

Compliance

Prevención de riesgos penales
y compliance

Julio 2016





jnda

Member of:



SFAI

SANTA FE
ASSOCIATES
INTERNATIONAL
SPAIN

PAPER
“PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES Y COMPLIANCE”
MAYO 2016

NUESTROS PROFESIONALES

Silvia Sallarès
*Directora del Área
Legal de JDA.*



Coordinadora del equipo de abogados penalistas especialistas en realización de Planes de Prevención de Riesgos Penales.

Colegiada en el Il·tre. Col·legi d'Advocats de Barcelona.

Licenciada en Derecho.

Certificada en formación en Prevención de Riesgos de fraude corporativo y sus consecuencias penales.

Certificada en formación de Prevención de blanqueo de capitales i financiación del terrorismo.

Certificada en formación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Certificada en formación sobre Governance & Compliance.

Certificada en formación sobre las últimas modificaciones de la Lei de Sociedades de Capital.

Lía Alfonso
*Abogado del Área
Legal de JDA.*



Miembro del equipo de abogados penalistas especialistas en realización de Planes de Prevención de Riesgos Penales.

Colegiado en el Il·tre. Col·legi d'Advocats de Barcelona.

Miguel Ángel Majadas
*Abogado del Área
Legal de JDA.*



Colegiado en el Il·tre. Col·legi d'Advocats de Terrassa.

Licenciado en Derecho.

Certificado en formación de Prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Certificado en formación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Santiago García
*Abogado del Área
Legal de JDA.*



Colegiado en el Il·tre. Col·legi d'Advocats de Mataró.

Licenciado en Derecho.

Certificado en formación sobre Governance & Compliance.

Certificado en formación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Miquel Ferrero
*Socio y Director
del Área de Auditoría
de JDA.*



Diplomado en Ciencias Empresariales. Auditor Censor Jurado de Cuentas nº de ROAC 18.188.

Experto en Actuaciones Periciales por Colegio de Censores Jurados de Cuentas de Catalunya.

Profesor del Col·legi de Censors Jurats de Comptes de Catalunya.

Certificado en Prevención de Riesgos de Fraude Corporativo y sus consecuencias.

Certificado en curso sobre la Responsabilidad penal de la persona jurídica.

Jordi Díaz
*Director del Área
de Consultoría
de JDA.*



Licenciado en Ciencias Económicas.

Certificado en formación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Certificado en formación sobre Governance & Compliance.



Pablo Fudim
CTO SFAI (International)

Contador Público Nacional de la Facultad de Ciencias Económicas de Buenos Aires (UBA). Máster en Inteligencia y Estrategia en la Universidad Nacional de La Plata y Escuela de Inteligencia Nacional (ENIUNLP).

Postgrado en Reglas Internacionales contra la corrupción (Universidad Católica Argentina). Certified Internal Auditor (CIA) en The Internal Audit Institute Quality Assurance Auditor (QA) en The Internal Audit Institute. Certified Risk Management Assurance del IIA, INTERNAL AUDITORS INSTITUTE.

Más de 25 años de Experiencia en Forensic Services, Litigation Support y Ethics Services.

ÍNDICE

¿Para qué sirve un Plan de Prevención de Riesgos Penales? ¿Es obligatorio?.....	p.3
Por Sílvia Sallarès – Directora Área Legal JDA/SFAI Spain	
Un paso adelante en los esquemas de Prevención de Riesgos Penales.....	p.13
Por Pablo Fudim – CTO SFAI Internacional	
Prevención de Riesgos Penales. ¿Por obligación o por convencimiento? Las pequeñas y medianas empresas tienen más riesgo de exposición.....	p.16
Por Joan Díaz – Director JDA/SFAI Spain	
La Prevención de Riesgos Penales en empresas pequeñas y muy pequeñas.....	p.20
Por Joan Díaz – Director JDA/SFAI Spain	
Tenemos un dilema similar al de Luís Enrique: ¿Refuerzo la defensa 4-3-3 o presento una delantera 3-3-4?.....	p.25
Por Pablo Fudim – CTO SFAI Internacional	
La figura del Compliance Officer.....	p.28
Por Joan Díaz – Director JDA/SFAI Spain	
La figura del Compliance Officer en las pymes.....	p.31
Por Joan Díaz – Director JDA/SFAI Spain	
Condiciones que permiten a la empresa eximirse de responsabilidad Penal según la Fiscalía General del Estado.....	p.34
Por Joan Díaz – Director JDA/SFAI Spain	
Primera sentencia del Tribunal Supremo por responsabilidad penal de las empresas.....	p.39
Por Lia Alfonso – Abogada en JDA/SFAI Spain	
La importancia de los controles para la Prevención de Riesgos Penales.....	p. 45
Por Miquel Ferrero – Socio Auditor en JDA Audit/SFAI Spain	



**¿Para qué sirve un Plan de
Prevención de Riesgos
Penales? ¿Es obligatorio?**

¿Para qué sirve un Plan de Prevención de Riesgos Penales?

¿Es obligatorio?

Todos, o la gran mayoría de Vds., habrán oído hablar de las muchas reformas legislativas que se están produciendo en el ámbito penal y societario, y esencialmente en cuanto a las responsabilidades y deberes de sus órganos de administración. Pues bien, lo primero que debemos aclarar, es como hemos llegado a la conclusión de que toda persona jurídica, ya sea sociedad de capital, asociaciones, fundaciones, etc..... deben elaborar un Plan de Prevención de Riesgos Penales o como también se conoce como "Compliance Penal".

Si nos remontamos 5 años atrás, con la reforma del Código Penal que tuvo lugar en Diciembre de 2010 (Ley 5/2010 de 23 de Junio) se introduce por primera vez, la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser declaradas responsables penalmente. En concreto el actual y todavía vigente art. 31 bis CP, establece que las personas jurídicas podrán ser penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta las mismas, y en su provecho, en los supuestos siguientes:

- a) Hayan sido realizados por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.
- b) Hayan sido realizados por quien, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, (empleados, colaboradores, etc.) han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

Con esta redacción, cabe preguntarse si ¿Podría adoptar la persona jurídica alguna medida para quedar **exonerada** de responsabilidad penal? **A día de hoy la respuesta es NO** (luego veremos las posibles futuras novedades que en este sentido nos afectan a partir del día 1 de julio de 2015). En cambio, con la redacción de la Ley 5/2010, ¿Podría adoptar la persona jurídica alguna medida para **atenuar** su responsabilidad penal? **La respuesta es SÍ.**

El propio artículo de CP así las enumera como circunstancias atenuantes, que no eximentes, y son las siguientes:

a) Que el representante legal, con posterioridad a la comisión del delito haya realizado alguna de las siguientes actividades:

- a) Confesar la infracción a las autoridades, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra la persona jurídica.
- b) Colaborar en la investigación aportando pruebas nuevas y decisivas en cualquier momento del proceso.
- c) Reparar o disminuir el daño antes del juicio oral

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

Entre todas estas actuaciones nos centraremos en las medidas eficaces para prevenir delitos; las denominaremos: "programas de prevención de riesgos penales" o programas de compliance penal.

