



**APTTCB**

ASSOCIACIÓ PROFESSIONAL DE TÈCNICS  
TRIBUTARIS DE CATALUNYA I BALEARIS

# CONFERÈNCIA

## COMPLIANCE PENAL

*Programa de Prevenció de Riscos  
Penals per a Tècnics Tributaris*

*Barcelona, 8 de març de 2017*

### PONENTS

*Srs. Joaquim Sugrañes Salvat i Francesc Rodríguez Tutusaus  
Àrea de Compliance de CA Abogados Penalistas*

*Sr. Òscar Serrano  
Àrea de fiscalia de delictes econòmics*

*Ilm. Sr. Josep Niubò Claveria  
Magistrat Secc. 3a Audiència Provincial de Barcelona*

*Sr. Eloi Castellarnau Fort  
Advocat. Soci CA Abogados penalistas*

## **COMPLIANCE PENAL:**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en virtud de la cual se modificaba parte de lo dispuesto en el Código Penal de 1995. Dicha reforma supuso la derogación del principio “societas delinquere non postest”. Así, por medio de la citada ley, se establece por primera vez un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, modelo que se ve refrendado por la más reciente Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal.

El vigente artículo 31 bis del Código Penal establece que las personas jurídicas son penalmente responsables de los delitos cometidos por sus representantes legales y administradores, o por las personas sometidas a la autoridad de éstos, cuando no se ha ejercido sobre ellas el debido control, siempre que el delito sea cometido en nombre o por cuenta de la persona jurídica y que la misma obtenga directa o indirectamente un beneficio.

Las penas aplicables a las personas jurídicas se contemplan en el artículo 33.7 del Código Penal (multa, disolución de la persona jurídica, intervención judicial, suspensión de las actividades, clausura de sus locales, etc.). Además, conviene destacar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo está prevista respecto de una serie de delitos expresamente enumerados en el citado cuerpo legal a modo de “numerus clausus”.

Por tanto, La atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica exige la concurrencia de dos tipos de hechos que deben quedar acreditados;

a-) Hecho de referencia o hecho de conexión: Tal hecho se refiere al delito, cometido por las personas físicas citadas en el vigente artículo 31 bis del Código Penal ( sus dirigentes o personas físicas con capacidad para tomar decisiones vinculantes para la persona jurídica o bien los empleados o personas sometidas a la autoridad, vigilancia y control de las anteriores). En ambos casos será necesario el requisito del beneficio directo o indirecto para la persona jurídica, aunque no sea su principal o único objetivo. Además, debe tratarse de alguno de los delitos incluidos en el numerus clausus que genera responsabilidad penal para la persona jurídica.

b-) Hecho propio de la persona jurídica: Es el llamado “defecto de organización de la persona jurídica”. Este defecto organizativo, que se traduce en una falta de prevención y control de la comisión de ilícitos penales en la estructura de la persona jurídica es esencial que resulte acreditado para poder atribuir responsabilidad penal a la propia sociedad.

## CRITERIOS ECONÓMICOS PARA VALORAR LA EFICACIA DE UN PROGRAMA DE DETECCIÓN/PREVENCIÓN.

Desde una perspectiva económica, un programa de compliance será eficaz cuando la inversión económica efectuada en prevención /detección resulte proporcionada y racional de acuerdo con los siguientes parámetros;

\*Capacidad económica de la empresa

\*Idoneidad objetiva de la empresa para generar mayores o menores situaciones de irresponsabilidad organizada, teniendo en cuenta la mayor o menor complejidad de su estructura.

\*Capacidad del programa para reducir la probabilidad de delitos en el marco de esa empresa.

\*Coste económico de los delitos que se podrían producir en el marco de esa empresa.

## CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR LA EFICACIA DE UN PROGRAMA DE DETECCIÓN/PREVENCIÓN;

El programa será eficaz en dos supuestos;

\*Casos en que la propia sociedad haya evitado la consumación del delito iniciado mediante la adopción de medidas de vigilancia y control. Se contempla como eficaz para prevenir.

