

CIRCULAR CORPORATE COMPLIANCE

Marzo de 2016



**MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL DELITO EN
ORGANIZACIONES EMPRESARIALES**

DEPARTAMENTO JURÍDICO

ÍNDICE

LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL DELITO	3
¿QUÉ QUIERE DECIR “COMPLIANCE”?	3
¿QUÉ CONDENAS PENALES SE PUEDEN IMPONER A UNA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL?	3
¿QUÉ DELITOS PUEDEN COMETER LAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES Y QUÉ PROCEDIMIENTOS HABRÍA QUE IMPLEMENTAR?	4
SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE PREVENCIÓN DEL DELITO: EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO O <i>COMPLIANCE OFFICER</i>	6
EL CANAL DE DENUNCIAS	7
¿CÓMO PUEDE MEJORAR EL COMPLIANCE A MI ORGANIZACIÓN?	7
CONCLUSIONES	7
FORMACIÓN	8
UN EJEMPLO DEL DÍA A DÍA	8

LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL DELITO

La reforma del Código Penal del 2010 introdujo como gran novedad el reconocimiento en nuestro Derecho, a la manera de los sistemas legales anglosajones, la responsabilidad penal de las personas jurídicas a las que convierte en sujetos susceptibles de cometer delitos y de ser, por ello, sancionadas con penas. Para evitar la condena, la persona jurídica debe establecer una serie de medidas de debido control que impidan o reduzcan de forma significativa el riesgo de comisión del delito –el denominado “*Corporate Compliance*” o “*Compliance*”-. La reforma del Código Penal del 2015 detalló los requisitos que debían estas medidas de debido control.

Adicionalmente, la Fiscalía General del Estado ha dictado sendas circulares -Circular 1/2011 y la más reciente Circular 1/2016- en las que establece los criterios con los que procederá a la imputación de las Personas Jurídicas. Por su parte, el Tribunal Supremo dictó una Sentencia de 29 de febrero de 2016 en la que, por primera vez, condenó a Personas Jurídicas por la comisión de delitos. Estas interpretaciones tienen especial incidencia en los programas de *Compliance* que toda Persona Jurídica debe implementar por ser las únicas interpretaciones institucionales dictada hasta el momento.

Las Organizaciones Empresariales son penalmente responsables y, por tanto, deben implementar programas de prevención del delito o *Compliance* para limitar una posible responsabilidad penal. De esta forma, la Organización prevendrá la comisión de delitos, y, en el peor de los casos, quedará exenta –o atenuada- en su responsabilidad penal.

En esta circular explicaremos de forma resumida y práctica los conceptos básicos de un programa de *Compliance*.

¿QUÉ QUIERE DECIR “COMPLIANCE”?

La figura del *Compliance* puede sonar como algo complicado, pero no son más que procedimientos y medidas internas que regulan la forma de desarrollar la actividad normal de la Organización y la toma de decisiones. Constituyen un instrumento esencial para implementar una cultura ética empresarial, y, consecuentemente, evitar la comisión de delitos. En muchas ocasiones tan sólo exigirá ordenar y constatar lo que es una práctica habitual de la Organización. No obstante, es imprescindible que los programas de *Compliance* sean claros, precisos, eficaces, consten por escrito y sean conocidos y aplicados por las personas que conforman la Organización.

¿QUÉ CONDENAS PENALES SE PUEDEN IMPONER A UNA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL?

Según el Código penal, las posibles condenas a la Persona Jurídica son las siguientes:

- a. Multa.
- b. Disolución de la persona jurídica.
- c. Suspensión de sus actividades.
- d. Clausura de sus locales y establecimientos.
- e. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- f. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.
- g. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

La Circular 1/2011 la Fiscalía General del Estado estableció que la pena de multa se impondrá en todo caso, reservando otras penas de mayor gravedad -como la suspensión de actividades o la disolución- para supuestos muy extremos. En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido, en coherencia con el Código Penal, que la pena de disolución de la persona jurídica sólo cabrá en supuestos en los que ésta fuera “multireincidente” o se utilizara instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, es decir, siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

¿QUÉ DELITOS PUEDEN COMETER LAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES Y QUÉ PROCEDIMIENTOS HABRÍA QUE IMPLEMENTAR?

Para implementar un programa de *Compliance* es necesario que la Organización, en primer lugar, analice qué delitos puede cometer y, posteriormente, adopte medidas efectivas para prevenirlos. Para ordenar esta tarea muchas empresas y organizaciones han aprobado un Código Ético donde se contienen los principios básicos que rigen su actuación y proscriben aquellas conductas que atenten contra ellos. El Código Ético se debe complementar, además, con otras medidas internas y concretas de prevención y control.