Para analizar estos programas de prevención de riesgos penales hemos de pasar al segundo gran episodio normativo: **la Ley 31/2014, de 3 de diciembre**, por la que se modifica la **Ley de Sociedades de Capital para la mejor del gobierno corporativo** que entró en vigor el 1 de Enero de 2015

¿Qué pretende esta Ley?

Que el buen gobierno corporativo sea un factor esencial para generar valor en la empresa, mejorar la eficiencia económica, el refuerzo de la confianza de los inversores.

¿Cómo pretende conseguirlo?

- a) Reforzando el papel de la Junta General

- b) Introduciendo importantes modificaciones en el ámbito de los órganos de administración de las sociedades: tanto respecto de su retribución como respecto de sus funciones en un intento de profesionalizar la figura del administrador social.

Relación directa entre las nuevas exigencias para la mejora del buen gobierno corporativo con los programas de prevención de riesgos penales de las personas jurídicas. La citada Ley 31/2014, modifica, introduce y amplía los deberes y obligaciones de los administradores sociales y su responsabilidad.

Dentro del catálogo de deberes del órgano de administración (predicable de todo tipo de sociedades) se incluyen los de diligencia y lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés. Los administradores deberán:

- a) Desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.
- b) Tener una dedicación adecuada y **adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.**
- c) Exigir y tienen el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.
- d) Desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y mirando por el interés de la sociedad bajo responsabilidad de indemnizar el daño causado al patrimonio social y de devolver lo indebidamente percibido.

Como se ve, entre otras, la Ley introduce el deber de **“adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”**. Con la anterior redacción de la LSC, únicamente se establecía el deber de actuar con la diligencia de un ordenado empresario. Pues bien, justamente este deber o exigencia legal se podría traducir en una obligación del administrador de implementar programas de prevención de riesgos penales.

Sólo debemos preguntarnos, ¿cómo acreditamos o probamos ante un Juez, que se han adoptado dichas medidas de control y/o prevención? Pues con un plan de prevención.

Es evidente, que tratándose de un deber para el administrador, en caso de no implantarlos podría llegarse a plantear una acción de responsabilidad contra él por incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo. Esta acción de responsabilidad podría exigirse incluso a los administradores de hecho, los cuales son definidos tras la reforma de la ley de sociedades de capital como la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador o aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

A ello añadir que los programas de prevención de riesgos penales no sólo sirven como cortafuegos a conductas delictivas, sino que además resultan del todo recomendables porque:

1. En primer lugar los programas de prevención de riesgos penales deben incardinarse dentro de la política de buen gobierno corporativo y de control de riesgos.
2. En segundo lugar, la implantación de políticas de buen gobierno corporativo añaden valor reputacional a la Empresa y permiten frenar planteamientos cortoplacistas, así como una asunción excesiva de riesgos; es decir, tener una política de buen gobierno corporativo permite un crecimiento sostenible y estable.
3. En tercer lugar, la implantación de políticas de buen gobierno corporativo permiten incrementar la confianza de los inversores. El buen gobierno corporativo es clave para la consecución de objetivos estratégicos. La ética es rentable. Y no sólo para grandes empresas cotizadas.
4. En cuarto lugar, la implantación de estas políticas incrementa la transparencia. Las empresas se comportan con la máxima responsabilidad, tanto frente a sus empleados y accionistas como frente a la sociedad en general. Prima el interés social sobre el interés del socio.
5. En quinto lugar, el coste de su implementación puede ser inferior al coste de no hacerlo. Si usted es administrador y socio de una empresa y comete un delito de estafa, el beneficio económico derivado de la comisión del delito puede ser muy inferior a las consecuencias que puede sufrir su empresa que, curiosamente, puede ser su única fuente de ingresos;

piense en que la sociedad puede asumir una multa pero también puede verse afectada por la clausura o la inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas. Si tiene implementado en su empresa un programa de prevención de riesgos penales usted, como persona física, puede asumir una responsabilidad penal pero su empresa y principal fuente de ingresos queda protegida.

Analizada la relación entre las políticas de buen gobierno corporativo y la conveniencia de la implantación de un plan de prevención, conviene precisar que, en la actualidad, los citados programas únicamente se plantean como atenuante de responsabilidad cuando su implantación se realiza después de la comisión del delito. La pregunta es la siguiente: ¿Qué sucede si implanto el programa de prevención antes de la comisión del delito? Si implantándolo con posterioridad a la comisión del delito puedo ver atenuada la responsabilidad de la empresa, si lo implanto antes ¿puedo eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica? **La respuesta es que a día de hoy no, pero cuando entre en vigor la próxima reforma del Código Penal, el día 1 de Julio de 2015, la respuesta es sí.**

Todas estas cuestiones, por tanto, las encontramos en la nueva **Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, publicada en el B.O.E. en fecha 31 de Marzo de 2015, y que entrará en vigor el día 1 de Julio de 2015.** Esta Ley Orgánica introduce importantes novedades en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en especial en lo que respecta al art. 31 bis.

Por primera vez, se delimitarán los supuestos de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los supuestos de atenuación de dicha responsabilidad.

El artículo 31 bis 1 sienta que las personas jurídicas serán penalmente responsables:

A) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, **por sus representantes legales** o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar

decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

B) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, **por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior**, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos **los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.**

Respecto de los del grupo A): *De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, **por sus representantes legales** o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*

La principal novedad del proyecto de reforma del código penal es la **exoneración de responsabilidad penal de la empresa respecto de los delitos cometidos por las personas del grupo a), si se cumplen las condiciones siguientes:**

- a) El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.
- b) La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

- c) Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.
- d) No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.

¿Qué sucede si sólo se puede acreditar algunas de estas condiciones? Se tendrá en cuenta sólo a efectos de atenuar la pena. Asimismo se mantiene la posibilidad de atenuación en caso de confesión, colaboración, reparación o implementación de programas de prevención después de la comisión del delito.

Respecto del grupo B) *De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, **por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.***

La **persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.**

Cabe también la posibilidad de atenuar la pena en caso de cumplimiento parcial. Asimismo se mantiene la posibilidad de atenuación en caso de confesión, colaboración, reparación o implementación de programas de prevención después de la comisión del delito.