\*Casos en que la propia sociedad haya adoptado y ejecutado medidas de reacción frente al delito consumado que permitan evitar la situación de irresponsabilidad organizada. Se contempla como eficaz para detectar.

## CONTENIDO DE CUALQUIER PROGRAMA COMPLIANCE. Deberá incluir necesariamente medidas de dos tipos;

a) Medidas de contenido puramente preventivo; Se tienen que haber adoptado y ejecutado medidas de vigilancia y control idóneas para evitar la consumación del delito.

b) Medidas de contenido de carácter reactivo; Se tienen que haber adoptado y ejecutado ex ante medidas de reacción idóneas para, en el caso de que el delito se hubiera consumado, anular o minimizar sus efectos perturbadores, contribuir a esclarecer los autores y el destino de los efectos del delito y también la recuperación de estos efectos. Dichas medidas de carácter reactivo deben operar en aquellos casos en que a pesar de que se han adoptado medidas de control y prevención, los infractores las han eludido fraudulentamente y han consumado el delito.

## COSTES Y BENEFICIOS ECONOMICOS DERIVADOS DE LA ADOPCIÓN DE UN PROGRAMA DE PREVENCIÓN EFICAZ;

En lo que se refiere a los costes, conviene destacar los siguientes como los más habituales.

*-Los costes económicos derivados de la propia sanción.* Piénsese que no solo se generan costes con el pago de la multa impuesta a la persona jurídica sino que con la simple suspensión temporal de sus actividades o la clausura de sus locales, en la práctica implican importantes ingresos dejados de percibir o incluso la definitiva expulsión de la sociedad del propio mercado.

*-Costes reputacionales:* Dificultad de acceso a financiación, desconfianza de clientes y proveedores. De acuerdo con el vigente Código Penal, todos los operadores del mercado exigirán a sus colaboradores, clientes o proveedores la acreditación de que la entidad a contratar dispone de un programa de prevención de riesgos penales y no se encuentra inmersa en ninguna causa judicial de naturaleza penal pues de lo contrario deberán abstenerse de operar con la misma.

*-Dificultades para participar en operaciones de reestructuración empresarial;* Con ello, nos referimos a dificultades o imposibilidades de poder ejecutar operaciones de transmisión de empresas, reestructuración, fusión, etc. Las nuevas adquirentes, de igual forma que en el caso anterior, deberán requerir a los transmitentes que conocen disponen y aplican con la debida diligencia un programa de prevención de riesgos penales.

## PROGRAMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA UNA PYME, ¿MISMAS EXIGENCIAS QUE EN LAS GRANDES EMPRESAS?

a) Basta para estos casos un programa de compliance más simple que el de una gran empresa.

b) El coste económico de inversión en prevención/detección exigible a las PYMES es inferior que a las grandes empresas. Capacidad económica de la PYME para la elaboración del compliance penal.

c) Previsión del 31 ter CP; En caso de defecto de organización en la PYME por compliance inadecuado, se aplica una cláusula de proporcionalidad en virtud de la cual cabe compensar las penas de multa impuestas a la persona física y a la persona jurídica en los supuestos de menor complejidad organizativa.

## PROUESTA/IDEA DE CÓMO PODRÍA CONFIGURARSE UN PROGRAMA DE COMPLIANCE PENAL:

Se imponen unas líneas más o menos comunes de actuación. Además, hay que tener en cuenta que en nuestro Ordenamiento Jurídico ya se dispone de regulaciones sectoriales que imponen a la empresa obligaciones de cumplimiento normativo para la prevención de ilícitos administrativos, por ejemplo, la normativa de prevención de riesgos laborales.

