), le vinculan sus deberes de abogado de forma que tendrá que evaluar “*ex ante*” si se encuentra en condiciones de asumir tal tarea o si prefiere (o puede) cederla a favor de una tercera persona o grupo de personas.

Recordemos así que el Estatuto General de la Abogacía aprobado mediante Real Decreto 658/2001, de 22 de junio caracteriza a la profesión de abogado como “*una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público*” (Preámbulo del Estatuto y artículo 1). Lo interno de su labor, en suma, no puede coartar lo independiente de su función.

Como apuntamos en el informe anterior (que no puede olvidarse forma un todo con el presente, que tiene por misión aquilatarlo y perfilarlo aún más) no puede olvidarse que los deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo.

No puede, pues, producirse el caso de un letrado de empresa que asuma el cargo de compliance officer en colisión con el secreto profesional o poniendo en peligro la necesaria evitación del conflicto de intereses.

Un abogado interno de empresa puede desempeñar muy diferentes cometidos (así por ejemplo nada impide que sea compliance officer y delegado de protección de datos simultáneamente); lo que habrá que cuidar con detalle es que tales competencias simultáneas no se entrecrucen hasta interferir cualquiera de sus tareas.

Visto que tenemos ya un abogado y que se encuentra revestido de todas sus poderes y privilegios, corresponde ahora (**en tercer lugar**) atender a las limitaciones que pudieran derivar de su propia condición de abogado de empresa. Ninguna podemos apreciar bajo esta perspectiva y lo vemos a continuación.

En efecto, habiéndose postulado ciertos condicionantes a la libertad de actuación de los letrados como tales cuando revisten la condición de abogados de empresa (especialmente bajo la óptica del Derecho de la competencia y en lo que respecta al privilegio de confidencialidad en las comunicaciones a raíz de la sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2010, caso AKZO), nada apreciamos nosotros en la variante de los planes de prevención de riesgos penales. La misión del abogado de empresa responsable del compliance es,

precisamente, promover el cumplimiento de la ley por parte de su sociedad, nunca ocultar los incumplimientos.

Finalmente, en **cuarto lugar**, nos interesa resaltar la figura del abogado interno como prescriptor de la buena cultura corporativa. A nadie se escapa la influencia del abogado interno en la orientación de la actividad de la empresa. Quien mejor conoce las relaciones internas de la empresa y de la empresa con los clientes es su abogado interno, puesto que aún a su día a día con la tarea –cuando así coincide, que es el caso que estamos examinando– de evaluar las consecuencias jurídicas de la aplicación del modelo de prevención de riesgos penales.

En efecto, aspectos como riesgo corporativo, reputación empresarial, ética o cumplimiento normativo son las manifestaciones de esa nueva cultura empresarial que más atrás describíamos como exigida por la Circular 1/2016 de la Fiscalía. Es inobjetable el papel de liderazgo que puede y debe jugar el abogado interno en la consecución de estos exigentes parámetros, de inequívoco sesgo normativo.

Precisamente todo ello ha de redundar en una elevación del papel jerárquico interno del asesor legal, puede que en detrimento de otras figuras tradicionalmente preferidas (como por ejemplo el director comercial, que suele ser uno de los primeros entre los directores atendidos por los consejeros delegados). El mensaje de la nueva cultura empresarial es muy potente: vender más a cualquier precio no puede ser el objetivo porque solo si esa venta se ajusta a ciertos parámetros culturales (los descritos en los códigos de autoregulación y en todo caso en los modelos de prevención de riesgos penales) la empresa sobrevivirá a tiempos duros en los que el riesgo reputacional puede llegar a ser mucho más elevado que la simple pérdida de algunos puntos porcentuales en el beneficio interanual.

Los modelos de prevención de riesgos penales anudados a la labor interna de los abogados han de propiciar (o desde luego representan una buena ocasión para hacerlo) una elevación y dignificación aún mayor de la tarea del abogado interno, fiel garante e intérprete de esos códigos internos que la empresa ha adoptado no solo para evitar incurrir en comportamientos punibles sino para evidenciar una forma de hacer las cosas muy diferente a la tradicional.

Los modelos de “*compliance*” no solo han de reforzar la tarea del abogado interno sino que han de permitir nuevas oportunidades de valorar su labor puesto que las consecuencias de no respetarla incumpliendo tales obligaciones pueden ser dramáticas para la propia existencia de la empresa (interés societario mucho más digno de atención que la simple atención a los resultados de un trimestre o un año). El abogado de empresa en funciones de *compliance* debe comprender muy especialmente que su deber de fidelidad existe en primer lugar hacia la empresa a la que sirve y no hacia el director general que le ha contratado o con quien mantiene una mejor relación.

De las cualificadas funciones que, en fin, van a asistir progresivamente al abogado “*in house*” debe derivarse naturalmente una mejor consideración jerárquica de su posición interna (por ejemplo cuidando que su reporte se produzca directamente hacia la máxima instancia decisora de la empresa o al propio Consejo de Administración), que sea valorado de forma independiente a la del resto de los ejecutivos de la empresa, que se expanda su visión y asesoramiento hacia aspectos que van más allá de los asuntos legales (valorando la oportunidad y conveniencia de cuestiones éticas, reputacionales o de política general de la empresa) así como que sea considerado regularmente en el proceso de adopción de decisiones.



#### 4) ALGUNAS RECOMENDACIONES DE INDOLE PRÁCTICA

Puesta en relación la obligada y creciente proliferación de abogados que han de desempeñar tareas de compliance officer con carácter externo con aquéllos otros que realizan finalidades de asesoramiento jurídico de índole interno cabe extraer una serie de recomendaciones útiles para el mejor cuidado de ambas funciones.