¿Quién puede ser el **órgano de la persona jurídica que se encargue de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención?**

- a) Si la sociedad puede presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada, dichas funciones las podrá asumir directamente por el órgano de administración.
- b) En caso contrario, surge la figura del Compliance Officer o Controller Jurídico que puede ser o bien un órgano externo o bien una comisión creada ad hoc dentro de la estructura interna de la propia empresa

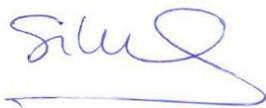
REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR UN PLAN DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES PARA QUE LA SOCIEDAD QUEDE EXENTA DE RESPONSABILIDAD PENAL:

- a) Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. Es decir, deberá elaborarse un **INFORME DE RIEGO ESPECÍFICO** que contemple todos los posibles delitos que puedan cometerse en el seno de la empresa.
- b) Establecerán los **protocolos o procedimientos** que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
- c) Dispondrán de **modelos de gestión de los recursos financieros** adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- d) **Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.**
- e) Establecerán un **sistema disciplinario** que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- f) Realizarán una **verificación periódica del modelo** y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

En conclusión, La Ley 31/2014, requiere y define como responsabilidad indelegable de los administradores y consejeros el establecimiento de los procedimientos de gestión y control de las entidades, así como el deber de exigir información sobre la adecuada aplicación de los mismos. Como consecuencia de los nuevos deberes asignados a los administradores de hecho

y de derecho de las sociedades, de acuerdo con la Ley 31/2014 de reforma de la LSC que entró en vigor el pasado 1 de enero 2015, y como futura e inmediata consecuencia de la inminente entrada en vigor de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal, se hace **necesario e imprescindible que todas las personas jurídicas definan, implanten y acrediten un modelo de prevención de delitos** para evitar posibles sanciones y responsabilidades penales para la empresa, los administradores y su equipo directivo. En concreto se persigue conseguir los objetivos fundamentales siguientes:

- 1.- Evitar la responsabilidad penal y económica personal de los administradores y directivos por la omisión del deber de vigilancia, supervisión y control.
- 2.- Evitar la responsabilidad de la empresa por los posibles delitos cometidos por sus directivos, empleados y colaboradores por falta de procedimientos de prevención y control.
- 3.- Conseguir la Exención/Atenuación de responsabilidad penal con la implantación y acreditación del Plan de Prevención de Riesgos Penales cumpliendo con todos los requisitos que fija el Código Penal.



Sílvia Sallarès
Directora Área Legal JDA/SFAI Spain



**Un paso adelante en los
Esquemas de Prevención
de Riesgos Penales.**

Un paso adelante en los esquemas de Prevención de riesgos Penales

El 30 de marzo se introdujo una nueva Reforma del Código Penal (Ley Orgánica 1/2015) que afianza la necesidad de disponer de estructuras y modelos de control interno para la **prevención de riesgos penales**. Los principales aspectos que incluye la reforma son, además de la tipificación de los delitos con responsabilidad penal para las personas jurídicas y sus administradores, con las condiciones de cumplimiento para que las personas jurídicas puedan quedar **exentas de responsabilidad** ante los posibles delitos penales (efecto mitigante/eximente).

Cualquier Director o Garante de sociedad diría que **“esto es más de lo mismo”**, o que **“pagamos justos por pecadores”**; **“nos estarán auscultando y monitoreando, para que no generemos una nueva crisis como la del 2008”**, es más de lo que nos traen los trillados casos de GOWEX, BANKIA, CAIXA, BPA.... Etc.

Siempre han existido los audaces y los inescrupulosos en nuestra sociedad, pero ello no nos quita responsabilidad sobre nuestra obligaciones cotidianas, el deber de **trabajar con diligencia y prudencia**, tener el dominio sobre las actividades de nuestras organizaciones, instalar las estructuras adecuadas para sobrellevar el complejo ambiente de negocios del siglo XXI, sobre la salvaje competencia, en mercados difíciles y con coyuntura compleja.

Estos temas nos ayudarán a replantearnos como profesionales si estamos en condiciones de afrontar esta problemática, o si es el momento de saltar a otra **perspectiva profesional** que nos guíe y asista en el nuevo desarrollo de estructuras sustentables, que tengan en su ADN la correcta interpretación del artículo 31 Bis del Código Penal.

Este **nuevo paradigma** nos recuerda que todo empieza y termina en nuestra empresa, y que somos protagonistas de nuestro futuro, y responsables de las contingencias que generemos. Siempre lo fuimos en verdad, y equivocadamente pensamos que las estructuras de administración que creamos son fuertes e inexpugnables, que el tiempo, las reducciones y racionalizaciones de personal y el cambio de colaboradores no las afectan. Por ello nunca nos

atrevimos a ponerlas a prueba, a llevarlas a una dimensión que **agregue el adecuado valor**, y que nos permitan confirmar que realmente tenemos el **dominio de nuestra organización**, es decir que conocemos lo que sucede en tiempo real a lo largo y ancho de nuestra organización.

En esta reflexión hoy **sembramos el futuro**; en esta encrucijada tenemos **un dilema**: creamos **eximentes** para la responsabilidad penal emergente o **recreamos** las estructuras adecuadas para que nuestra organización sea sustentable y eficiente, exigiendo lo mejor de nuestros colaboradores y distinguiéndonos en forma real de nuestros competidores, convertimos una **crisis en una nueva oportunidad**, que la sociedad reconocerá permitiéndonos obtener un **valor diferencial en la coyuntura actual**.



Pablo G. Fudim
CTO SFAI Internacional

A close-up photograph of a human hand, palm up, holding a large, glowing white sign that says "Risk". The background is dark, making the sign and the hand stand out. The sign is illuminated from within, giving it a soft, ethereal glow.

Risk

Prevención de riesgos penales. ¿Por obligación o por convencimiento? Las pequeñas y medianas empresas tienen más riesgo de exposición.

Prevención de riesgos penales: ¿Por obligación o por convencimiento? Las pequeñas y medianas empresas tienen más riesgo de exposición.

A nadie se le escapa que la prevención de riesgos penales en personas jurídicas – conocido como el Compliance -, ha saltado a la actualidad, principalmente, desde la entrada en vigor el pasado 1 de Julio de la reforma del **Código Penal**. Al Compliance se llega **por obligación o por convencimiento**. Pero por convencimiento es mejor, porque formará parte de un **proceso de crecimiento** de la empresa. Me explicaré: La mayoría de las empresas empiezan a pensar en implementarlo porque dentro de la diligencia que se espera en España de un ordenado empresario figura el conocimiento de las obligaciones legales impuestas a las sociedades, como ya viene reconociendo la jurisprudencia, y por tanto, **su falta de diligencia puede reportar responsabilidad personal** no solo frente a la sociedad, sino también frente a terceros.