A título de ejemplo, y sin perjuicio de otros, las Organizaciones Empresariales son generalmente susceptibles de cometer una serie de delitos como los que exponemos a continuación como ejemplo y ánimo meramente divulgativo. Además, acompañamos una sencilla descripción práctica de algunas de las medidas que se podrían implementar:

- Delitos cometidos por medios informáticos: descubrimiento o revelación de secretos, accesos no autorizados a sistemas informáticos, obstaculización o daños informáticos o vulneraciones de derechos de propiedad intelectual o industrial.

Para evitar este tipo de delitos es necesario implementar una política de uso de herramientas informáticas. Igualmente, en su caso, se pueden establecer aplicaciones informáticas que impidan la comisión de delitos desde los equipos de la Organización.

- Delitos de estafa: uso de medios de pago sin fondos, simulación de contratos o disposiciones realizadas por personas no apoderadas en perjuicio de terceros.

Para evitar este tipo de delitos se puede implementar una política de contratación y pagos que asegure que las cantidades que se reciban y los pagos que se realicen desde la organización están soportados por contrato y factura, responden a un producto o servicio efectivamente recibido o prestado y que la persona que lo autoriza tiene facultades suficientes para hacerlo.

- Delitos contra la Hacienda Pública, Seguridad Social o fraude en subvenciones.

Para evitar la comisión de fraudes a la Hacienda Pública o la Seguridad Social es conveniente aprobar un procedimiento que asegure, entre otras cuestiones, que el cumplimiento de las obligaciones administrativas son llevadas a cabo por personas con suficiente conocimiento técnico y responsabilidad, regule la correcta gestión de la documentación justificativa, o prevea la necesidad de contar con la opinión de un experto en caso de beneficios fiscales complejos o de gran importancia. En materia de subvenciones se puede establecer un procedimiento de solicitud y seguimiento de subvenciones, previendo, entre otros factores, medidas de control de los fondos y constatación de la realidad de la prestación, así como la designación de responsables y protocolos de autorización en cada fase.

- Delitos de corrupción entre particulares y de funcionarios públicos, cohecho, tráfico de influencias o financiación de Partidos Políticos.

Para prevenir estos delitos se puede aprobar, por ejemplo, un Código Ético que prohíba la oferta o recepción de pagos, donaciones o beneficios a/de terceros y las donaciones a Partidos Políticos. Igualmente, se puede implementar un protocolo que regule las relaciones con funcionarios públicos. Igualmente, se puede prever la necesidad de justificar los motivos por los que se otorgan determinados contratos o se refuercen los requisitos de información y autorización en contratos con personas o entidades con los que personas de la Organización tengan afinidad familiar, amistad íntima o comercial. Igualmente, como hemos referido, se puede establecer una política de contratación y pagos que exija acreditar la existencia de contrato, factura y realidad de la prestación.

- Delitos de frustración de la ejecución: pagos realizados a acreedores con ánimo de burlar embargos realizados por Hacienda o Tribunales.

Es conveniente establecer un procedimiento para la recepción de notificaciones de embargos y un procedimiento con requisitos específicos para la modificación de cuentas corrientes donde la Organización realice pagos.

- Delitos contra los Derechos de los trabajadores: situaciones de acoso o *mobbing*.

Para prevenir estas situaciones es conveniente implementar un procedimiento de prevención del acoso en el trabajo, con adopción de las medidas que resulten oportunas en cada caso.

Debemos destacar que estos ejemplos son ilustrativos y se formulan con el ánimo de exponer, desde un punto de vista práctico, algunas de las medidas que una Organización podría implementar. Lógicamente, un

programa de *Compliance* debe tener en cuenta otros muchos factores y prever la adopción de medidas propias.

Los programas de *Compliance* deben estar adaptados a la Organización y a la forma que cada una tenga de desarrollar su actividad. Tan es así que la propia Fiscalía General de Estado tiene serias reservas sobre los programas copiados unos de otros que no se adapten a la realidad de la entidad en la que se aplican.

Cada Organización tiene su propia estructura interna y medios organizativos, por lo que cada una debe establecer sus propios procesos de forma individualizada, previa reunión con los departamentos correspondientes. Por ejemplo, el programa de *Compliance* de una Organización Empresarial de gran tamaño con multitud de departamentos no será aplicable a una más pequeña.

SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE PREVENCIÓN DEL DELITO: EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO O *COMPLIANCE OFFICER*

Las Organizaciones deben nombrar un órgano o persona responsable que (i) identifique los delitos que deben ser prevenidos; (ii) establezca y participe en el diseño del programa de *Compliance*, tanto en la toma de decisiones y personas apoderadas como en el modelo de gestión de recursos financieros; (iii) proponga un procedimiento para sancionar incumplimientos; (iv) se asegure del correcto funcionamiento y revisión del programa de *Compliance*; y (v) reaccione frente al delito e incumplimiento del programa.

El Oficial de Cumplimiento, como órgano de control, debe ser independiente y disponer de todas las autorizaciones, medios organizativos y recursos económicos para ejercer su función, los cuales, lógicamente, variarán dependiendo del tamaño de la Organización. Para que un programa de *Compliance* funcione es imprescindible el compromiso y apoyo decidido de los órganos de gobierno, que será quien deba aprobar cada una de los procedimientos y medidas. Sin este apoyo, cualquier programa de *Compliance* que se pretenda implementar carecerá de eficacia.

El Oficial de Cumplimiento deberá, además, dar a conocer las medidas implementadas a todos los miembros de la Organización y habilitar un canal de denuncias para que cualquier persona de la Organización que conozca la existencia de un incumplimiento lo ponga de manifiesto.

Tras su recepción, el Oficial de Cumplimiento deberá gestionar estas denuncias de forma confidencial, actuar conforme un procedimiento sancionador establecido y trasladar los hechos al órgano competente de la Organización para que adopte las decisiones oportunas.

No hay un perfil definido sobre quién debe ser Oficial de Cumplimiento. El propio Código Penal establece que en empresas de reducidas dimensiones –que presenten cuentas abreviadas- podrá ser el propio órgano de administración. En el caso de Organizaciones Empresariales dependerá de su propia estructura, pudiendo ser, por ejemplo, el Secretario General, el Director Financiero o el Asesor Jurídico.

Igualmente, no todas las funciones deben ser desarrolladas por el mismo órgano -como ocurrirá, por ejemplo, en Organizaciones de gran tamaño- pero debe existir un responsable que coordine el programa de *Compliance* de forma que garantice la supervisión global de todo el sistema.

EL CANAL DE DENUNCIAS

Como hemos expuesto, la Organización deberá implementar un canal de comunicación—normalmente un correo electrónico- donde sea posible denunciar al Oficial de Cumplimiento los posibles riesgos y las infracciones de las políticas o procedimientos, así como facilitar toda la información relevante. Los directivos y empleados de la Organización tienen el deber legal de denunciar cualquier incumplimiento del que tengan conocimiento.

Estas denuncias deberán ser tratadas con carácter confidencial y garantizar que el denunciante no sufrirá ninguna represalia por su denuncia.

¿CÓMO PUEDE MEJORAR EL COMPLIANCE A MI ORGANIZACIÓN?

La principal ventaja de la implementación de un programa de *Compliance* es que permite dotar a la Organización de un sentido ético empresarial, tan demandado por nuestra sociedad.

Por otra parte, un buen programa de *Compliance* permite establecer principios claros que vertebran a la Organización, mejoran la gestión diaria y estructuran la responsabilidad de cada empleado y directivo, quienes, además, disponen de una vía directa de comunicación con un responsable para el supuesto que detecten comportamientos contrarios a sus principios.

Además, mejora su imagen y permite limitar los riesgos reputacionales derivados de la imputación en graves delitos como, por ejemplo, corrupción, estafas o fraudes a la administración.

Sin duda el *Compliance* agrega valor a la Organización en todas sus áreas: mejora la gestión, cambia la forma de pensar y actuar en forma positiva, protege y potencia su imagen y, especialmente, ayuda a presentarse en el mercado como entidades éticamente responsables.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, concluimos que:

- Las Organizaciones Empresariales tienen responsabilidad penal.
- Las penas que se impondrán, normalmente, serán multas económicas, si bien pueden llegar a la disolución en los casos más graves.
- La implementación de medidas y controles de prevención del delito eficaces proporciona una exención o, en su caso, atenuación de la responsabilidad penal de la Organización.

- Es necesario que cada Organización analice los delitos que pudieran cometerse y adopte protocolos y medidas de supervisión y control que imposibiliten su comisión.
- Cada Organización deberá nombrar un Oficial de Cumplimiento o *Compliance Officer* que colabore en el diseño de estas políticas, las implemente y supervise.
- Todos los miembros de la Organización deben conocer estas políticas y medidas y tienen el deber legal de denunciar su incumplimiento.
- Cada Organización deberá establecer un canal de denuncias –un correo electrónico por ejemplo– donde los miembros de la Organización puedan comunicar incumplimientos éticos y de las políticas. Este canal deberá ser confidencial y con el compromiso de que no existirán represalias.
- La implementación del *Compliance* garantiza: (i) un compromiso ético con la sociedad; (ii) evita riesgos de comisión de delitos y el riesgo reputacional que ello conlleva; (iii) mejora la gestión, regula procesos y aumentando la eficiencia; (iv) potencia de la imagen de Organización transparente; (v) evitar ser condenado por la comisión de delitos en el supuesto de producirse en determinados supuestos.