Proponemos un esquema de lo que podría ser un modelo mínimo de programa corporativo de prevención de delitos; No pretende ser exhaustivo e igual para todos los casos. Las concretas soluciones adoptadas en cada caso deberían variar en función de las características específicas de la empresa de que se trate: sector, tamaño, actividad, etc., Y sobre todo, la evaluación del supuesto específico. Se trata a continuación solo de citar algunas soluciones prácticas que podrían ser valoradas positivamente por jueces y fiscales siendo estas las siguientes;

### 1) PRINCIPIOS

La persona jurídica tiene que estar en disposición de acreditar la efectiva ejecución del programa de prevención en su estructura. Normalmente acreditable vía documental ( protocolos, manuales, hojas de formación, registros, etc.). No obstante, conviene destacar que estos documentos no son por si mismos el programa de prevención, sino solo una prueba de su existencia. Por tanto, el programa de prevención de delitos no es un producto intercambiable y valido para todos los operadores jurídicos.

### 2) ESTRUCTURA DEL PROGRAMA, DEPENDERÁ DEL TAMAÑO DE LA ENTIDAD:

-Para pequeñas y medianas empresas: Nombramiento formal y documentado de un Responsable de Cumplimiento y Prevención Penal (Compliance Officer), que dependerá directamente del órgano de administración de la sociedad. Sus funciones;

\*Implementación del programa de prevención de delitos en la estructura de la sociedad.

\*Seguimiento y control de la efectividad del programa de prevención.

\*Proposición de mejoras o modificaciones del programa ante la detección de nuevos riesgos.

\*Inmediata implementación de nuevas medidas de prevención en caso de producirse actividad delictiva.

\*Reporte periódico y efectivo al órgano de administración sobre el programa de compliance.

Este cargo debería recaer en una persona con la capacidad técnica suficiente y acreditada.

#### Obligaciones de la sociedad con el Compliance Officer;

\*Proveerlo de medios materiales y humanos y financieros, necesarios para el desarrollo de su tarea.

\*El órgano de administración ejerce una supervisión residual sobre esta delegación.

-Para grandes empresas: También necesario el nombramiento del Compliance Officer en los mismos términos y mismas funciones que en caso de pequeñas empresas.

También es recomendable la constitución de un “Comité de Cumplimiento y Prevención Penal”, en el cual se traten los aspectos de esta política corporativa y sirva de cauce de información y seguimiento del órgano de administración.

Posible composición del comité de cumplimiento: i) El administrador o un miembro del órgano de administración de la compañía, ii) El Compliance officer, iii) un representante con rango de directivo por cada área de actividad de la sociedad que pueda implicar riesgo de responsabilidad penal para la persona jurídica (área financiera, compras, ventas, medio ambiente, legal/ fiscal, recursos humanos, etc.).

### 3) ACTIVIDAD

- a) Realizar una evaluación de riesgos penales; Se puede hacer internamente o por medio de un evaluador externo, de la que derive un “ *Plan de actuación para la neutralización de riesgos penales*”. Debe profundizarse en la actividad concreta de la empresa y los riesgos propias de esta actividad. A

partir de esta evaluación y del plan de actuación, se configurará en la práctica el sistema de prevención de delitos de la sociedad continuando con el apartado b).

b) Implementación de medidas concretas para la neutralización de riesgos penales;

Algunos ejemplos, sin ánimo de exhaustividad.

*\*Defraudaciones en relaciones con clientes y proveedores:* La medida habitual y común, es el establecimiento de un manual o código de conducta corporativa por escrito donde se establezca las facultades y límites negociables de aquellas personas con capacidad de vincular a la empresa en acuerdos con clientes y proveedores. La efectividad de este “Código Ético” vendrá determinada por; i) La formación específica de los directivos y personal sobre el contenido y alcance del código de conducta, ii) la implementación de un sistema de sanciones e infracciones directamente vinculado al cumplimiento de este código de conducta.