El crecimiento de la complejidad del entorno conlleva que la función principal de los administradores ya no sea desarrollar directamente los actos de gestión, sino que en la mayoría de las empresas, incluso en las más pequeñas, **delegan parte de sus funciones en otras personas** y ejercen funciones de vigilancia responsable sobre aquellos. Es la denominada **función de supervisión** que resulta esencial e irrenunciable por parte de los administradores. Por tanto, los administradores no solo deben velar por sus actos, sino también por los actos de sus delegados.

Por tanto, la necesidad de adoptar un programa de Compliance, su implementación y la necesidad de probar, en caso de responsabilidad penal, su buen funcionamiento, **hace absolutamente recomendable**, a todas las personas jurídicas introducirlo en sus agendas y llevarlo a cabo, aunque sea por obligación, por pequeño que sea su negocio. No se engañen, **no se trata de generar un dossier** impecable que luego no sirva para nada o no se implemente. Para esto, no hace falta gastar ni dinero ni tiempo, porque cuando necesitemos

probar su existencia, cualquier abogado medianamente avezado en estos asuntos, lo tendrá fácil, así como pondremos ante el Juez la prueba palpable de nuestra negligencia.

Tampoco hay que sufrir por ello. Se trata de **implementar un plan proporcional a la realidad de la empresa**. Los modelos de las grandes empresas aquí no sirven y, lo más probable, es que acaben en un cajón por la dificultad de su implementación.

Así que cuando elija quien puede ayudarle en esta tarea, asegúrese de que, además de ser buen profesional, esté familiarizado con Compliance en pymes y **conozca bien las necesidades de éstas**.

Alguien puede pensar que el nivel de exposición de las empresas medianas o pequeñas es limitado, pero eso no es cierto, **el nivel de exposición de las empresas pequeñas y medianas es superior al de las más grandes**, porque al no disponer de modelos de cumplimiento se incrementa automáticamente su nivel de exposición, a la vez que se ven **limitadas sus posibilidades de demostrar su diligencia debida**, en caso necesario.

Otras empresas, las que menos, son conscientes de la ventaja competitiva que representa **alinearse la estrategia empresarial con los modernos estándares vigentes en materia de cumplimiento y gestión de los riesgos** y, por tanto, dan al Compliance la importancia que merece, situándolo al más alto nivel de la organización. No es casualidad que la mayoría de estas pocas empresas "**convencidas**" sean multinacionales o grandes empresas (por imperativo de sus matrices). Este tipo de empresas quieren un Compliance "de verdad", minimizando el riesgo y manteniendo el **máximo control en cómo se hacen las cosas**. Compartimos esta opinión.

Nosotros pensamos que para la mayoría de las empresas, sea cual sea su tamaño, la implantación de un plan de prevención de riesgos penales puede suponer un **primer paso ordenado, para implantar un adecuado programa, proporcional a sus necesidades, de fijación de la política de la empresa, control del riesgo y cumplimiento, incorporándola a su estrategia**. Este es un elemento **necesario para el crecimiento de las empresas**. O siendo

más precisos, **para crecer, es necesario adoptar políticas de empresas, incorporarlas a un sistema moderno de control y vigilancia, controlar los riesgos y evitar los que puedan derivarse, por la falta de cumplimiento, ya sea de normas legales o de las propias normas de la compañía.**

Por obligación, o mejor por convencimiento, ponga en su agenda la necesidad de poner en marcha un modelo de cumplimiento. Cuando haya pasado la necesidad de la obligación, probablemente se convencerá que el modelo le será muy útil para que su empresa crezca y lo haga de forma segura.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Joan Díaz', with a stylized flourish at the end.

Joan Díaz
Director JDA/SFAI Spain



**El de Prevención de
Riesgos Penales en
empresas pequeñas y
muy pequeñas.**

El plan de prevención de riesgos penales en empresas pequeñas y muy pequeñas.

La modificación del código penal, que ha supuesto la posibilidad de declarar responsables a las personas jurídicas de los delitos que puedan cometerse en su ámbito, por sus representantes o incluso por sus empleados, y la de las leyes mercantiles que vienen a establecer obligaciones más concretas a los administradores que deben mantener una actitud vigilante, ha hecho que muchos empresarios se planteen cómo deben proceder ante estos importantes cambios legislativos.

Es cierto que estos cambios legislativos son muy importantes y que afectan a todas las personas jurídicas, especialmente a las sociedades mercantiles, y por tanto, aunque sea una pequeña empresa, debe plantearse como afrontarlo. No nos referimos aquí a las estructuras societarias sin empleados, sino a aquellas que, en mayor o menor medida dispone de una pequeña estructura empresarial, con empleados.

En primer lugar, debo decir que muchas de las obligaciones que ahora tienen las empresas, respecto al medioambiente, a la prevención de riesgos laborales, protección de los datos de las personas, al cumplimiento de la legislación fiscal y social etc. ya están en vigor y las empresas ya cumplen con ellas. Por tanto, las nuevas obligaciones que impone, en la práctica, el código penal, para muchas de estas empresas, consistirá en ordenar lo que ya hacen y realizar un análisis del riesgo que pueden sufrir por aquellos aspectos susceptibles de constituir responsabilidad penal de la persona jurídica.

El Código penal establece que los modelos de prevención penal deben cumplir los siguientes requisitos:

- 1. Identificarán las actividades** en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2. Establecerán los **protocolos o procedimientos** que concreten el **proceso de formación de la voluntad** de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
3. Dispondrán de **modelos de gestión de los recursos financieros** adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. Impondrán la **obligación de informar** de posibles **riesgos e incumplimientos** al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5. Establecerán un **sistema disciplinario** que sancione adecuadamente el **incumplimiento** de las medidas que establezca el modelo.
6. Realizarán una **verificación periódica del modelo** y de su **eventual modificación** cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios

Puede parecer complicado o costoso para una pyme, pero no debería serlo. Vamos a ver punto por punto. La identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos es un aspecto fundamental que toda empresa seguro que sabe realizar. Recomendamos que, en esta fase, esté asistido a asesorado de un abogado penalista para que el análisis sea más completo. Se trata por tanto, de valorar los riesgos en los que incurre la compañía y priorizarlos, con el fin de establecer unos controles que permitan ser mitigados. En los siguientes puntos, los números 2 y 3, se refiere a que la compañía deberá disponer, si no los dispone ya, de políticas sobre la toma de decisiones, políticas sobre segregación de funciones/responsabilidades y políticas sobre controles financieros para el control y detección de ilícitos económicos (Hacienda pública y Seguridad Social, Cohecho y tráfico de influencias,

corrupción en los negocios, insolvencias punibles, etc.). La mayoría de las pequeñas empresas suelen delegar algunos de estos aspectos a asesorías o gestorías para que les lleven a cabo la mayoría de las obligaciones. No estaría de más diseñar un protocolo de actuación para con la asesoría y así dar un mayor cumplimiento a este aspecto.

