

European Compliance & NEWS

La revista para los profesionales del Compliance editada por la Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance

Entrevistas

Entrevista a Bernardo del Rosal.

Catedrático de Derecho Penal, abogado en la boutique penal, Urraza, Mendieta & Del Rosal Abogados, y consultor, especialista en derecho penal económico y una referencia en compliance.

Entrevista a Javier Bernabeu Aguilera.
Presidente de la AEAEC.

Y además...

"El cumplimiento en Derecho comparado: España y Portugal" por Julio Regeiro Delgado

"Compliance y Sector Inmobiliario"

por Manuel Velasco Carretero

"El análisis y la gestión de los riesgos conforme a ISO 31000:2009" por Francisco Menéndez Piñera

"El compliance laboral, una nueva herramienta para el cumplimiento ético y responsable de las obligaciones socio-laborales" por Raúl Rojas

"Programas de prevención de delitos y responsabilidad del administrador por deficiente desempeño del deber de control" por Luis Suárez Mariño

"Argentina: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la lucha contra la corrupción" por Roberto Mendenson

"Fundamentos de la responsabilidad penal de los partidos políticos y de su deber de compliance" por Alejandro Luis de Pablo Serrano

"La política y sistema de gestión de responsabilidad social en el grupo Lacera" por Belén Luzuriaga





04	Editorial
06	Entrevista a Bernardo del Rosal
13	El cumplimiento en derecho comparado: España y Portugal
17	Compliance y sector inmobiliario
20	Análisis y gestión de riesgos conforme a ISO 3001:2009
24	Compliance laboral

Programas de prevención de delitos y responsabilidad del administrador	28
Argentina: La responsabilidad penal de las personas jurídicas	33
Fundamentos de la responsabilidad penal de los partidos políticos	36
Grupo Lacera: Sistema de gestión de responsabilidad social	45
Entrevista a Francisco Javier Bernabéu Aguilera. Presidente de la AEAEC	48
Jurisprudencia	51



ÍNDICE DE CONTENIDOS

PROMOVER - INFORMAR - FOMENTAR - APOYAR
“Ética y Compliance: construyendo seguridad legal”



Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance
 Passeig Mossen Jacint Verdaguer, 120- 08700 Igualada - Barcelona
 Telf.: +34 938 049 038
info@aeaecompliance.com
 Inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones con número 609885

Redacción European Compliance & News
 Cristina Vázquez Calo valencia@aeaecompliance.com / Luis Suarez Mariño asturias@aeaecompliance.com

EDITORIAL

La AEAEC. Nuevos retos

La Asamblea General de socios celebrada el 31 de mayo acordó por unanimidad de los asistentes el nombramiento como Presidente de Javier Bernabeu Aguilera, economista, auditor y censor jurado de cuentas, y miembro fundador de AEAEC. Este nombramiento tiene el significado, manifestado por el sentir unánime de los asociados, de querer fortalecer y resaltar a quienes se dedican o pretenden dedicarse al compliance desde una posición no estrictamente jurídica, y ello en el convencimiento, de que cualquier programa de prevención de delitos, precisa la colaboración de profesionales ajenos al Derecho, particularmente de economistas y auditores.

Cómo dice Javier en la entrevista que le hicimos tras su nombramiento, y que publicamos en este tercer número de "EUROPEAN COMPLIANCE NEWS": "La elaboración de un programa de prevención penal eficaz exige la intervención de diversos profesionales, abogados, auditores y economistas, expertos en seguridad informática, protección de datos y profesionales específicos del sector propio de cada empresa. La AEAEC quiere aunar como punto de referencia quizás a las dos profesiones insustituibles en la elaboración de un programa de prevención de delitos, pero teniendo claro que se debe de contar con los demás profesionales antes indicados".

En el mismo sentido indicado por el Presidente de la AEAEC, se pronunció también don Bernardo del Rosal, todo un referente del Compliance en nuestro país, que tuvo la gentileza de recibirnos y concedernos una larga y muy interesante entrevista, que incluimos en el presente número y en la que tratamos temas de máximo calado; entre ellos la reciente publicación de la UNE 19601, en relación a la cual estamos convencidos, con don Bernardo, de que la misma puede llegar a ser un elemento de defensa esencial, que aporte a aquellas empresas que la implementen, credibilidad y las coloque en una posición muy favorable frente al juez instructor o frente al juzgador en aras a conseguir la aplicación de la eximente de responsabilidad penal.