FORMACIÓN

Ante las preguntas recurrentes de las Organizaciones y Empresas, CEOE FORMACIÓN tiene previsto impartir un curso destinado a administradores de pequeñas y medianas empresas y responsables de Organizaciones para explicar las políticas y medidas de control más comunes que se pueden implementar para evitar la comisión de delitos desde un punto de vista estrictamente práctico.

UN EJEMPLO DEL DÍA A DÍA

AIF (Asociación de Empresas Federadas) es una mediana organización empresarial dedicada a la defensa de los intereses de sus asociados. AIF, como Organización responsable, estableció su programa de *Compliance*, que incluía un procedimiento para la tramitación de las comunicaciones de embargo recibidas de Hacienda y de los Tribunales, así como un procedimiento de cambio de cuenta corriente de pago a sus proveedores.

Un buen día, la recepcionista de AIF recibió una carta de un Juzgado de Primera Instancia. Según se le habían explicado –y así venía en el procedimiento– se la entregó al Director de Contabilidad. La carta era una orden de embargo contra BOSS COMPUTERS, el proveedor de informática de AIF, al que le habían comprado todos los ordenadores que AIF usaba por valor de 15.000 €. En la carta se indicaba que cualquier cantidad que AIF adeudara a BOSS COMPUTERS debía ser ingresada en la cuenta de consignaciones del Juzgado, porque le estaban ejecutando una deuda por nada menos que de 1.000.000 €.

El Director de Contabilidad de AIF sabía que, según el procedimiento, debía ordenar inmediatamente la paralización de cualquier pago a BOSS COMPUTERS. Sin embargo, incumpléndolo, llamó a su buen amigo el administrador de BOSS COMPUTERS y trató de hacer un buen negocio para AIF. Le dijo que no se preocupara, porque AIF le ingresaría los 10.000 € que en su cuenta personal para solucionar el “problemilla judicial” y los 5.000 € restantes se los descontaba “por los servicios prestados por AIF”.

Cerrado el acuerdo, el Director de contabilidad ordenó a la administrativa que transfiriera inmediatamente a 10.000 € en pago de las facturas de BOSS COMPUTERS a una nueva cuenta corriente.

Siguiendo con el procedimiento de cambio de cuenta corriente de AIF, la administrativa solicitó un certificado del banco acreditando que la nueva cuenta era titularidad de BOSS COMPUTERS -que era quien emitía la factura- y preguntó por qué no cuadraba el importe a transferir con las facturas. El Director de contabilidad insistió a su administrativa a que, a pesar de todo, transfiriera los 10.000 €. La administrativa, que sabía que era una infracción del procedimiento que le habían explicado, remitió un correo electrónico confidencial al canal de denuncias explicando lo sucedido al Oficial de Cumplimiento, que era el Secretario General, para que tomara una decisión.

Al recibir el correo, el Secretario General le ordenó inmediatamente que se paralizara cualquier pago a BOSS COMPUTERS y siguió su sencillo procedimiento de gestión de denuncias. Se reunió por separado con el Director de Contabilidad, con la administrativa, la recepcionista, vio el registro de llamadas y la carta del Juzgado. Una vez tuvo claro lo ocurrido, informó al Presidente de AIF para que sancionara al Director de Contabilidad.

Posteriormente, el Secretario General ordenó que se ingresaran los 15.000 € en la cuenta de consignaciones del Juzgado, a quien se lo comunicó por un escrito con copia de la transferencia. Además, a partir de este momento, el Secretario General, como Oficial de Cumplimiento, estableció que siempre que se quisiera cambiar un número de cuenta sin certificado de titularidad haría falta la autorización del Secretario General.

De esta forma AIF se libró de una buena. Evitó tener que pagar 2 veces la deuda –al administrador de BOSS COMPUTERS y al Juzgado-, evitó ser imputado por un delito de frustración de la ejecución, mejoró su programa de *Compliance* y, además, sancionó al Director de Contabilidad por una conducta que habría costado un disgusto, y todo gracias a su programa de *Compliance*.



ceoe

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE
ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

Calle Diego de León, 50

28006 Madrid

(+34) 91 566 34 00

www.ceoe.es