El punto 4, se refiere a la necesidad de informar al encargado de vigilar el funcionamiento del modelo de prevención. En empresas pequeñas, y también en las no tan pequeñas, el encargado de vigilar el funcionamiento del modelo de prevención puede ser el Administrador, si es único, o el Consejo de Administración, si hay varios. Para dar cumplimiento a este requisito, precisará al menos de dos elementos: un código ético y de conducta y un canal de denuncias.

Personalmente pienso que el código ético debe ser la pieza básica sobre la que fundamentar todo el modelo y debe ser impulsado desde lo más alto de la organización. El código ético no es otra cosa que el conjunto de valores que dan sentido a la identidad de la compañía. En casi todas las empresas, existen unos valores arraigados. Pero no valores en abstracto, sino en cómo se deben hacer realmente las cosas en la empresa. Una auténtica declaración de principios.

Como digo, en algunas empresas, esos valores están muy claros, los definió el fundador o sus primeros equipos directivos y todas las personas que han crecido en la empresa los sienten como suyos. En otras, no son tan claros, pero sería bueno que se clarificaran.

El código ético debería ser el documento sobre el que después se desarrolla toda la política de la empresa. Tenerlo claro y actualizado puede ayudar a comunicar los valores de la empresa a todas las personas que pertenezcan a la organización.

Luego, suelen desarrollarse una serie de listados de comportamientos o conductas, que no son otra cosa que la aplicación del código ético y consecuentemente la clarificación de que conductas están permitidas y se esperan y que conductas no están permitidas. Volveremos sobre el particular, por su importancia. El punto 5, se refiere a que debe establecerse un sistema disciplinario que sancione adecuadamente aquellas conductas e incumplimientos del modelo de prevención, aunque este sistema disciplinario, deberá basarse, necesariamente, en la legislación laboral.

En una pequeña o muy pequeña empresa, donde la proximidad de la dirección con todos los empleados es una de sus características, la dirección debería impulsar los valores de la empresa y para ello debería redactar un código ético y comunicarlo a toda la organización, por pequeña que sea. Me inclino, en este tipo de sociedades pequeñas, también en las de mayor tamaño, como no, por formar comités de ética, y dotarles de la responsabilidad sobre su estatuto de funcionamiento, el diseño del control interno de la línea ética, el plan anual de actividades y la formación a los miembros de la organización en aspectos éticos.

En las empresas que no puedan dedicar muchos recursos al modelo, deben tender a potenciar la ética en el negocio y a hacer cómplice a toda la organización de que los negocios se deben realizar, de forma ética. La Fiscalía General del Estado, en su circular 1/2016, viene a decir algo parecido, cuando dice textualmente que “ Estas pequeñas organizaciones podrán, por lo tanto, demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5 (*requisitos del modelo de prevención*), que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal”.

La potenciación de la ética en los negocios, con especial atención a una cultura de cumplimiento normativo, no sólo ayudará a prevenir delitos - que es el caso que nos ocupa - y evitar ser condenado, sino que además ayudará a la empresa a ser mejor, a cambiar la forma de pensar y actuar en positivo, proteger y potencial la imagen de la empresa, le ayudará a presentarse en el mercado como empresa éticamente responsable.

La inversión en ética, seguro que no es tan elevada y tiene retorno a largo plazo.



Joan Díaz
Director JDA/SFAI Spain



Tenemos un dilema similar al de Luís Enrique: ¿Refuerzo la defensa 4-3-3 o presento una mejor delantera 3-3-4?

Tenemos un dilema similar al de Luís Enrique: ¿Refuerzo la defensa 4-3-3 o presento una mejor delantera 3-3-4?

Nuestra Organización y nuestros equipos tienen un dilema similar desde la **Reforma del Código Penal y la ley de Sociedades de Capital**. Si tuviéramos la suerte de conversar con un experto avezado en Servicios Especiales de **Prevención y Persecución de Fraudes Corporativos y Riesgos Penales**, y preguntarle cómo planteamos este difícil partido y convertir esta **crisis** en una **Oportunidad**, tal vez recibiríamos las siguientes indicaciones:

- Para ser un experto primero entrena con un **experto**, estos **RIESGOS** exponen a toda la compañía principalmente a los **DIRECTORES**, no tomemos riesgos innecesarios (que nuestro primer paso no sea directo al **precipicio**).
- Nuestro equipo debe mirar hacia adelante, por ello nuestro norte son nuestros valores y principios. Construyamos estructuras organizacionales con nuestro entrenador en **Servicios Éticos**. (nos preocuparemos por nuestra sustentabilidad mirando al futuro).
- Nuestro mediocampo es el sostén de la delantera. Si nuestras estructuras son débiles y si los garantes de ellas permanecen en un esquema de **CUMPLIMIENTO confortable**, en búsqueda del eximente, pero con una incorrecta gestión, nuestro medio campo hará aguas por todas partes. Llémoslo con el experto que **chequeará su estado** físico y le dirá que músculos **debe fortalecer y de qué forma**.
- En toda estructura organizacional que vive en un constante estrés interno y externo la defensa se **colapsa** y pierde su **perspectiva**, es el momento del recambio, armemos **nuevas estructuras** que le permitan a nuestros colaboradores mirar con otra perspectiva su función y abandonemos el viejo paradigma del costo del control por el control en sí mismo para ir en búsqueda de un esquema de **MONITOREO ON LINE** y creación de **valor continua**.

- Como entrena nuestro portero, debemos evitar que venzan nuestra valla, para eso que mejor que estar sellando fisuras e integrando estructuras, un área de prevención de fraudes nos será útil en esta tarea titánica.
- El trabajo y el entrenamiento continuo nos permitirán obtener los resultados previstos y mantenernos en forma permanente en la primera división.
- En la actualidad esta crisis nos permitirá demostrar que nuestro Equipo está para mejores y más importantes desafíos, que nos permiten poner en juego nuestro profesionalismo constantemente.
- Solo el cambio de mentalidad y perspectiva nos ayudara a superar estas nuevas/viejas reglas que el Consejo de Administración debe gestionar.