Precisamente el contenido y aplicación de esta norma y las anteriores ISO 19600 y 37001, se engloban como referencias en el programa formativo que la AEAEC quiere desarrollar y que constituye uno de los puntos esenciales del plan de actuación que para este próximo curso aprobó la Asamblea General.

Dicho programa formativo tendrá un doble objetivo, por un lado la formación de los propios asociados y por otro, la formación en compliance de las pymes, un sector de empresas absolutamente mayoritario y preponderante en nuestro país, donde la cultura del compliance no ha calado todavía y las administraciones públicas, en el convencimiento de que también en éstas es imprescindible, cada vez más la aplicación de programas de prevención y cumplimiento normativo.

En este número de la revista encontraréis, además valiosas colaboraciones que bien se centran en determinados sectores del compliance: el ámbito laboral, el inmobiliario o el propio de los partidos políticos, o en determinados aspectos con él relacionados: el análisis y la gestión de los riesgos conforme a la ISO 31.000, o las relaciones entre el deber de control que hoy impone a los administradores de las sociedades de capital su ley reguladora y la implantación de un programa de prevención de delitos como medio específico de control.

Además, buscando siempre los avances del compliance en otros países y comparando las regulaciones foráneas con la española, tenemos dos colaboraciones que analizan el compliance en Portugal y Argentina.

Por último, como ya hemos hecho en números anteriores, queriendo dejar de manifiesto la relación del compliance, con la ética y la responsabilidad social corporativa presentamos a nuestros lectores el sistema de gestión de responsabilidad social corporativa que sigue la empresa Lacera, un modelo de referencia en esta materia, cuyo objetivo: conseguir que todo su personal desee actuar como prescriptor de la empresa siendo capaz de influir en la decisión de compra de los clientes, al transmitir orgullo de pertenecer a la misma, pretende ser también, mutatis mutandi, el objetivo de la AEAEC: trabajar por ser una Asociación de referencia, de tal manera que los asociados seamos los prescriptores de la Asociación frente a todos aquellos que quieren dedicarse al compliance.

Esperamos contar con vuestro apoyo. Las puertas de la AEAEC están abiertas. Entra y colabora. El compliance es tarea de todos.

La redacción de European Compliance & News.



ENTREVISTA A BERNARDO DEL ROSAL



Bernardo del Rosal

Catedrático de Derecho Penal, abogado en la boutique penal, Urraza, Mendieta & Del Rosal Abogados, y consultor, especialista en derecho penal económico y una referencia en compliance

Entrevistamos a Bernardo del Rosal, catedrático de Derecho Penal, abogado en la boutique penal, Urraza, Mendieta & Del Rosal Abogados, y consultor, especialista en derecho penal económico y una referencia en compliance al haber trabajado como of counsel para Clifford Chance y ser director del programa ejecutivo en compliance de Wolters Kluwer.

Buenos días Bernardo. Si me permites tutearte. Llevábamos tiempo queriendo conocerte de primera mano y preguntarte algunas cosas sobre el cumplimiento normativo.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue un terremoto en nuestro ordenamiento jurídico penal. ¿Cómo lo viviste?

Sin duda que lo fue. En los foros académicos especializados, hacía muchos años que se venía preconizando, por autores muy relevantes, su implantación y, por tanto, a los que frecuentábamos esos foros, acudiendo a congresos, seminarios, jornadas, etc., o leyendo los trabajos que se publicaban en revistas muy especializadas, no nos pilló de sorpresa. Así y todo, había mucha crítica y muchos críticos de esa posición y todo el mundo presentía las dificultades que esa implantación iba a traer. Ahora, para nuestro sistema de Derecho Penal, de construcción antropocéntrica, fue una auténtica revolución.



España siempre fue considerada un país de pícaros. De hecho, la cultura del compliance y la cultura ética empresarial, tradicionalmente ligada a los países de cultura anglosajona y protestante, choca en los países latinos, donde, hasta hace escaso tiempo, eran vistas con normalidad y aceptadas socialmente algunas conductas improcedentes, hoy sancionadas penalmente, como el tráfico de influencias. ¿Con estos antecedentes, consideras factible que, en un tiempo razonable, nos adaptemos a ese cambio de mentalidad?