Debe, primero, fomentarse la necesaria fluidez en la colaboración entre abogados internos y externos, favorecida por ser ambos compañeros bajo el manto común de la abogacía: ámbito deontológico de la relación entre abogados que está expresamente recogido en el Estatuto General de la Abogacía y que constituye un nuevo punto de apoyo para recomendar que unos y otros profesionales sean los más idóneos para estas funciones.

Apreciése aquí, una vez más, una característica diferencial entre las relaciones entre letrados frente a las que pueden tener (por supuesto muy técnicas pero desde luego nada cubiertas por el ámbito de la común dedicación jurídica) otros profesionales no abogados entre sí. Procede recordar lo que citamos en nuestro informe 5/2017 como *“una fina y delgada capa de poderes y privilegios que, consustanciales a la abogacía porque son su esencia, quedan adheridos a la presencia del abogado solo –o nada menos- por el hecho de serlo”*. Es ese estatus singularizado anejo al abogado el que determina que tales profesionales gocen de una preeminencia especial para desempeñar la tarea de responsables de cumplimiento normativo.

Se extiende la singular relación anterior al obligado común rechazo a las presiones indeseables que, bien por provenir de un mal diseño del plan de prevención o de una incorrecta ejecución de sus contenidos, pudieran condicionar, coartar, limitar o impedir el obligado respeto a los derechos y privilegios del abogado (especialmente en cuanto a su confidencialidad y garantías de libre ejercicio). Unos y otros abogados han de encontrar en el

seno de su cualificado estatuto profesional el mecanismo de conexión y coordinación necesario para vencer la interferencias.

Abre camino todo lo anterior a la más natural colaboración entre abogados internos y externos para la actualización y ajuste periódico del plan de prevención de riesgos penales. No se olvide que el nuevo artículo 31 bis CP contiene inicialmente, en su apartado 4, una genérica y todavía imprecisa mención de la referencia como medida atenuante de la responsabilidad penal a *“d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”*

Finalmente, se va dibujando paulatinamente un nuevo segmento de especialización jurídica para la abogacía con la figura del compliance. No despreciemos la ocasión. Los abogados conocedores de la materia (sean internos o externos a la empresa, o sean independientes de toda persona jurídica) deben atisbar un ancho campo -aún por perfilar con nitidez- al que deben cuidar y proteger como algo más propio que ningún otro profesional.

Dado el acusado carácter práctico de la nueva especialidad (a la par que será obligada una intensa tarea de preparación académica de las nuevas cuestiones surgidas en el entorno del compliance), de los Colegios de Abogados debe depender también alentar y estimular esta actividad, mediante la realización de cursos y actividades orientadas a difundir la especialidad y agudizar la conveniencia de que sus miembros sean los mejores prestadores del nuevo servicio, que se dibuja potencialmente muy expansivo en cuanto a nivel de requerimiento de colegiados.

## 5) CONCLUSIONES

**Primera:** Los planes de prevención de riesgos penales constituyen conjuntos normativos internos a las personas jurídicas que, aun siendo de carácter voluntario, resultan altamente recomendables en cuanto a su adopción por razones de diligencia debida.

**Segunda:** Se hallan orientados tales planes de prevención a evitar que las personas jurídicas se vean envueltos en responsabilidades de orden penal. En su concepción, elaboración, ejecución y seguimiento resulta extremadamente conveniente la presencia de un abogado, funciones que se extienden naturalmente a la de compliance officer o responsable de cumplimiento normativo.

**Tercera:** La posición óptima del abogado como compliance officer es la de un profesional externo a la organización que se dota del plan de prevención que le designa como tal. Dicha condición de externo lo es en cuanto a su ubicación organizativa (fuera de la empresa), sin perjuicio de que un conocimiento previo de la organización (bien por provenir anteriormente de ella, habiéndose luego independizado para desempeñar tales funciones, bien por haber colaborado en el diseño del plan de compliance, por ejemplo) puede precisamente reforzar su capacidad y conocimiento de la función a desempeñar. No compromete su posición externa haber sido contratado específicamente para esta tarea.

**Cuarta:** La posición más común del abogado (entendido siempre el término “abogado” en el exacto sentido contenido en el Estatuto General de la Abogacía Española) será la del desempeño conjunto de la tarea de compliance officer (individualmente o en un órgano colectivo) junto con otras funciones de asesoramiento jurídico interno, debiendo en tal caso atenderse (en el plan de prevención y en la estructura organizativa interna) a la necesaria independencia funcional y garantía de gestión impecable, pudiendo desempeñar sus funciones (en cualquier de los ámbitos y especialmente en lo que respecta al compliance)

con claridad y sin interferencia alguna, estando asistido en tal posición de los poderes y privilegios de todo abogado en el desempeño de sus funciones profesionales.

**Quinta:** La simultaneidad de las actividades del abogado interno con las propias del compliance officer no debe resultar afectada por ninguna otra presumible potencial restricción debida a ámbitos como los señalados en el entorno del Derecho de la Competencia en los términos descritos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Sexta:** La cultura del cumplimiento normativo no solo ha de reforzar la tarea del abogado interno sino que debe propiciar nuevas oportunidades de destacar y enfatizar su tarea pues las consecuencias de no respetarla incumpliendo las obligaciones del modelo de prevención pueden ser dramáticas para la propia existencia de la empresa, siendo el riesgo reputacional un valor en alza muy superior a los resultados empresariales.