Actualmente **la peor GESTIÓN es la OMISION DE ACCIÓN**, desentendernos no es un **EXIMENTE**, no olvidemos que somos **DUEÑOS** de nuestras decisiones y **ESCLAVOS** de sus consecuencias.



Pablo G. Fudim
CTO SFAI Internacional



La figura del Compliance Officer.

La figura del Compliance Officer.

Para que un programa de "compliance" sea efectivo es necesario que sea asumido, liderado y supervisado por el personal adecuado dentro de la sociedad.

Este requisito ha sido recogido por la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, donde introducidos dos nuevos apartados, 2 y 3, al Artículo 31bis vienen a establecer que si la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención de riesgos penales implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica, con poderes autónomos de iniciativa y de control, que tenga encomendada legalmente la función de la eficacia de los controles internos de la persona jurídica, ésta quedará exenta de responsabilidad. Este órgano de la empresa es lo que llamamos Compliance Officer, o Jefe de Programa de Cumplimiento.

En empresas de pequeñas dimensiones las funciones del Compliance Officer pueden ser asumidas por el órgano de administración. ¿Y qué entiende la Ley por personas jurídicas de pequeñas dimensiones? Pues son aquellas que, según la ley aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. Es decir, las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- **a)** Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.
- **b)** Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.
- **c)** Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.

Por tanto, si la empresa no puede formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, deberá tener un órgano de cumplimiento y, si puede formularlas, podrá asumir esta función el propio Consejo de Administración o Administradores de la sociedad. Los requisitos que en uno y otro caso deben cumplir, según el Código Penal, son los mencionados anteriormente, y es que debe tener *poderes autónomos de iniciativa y de control*. En el caso del órgano de administración está claro que los tiene, pero en el caso de crear un órgano de cumplimiento éste debe ostentar un cargo relevante dentro de la persona jurídica y, además, también debe ser experta en el sector en el que se desenvuelve su sociedad, así como tener conocimientos en los delitos que sean más fácilmente susceptibles de ser, por ella, cometidos.

Las funciones que deberá cumplir el Compliance Officer son las siguientes:

- a) **Implantar el programa**, la cual cosa incluye distribuir las normas, procedimientos y prácticas al personal de la empresa, dirigir cursos de formación o "training", realizar la vigilancia o seguimiento del programa y corregir a los empleados.
- b) **Revisar el programa**, ya que el programa debe ser actualizado y puesto al día para que no devenga en un instrumento ineficaz.
- c) Ha de estar **sujeto a la responsabilidad empresarial** que corresponda, por no haber cumplido debidamente con la tarea que la junta directiva o los altos responsables de la empresa le encomendaron.

En lo que se refiere a su funcionamiento, será la propia Junta Directiva de cada sociedad la encargada de determinarlo. En cualquier caso, aconsejamos que dentro del comité de cumplimiento, sea cual sea, existan miembros especialistas, sean éstos de la empresa, o se apoyen en expertos externos.



Joan Díaz

Director JDA/SFAI Spain



**La figura del Compliance
Officer en las pymes.**

La figura del Compliance Officer en las pymes.

La responsabilidad penal fue introducida en 2010 en nuestro ordenamiento jurídico, haciendo responsables penalmente a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados en los casos en que la empresa no disponga de un modelo de prevención y detección de delitos. Si alguno de éstos comete un delito, además de éstos a título individual, también responde penalmente la persona jurídica por no haber hecho lo posible para evitarlo.

La reforma de 2015 concreta, de forma considerable, como deben ser los programas de cumplimiento o "compliance". La adopción de estos programas no es obligatoria. No obstante, en caso de una hipotética comisión de un delito, es la única forma de eximir a la empresa de la posible responsabilidad penal. Es importante señalar que estas responsabilidades no pueden ser objeto de cobertura de seguros. El principal objetivo de un programa no es eximir a la empresa de responsabilidad penal, sino prevenir la comisión de delitos y **promover una verdadera cultura ética corporativa**.

Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos. Por ello, y tal como destaca la Fiscalía Gral. del Estado, no sirve una copia de programas elaborados por otras compañías, sino que debe ser desarrollado para la propia organización, lo que mostrará el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas. El compromiso de la empresa, como luego repetiremos, es uno de los aspectos que la Fiscalía entiende que debe valorarse para aplicar la exención de responsabilidad.

La implantación de un modelo de prevención de delitos comenzará con la creación de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y de control que tenga encomendada esta función. A esta figura se le denomina el Compliance Officer u oficial de cumplimiento. En las personas jurídicas autorizadas a presentar cuentas anuales abreviadas, las funciones de supervisión y control pueden ser asumidas directamente por el órgano de administración.

Las funciones que deberá cumplir el Compliance Officer son las siguientes:

- **a) Implantar el programa**, la cual cosa incluye distribuir las normas, procedimientos y prácticas al personal de la empresa, dirigir cursos de formación o “training”, realizar la vigilancia o seguimiento del programa y corregir a los empleados, habilitar un canal de denuncias y gestionarlas conforme a un procedimiento sancionador.
- **b) Revisar el programa**, ya que el programa debe ser actualizado y puesto al día para que no devenga en un instrumento ineficaz.