*\*Abuso de información privilegiada y otros delitos contra el mercado:* Implementación de medidas ya existentes en la normativa administrativa del Mercado de Valores. Por ejemplo, inclusión de cláusulas contractuales laborales y de alta dirección relativas al uso de información privilegiada en el código de conducta, formación específica del personal, establecimiento de medidas tecnológicas que restrinjan el acceso a informaciones que afecten a la cotización de valores, etc.

*\*Blanqueo de capitales:* Medidas previstas en la normativa administrativa aplicable, en caso de que la sociedad sea sujeto obligado por razón de su objeto social. Medidas anti blanqueo. Ley de prevención de blanqueo de capitales.

*\*Corrupción en sector privado:* El nuevo art. 286 bis del Código Penal. Establecimiento de código interno anticorrupción de obligado conocimiento por todos los empleados. Inclusión de cláusulas contractuales laborales y de alta dirección que prohíban expresamente este tipo de conductas sancionándolas incluso con la terminación de la relación laboral, formación específica de los empleados y administradores en esta concreta materia etc..

*\*Delitos contra el medio ambiente:* Medidas ya existentes en la normativa administrativa medioambiental estatal autonómica y local.

*\*Delitos de descubrimiento y revelación de secretos:* Establecer políticas expresas de uso de los medios tecnológicos por los trabajadores (móvil, mail, ordenador, etc.).

c) Formación de administradores, representantes y empleados;

El aspecto formativo es de especial relevancia.

Además de la formación específica sobre cada medida adoptada en una concreta área de riesgo penal, también es necesaria la implementación de un programa de formación genérica para administradores, representantes y empleados que transmita los principios y valores básicos del cumplimiento normativo y ética corporativa.

d) Sistemas efectivos de infracciones y sanciones y de incentivos por cumplimiento:

Catálogos de infracciones y sanciones internas aparejados al incumplimiento de las medidas de prevención. Aspecto nuclear de todo programa de compliance para su efectividad. Los incentivos se aplicarían a aquellos empleados que han demostrado un elevado grado de cumplimiento de las obligaciones de prevención penal.

e) Canal interno de denuncias anónimas que garantice la ausencia de represalias:

Flujo de información vertical, es decir, desde la base hasta la cúspide de la compañía. Canales de denuncia anónima (whistleblowing).

4) SUPERVISIÓN, SEGUIMIENTO Y ACTUALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PREVENTIVA.

Naturaleza dinámica de estos programas. No será valorado positivamente a efectos de eximir a la persona jurídica de responsabilidad penal, un programa estático o el mero cumplimiento formal de los requisitos del artículo 31 bis ap. 5º.

La supervisión y el seguimiento es función del Compliance Officer que ya hemos comentado, el cual se debe plasmar en un sistema de reporte interno documentado y vertical hacia el órgano de administración.



En el caso de empresas grandes, el Comité de Cumplimiento y Prevención sería el lugar de puesta en común periódica del resultado de la supervisión hecha por el Compliance Officer.

Además, el Código Penal se refiere expresamente a la actualización del programa como manifestación de que el mismo es dinámico y se concibe como algo vivo dentro de la empresa. Recomendable una re-evaluación (auditoría) integral y periódica ( anual, bienal, etc.) del programa de prevención por parte del Compliance Officer o de un experto externo e independiente.

### **CONCLUSIÓN;**

Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 de marzo, la única forma de evitar que la empresa pueda ser condenada penalmente es mediante la adopción de un modelo de prevención penal. Dicho modelo también tiene que tener como objetivo promover una cultura de cumplimiento en la empresa. La implantación de un modelo de prevención penal es necesaria para garantizar la supervivencia y continuidad de la empresa pues tal y como se establece en el propio artículo 31 bis CP, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal en los siguientes casos;

**\*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.**

\*La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control.

\*Los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.

\*No se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b).

Por tanto, la única forma de salvaguardar a la empresa de una posible responsabilidad penal pasa por la implementación de un programa compliance cuyo contenido cumpla con lo dispuesto en el artículo 31 bis. 5 del Código Penal.