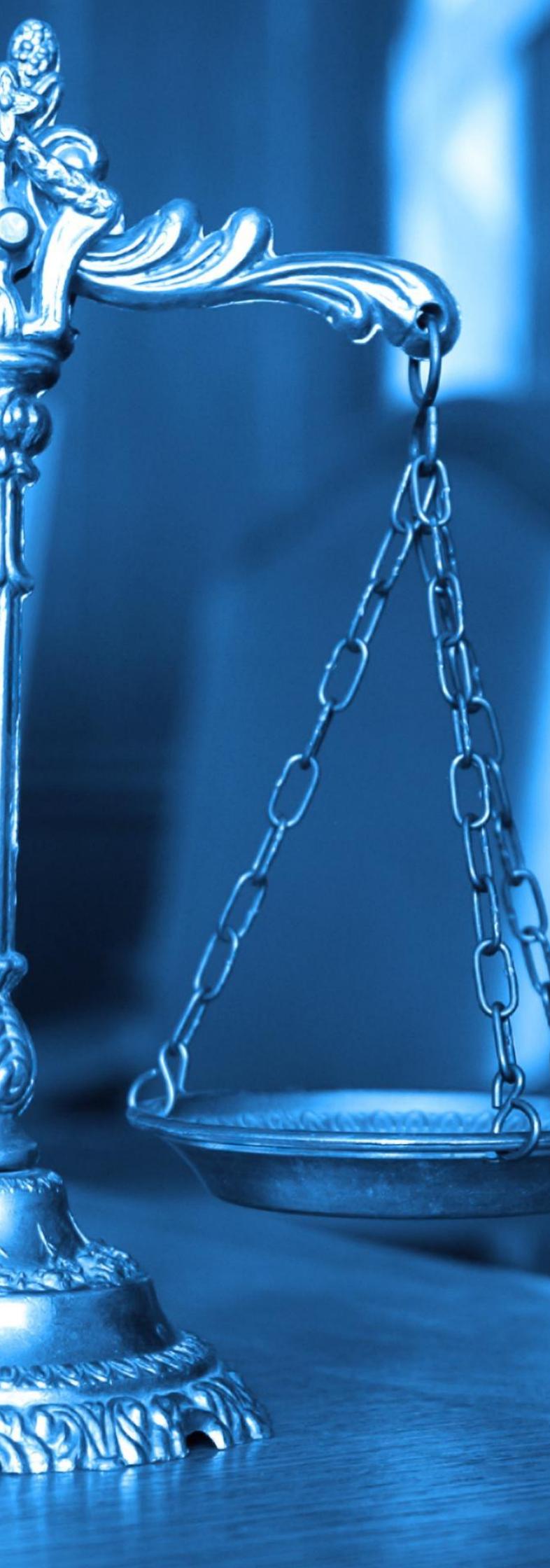
En lo que se refiere a su funcionamiento, será el propio órgano de administración de cada sociedad el encargado de determinarlo. En cualquier caso, y salvo que el órgano de administración tenga los suficientes miembros como para asignar responsabilidades a alguno de sus miembros, recaerá sobre éste una importante tarea.

En realidad, los órganos de administración ya realizan la tarea de supervisión, siempre lo han hecho y siempre han impregnado su política de empresa con los valores de sus fundadores o del Consejo. No obstante, esta tarea requiere de una cierta formalidad para el caso de tener que probar ante los tribunales que la sociedad se ha ocupado suficientemente de prevenir los delitos que se puedan cometer.

Para ello, entendemos que el órgano de administración, sin delegar sus competencias, puede ser ayudado por una compañía externa experta en control y supervisión.



Joan Díaz
Director JDA/SFAI Spain



Condiciones que permiten a la empresa eximirse de responsabilidad penal según la Fiscalía General del Estado.

Condiciones que permiten a la empresa eximirse de responsabilidad penal según la Fiscalía General del Estado.

El pasado 22 de enero se publicó la **Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado**, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma de Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015. Entre diversas cuestiones, y a los efectos que nos interesa, la Circular analiza las condiciones que permite a la persona jurídica eximirse de responsabilidad penal: la existencia de un modelo de organización y gestión eficaz en materia penal. La Circular se refiere a los elementos que deben reunir los modelos de conformidad con el artículo 31 bis del Código Penal y del órgano de control interno. También lleva a cabo un detalle de los criterios de valoración que deben regir la acusación del Ministerio Fiscal. A continuación resumiremos los aspectos que consideramos más destacados

1. Características y requisitos de los modelos de prevención o corporate compliance

La primera condición del apartado 2 del art. 31 bis impone al órgano de administración que haya "adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, **modelos de organización y gestión**", de los que solo demanda que contengan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o **para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión**. Los requisitos de tales modelos se establecen en el apartado 5 del art. 31 bis:

1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. La organización deberá contar con procedimientos que permitan identificar, evaluar, gestionar y controlar riesgos penales a los que está expuesto por razón de su actividad.
2. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. Es importante garantizar altos estándares éticos dentro de la organización.

3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. El canal de denuncias se configura como un elemento importante que permita la detección.
5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
6. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos.

Por ello, y tal como destaca la Fiscalía, no sirve una copia de programas elaborados por otras compañías, sino que debe ser desarrollado para la propia organización, lo que mostrará el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas. El compromiso de la empresa, como luego repetiremos, es uno de los aspectos que la Fiscalía entiende que debe valorarse para aplicar la exención de responsabilidad.

2. Características del Órgano de Control

La Circular también hace referencia a otro de los requisitos para la exención de responsabilidad de las personas jurídicas: La existencia de un órgano específico encargado de su vigilancia y supervisión.

Puede estar constituido por una o varias personas, con la suficiente formación y autoridad.

Deberá participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas de vigilancia y control.

Aunque debe ser un órgano de la persona jurídica, no implica que deba desempeñar de por sí todas las tareas que configuran su función y se valora positivamente la externalización de algunas de sus funciones en un órgano externo, señalando que algunas de ellas incluso resultarán más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización.

En empresas de pequeñas dimensiones, consideradas como tales, las autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas, las funciones del órgano de control u oficial de cumplimiento las podrá desarrollar directamente el órgano de administración.

3. Criterios para valorar la eficacia de los modelos de prevención

La Circular viene a fijar los criterios a seguir por el Ministerio Público, para valorar si un modelo de prevención es verdaderamente eficaz y, en consecuencia, exime de responsabilidad a la persona jurídica. La regulación de los modelos de organización y gestión debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica, es decir, que su implementación no pueda ser usada para eludir la responsabilidad.

El objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino **promover una verdadera cultura ética corporativa**, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una **verdadera expresión de su cultura de cumplimiento**. Los programas de prevención establecidos deben expresar un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales.

Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y **apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía**. Si son los principales responsables de la entidad quienes incumplen el modelo de organización y de prevención o recompensan o incentivan, directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa. La responsabilidad corporativa debe ser más exigente en los supuestos en los que la conducta criminal redundante principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al directa y personalmente perseguido por el delincuente. En estos casos, cabe exigir a la persona jurídica que la contratación o promoción del individuo que delinquiró se adecuara a unos protocolos y procedimientos que garanticen altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados. Capacidad de detección de los delitos por la propia corporación cumplimiento corporativo.

Se valorará positivamente la firmeza de la respuesta en situaciones precedentes y negativamente la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes de la investigada, o previas sanciones en vía administrativa. Las medidas adoptadas por la persona jurídica tras la comisión del delito pueden acreditar el compromiso de sus dirigentes con el programa de cumplimiento.



Joan Díaz
Director JDA/SFAI Spain

**Primera sentencia del
Tribunal Supremo por
responsabilidad penal de
las empresas.**



Primera sentencia del Tribunal Supremo por responsabilidad penal de las empresas.

En materia de derecho penal, las cuestiones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas han sido objeto de recientes transformaciones y modificaciones, pasando en apenas seis años de un sistema en el que las sociedades mercantiles no eran responsables penalmente, en virtud del aforismo tradicional *societas delinquere non potest*, a que éstas puedan ser responsables penalmente de conformidad con el artículo 31 bis del Código Penal. Sin embargo, pese a que la reforma legislativa del Código Penal ha sido detallada y amplia, era menester un pronunciamiento del Alto Tribunal que interpretara la aplicación práctica de la nueva responsabilidad penal de las empresas. Dichas aclaraciones han venido de la mano de la reciente Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo número 154/2016 dictada el 29 de febrero de 2016, en la cual se analizan los requisitos necesarios para que los Juzgados y Tribunales puedan apreciar la responsabilidad de las empresas.

En primer lugar, destaca los dos requisitos que se desprenden del artículo 31 bis del Código Penal para poder determinar, en un proceso penal, la responsabilidad de una empresa: por un lado, se requiere la comisión de uno de los delitos que forman parte del catálogo de infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la empresa en cuyo seno se comete; y, de otro lado, dicho delito deberá cometerse por una persona física integrante de la empresa, dentro de la actividad de la misma y en provecho o beneficio de dicha empresa. En cuanto a la comisión del ilícito penal en provecho o beneficio de la empresa que luego será sujeto de responsabilidad penal, la sentencia estudiada destaca que dicha expresión del artículo 31 bis del Código Penal alude a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la empresa en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete.

En relación a estos dos requisitos destacados por el Código Penal, el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de análisis, considera de interés dejar constancia de una serie de precisiones:

- En primer lugar, la referida sentencia deja claro que cualquier pronunciamiento condenatorio de personas jurídicas deberá salvaguardar los principios irrenunciables que conforman el derecho penal, tales como: los derechos y garantías constitucionales como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia o un proceso con garantías, entre otros, que igualmente amparan a las empresas del mismo modo en que lo hacen en el caso de las personas físicas.
- En segundo lugar, precisa la resolución que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

De forma y manera que la determinación del actuar de la persona jurídica, en relación con su posible responsabilidad penal en la comisión del algún delito, ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, **por la ausencia de una cultura de respeto al derecho**, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa. Ese respeto al derecho, según la sentencia, debería manifestarse en alguna clase de formas concretas de **vigilancia y control** del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, **tendientes a la evitación de la comisión por éstos de delitos**.

En consecuencia, en **dicha Sentencia se deja claro que lo que determinará la responsabilidad penal de una empresa en el caso de la comisión por ésta de un ilícito penal, será la ausencia de medios de control y vigilancia destinados a evitar la comisión de delitos en el seno de la empresa**. Es por ello que las empresas, **en aras a salvaguardar y garantizar una ausencia de responsabilidad penal en su actuar empresarial, deberían estar dotadas de medios de control y vigilancia que traten de evitar la comisión de posibles delitos en su actividad empresarial**.

Por su parte, **para que una empresa pueda disponer de dichos medios de control y vigilancia, es imperativo que tenga identificados aquellos puntos de riesgo** en los que debido a su actividad tiene más probabilidad que se cometan ilícitos penales, siendo ésta una

tarea que se lleva a cabo mediante los **Planes de Prevención de Ilícitos Penales**, los cuales realizan un análisis exhaustivo de la actividad empresarial y de los riesgos que en ella confluyen y proponen a la empresa aquellos medios de control y vigilancia que le serían necesarios para salvaguardar su responsabilidad penal.



Lia Alfonso
Abogada en JDA/SFAI Spain



**La importancia de los
controles para la
Prevención de Riesgos
Penales.**

La importancia de los controles para la Prevención de Riesgos Penales

Con la reforma del Código Penal establecida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en la que con la modificación del artículo 31bis se establece que si la sociedad tiene implantado un buen sistema de funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención de riesgos penales, asignando a una persona u órgano de la sociedad, denominado Compliance Officer, que tenga legalmente la función de verificar el cumplimiento de la eficacia de los controles internos de la persona jurídica, ésta quedará exenta de responsabilidad penal.

Es por ello que en este artículo queremos resaltar la importancia del sistema de control interno de una compañía para el buen funcionamiento de la misma, y para que a la vez sirva para que la organización identifique aquellos riesgos de cualquier clase que puedan afectar de alguna manera a la sociedad, con la finalidad de poder tomar medidas para evitarlos o minimizar su probabilidad o impacto. Un adecuado entorno de control, una buena segregación de funciones, unos adecuados procedimientos de control correctamente comunicados a toda la organización, y unas oportunas supervisiones periódicamente y rigurosamente ejecutadas, son las claves para que la compañía funcione adecuadamente y sea capaz de minimizar sus riesgos.

Todas las sociedades en mayor o menor medida tienen establecido un sistema de control interno para su buen funcionamiento y buen gobierno, algunos de ellos serán muy eficaces y darán confianza a sus administradores de que es muy difícil cometer un delito en su organización, y por el contrario otros no, con lo cual la compañía y sus administradores quedarán al descubierto ante la posibilidad de que desde su organización se cometa algún delito penal, por el que puedan acabar imputados, tanto ellos como la persona jurídica.

Con la elaboración del Plan de Prevención de Riesgos Penales, los principales controles establecidos por la sociedad para aquellos riesgos penales que sean susceptibles de que puedan cometerse, serán revisados y comprobados para ver su correcto funcionamiento, y lo que es más importante, como parte de dicho Plan, se le recomendarán una serie de controles y

medidas adicionales, a implantar y realizar por la sociedad, para intentar minimizar o anular la probabilidad de que se cometa alguno de los delitos identificados en su compañía.

El Compliance Officer será el encargado de que todas las recomendaciones y controles a implantar derivados del Plan de Prevención de Riesgos Penales se lleven a cabo, y lo que es más importante, una vez implantados tendrá que velar para que tanto los controles existentes con anterioridad al Plan, como los implantados derivados del mismo, se cumplan y aseguren al órgano de gobierno de la compañía, que ha tomado todas las medidas posibles para que desde su organización no se puedan cometer delitos, y en el caso de que algún miembro de su equipo se saltara dichos controles y cometiera algún acto ilícito, tanto ellos como la compañía quedaran exonerados de responsabilidad jurídica.



Miquel Ferrero
Socio Auditor JDA Audit



jda

BARCELONA - JDA

Francisco de Quevedo 9
08402 Granollers
T. 93 860 03 70

-
Tres Creus 92
08202 Sabadell
T. 93 725 91 53

-
Diputació 256, Bis 2^o 2^a
08007 Barcelona
T. 93 412 76 39

-
Paseo de Gracia 28
08007 Barcelona
T. 93 342 79 90

-
www.jda.es
www.sfai.es



SFAI

SANTA FE
ASSOCIATES
INTERNATIONAL
SPAIN