No solo factible sino, incluso, diría que inevitable. Las barreras culturales con las que se encuentra en España – y, en general, los países de tradición continental y cultura latino - mediterránea -, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, más adaptado a países de tradición legal anglosajona, es incuestionable. Y, de hecho, esas barreras están demorando su implantación, porque se comprende y acepta mal. Pero también es incuestionable el impulso que, a determinadas instituciones legales, les da la globalización, porque ésta hace más viable la universalización de los sistemas legales. Ejemplo de ello es Italia, donde el sistema de la responsabilidad de las personas jurídicas implantado en 2001, nominalmente administrativo, pero realmente penal, encontró similares barreras legales y culturales, pero, ahora, está perfectamente implantado y normalizado en su funcionamiento.

¿Eres optimista, pues, en relación al futuro del cumplimiento legal en España?

No sé si la palabra es optimista, pero, desde luego, estoy convencido de que es cuestión de poco tiempo que los esquemas y requerimientos del cumplimiento normativo se implanten en las empresas y se normalicen, de la misma manera que lo han hecho los esquemas y requerimientos de la prevención de riesgos laborales, o los de la prevención del blanqueo de capitales en los sujetos obligados. La realidad económica global en la que vivimos y nuestra integración en la Unión Europea, así como nuestros estrechos vínculos comerciales con los EE.UU., y, en general, con los países de tradición anglosajona, nos van a llevar, casi de forma inevitable, a ello.

Cuando el Tribunal Supremo habló, por primera vez, en la tan comentada sentencia 154/2016 de 29 de febrero de 2016 y en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de ética empresarial, y algunos consideraron dicho pronunciamiento como un hito, porque antes, ninguna sentencia de la sala de lo penal del alto tribunal, se había parado a hablar de la ética, para fundamentar la existencia o no de un delito o de una eximente de la responsabilidad penal, mientras otros quedaron extrañados y criticaron que la ética fuese un criterio para determinar la existencia o no de un delito. ¿Qué te sugirió a ti como catedrático que eres en Derecho Penal esa referencia a la ética empresarial como base o elemento de los programas de compliance?

Pues no dejó de generarme un cierto sentimiento de preocupación, porque, en Derecho Penal, la ética puede ser un desiderátum, un objetivo final que justifique el sistema (como, de hecho, lo es de todo el sistema legal), pero no está tan claro que deba de ser un objetivo de política criminal y, menos aún, un elemento, positivo o negativo, de la estructura de los delitos.

En el ámbito del Derecho Penal de los individuos, la conducción ética no es un requisito esencial, por ejemplo, para la exención de la culpabilidad y creo que tampoco lo debe de ser en el Derecho Penal de las personas jurídicas. Por lo demás, los referentes éticos no son universales ni ajenos al sistema de valores culturales y el Derecho Penal debe de aspirar a exigir unos mínimos éticos, que, en muchas ocasiones, se identifican, simplemente, con el cumplimiento estricto de la Ley. Más allá de ello, es muy peligroso establecer otros requerimientos. El problema, por eso, de la sentencia del Tribunal Supremo es que se lanza a hablar de ética empresarial sin que, en ningún momento, se defina ni en la sentencia ni en el sistema legal qué se quiere decir con ello. Por eso, en este aspecto, me identifico más con el voto particular que con la sentencia de la mayoría.

El art. 31 bis del C.P. no incluye entre los requisitos que debe reunir un programa de cumplimiento normativo penal para poder actuar, en su caso, como eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica, de la necesidad de dotar al mismo de un “código ético o de conducta” ; sin embargo, nadie duda, a estas alturas, de que el mismo es un elemento esencial de un programa de cumplimiento normativo ¿Crees que ha sido un olvido del legislador o que quizás no consideró oportuno hablar de ética en un código penal?

No creo que esté ausente del texto legal esa exigencia. Cuando en el Código Penal se dice que las empresas “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 obvio que tales protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad se tienen que basar en principios y políticas de actuación que deberán estar definidos en un código de conducta de la empresa.

Ese Código de Conducta hará, además, más comprensibles a los directivos y trabajadores los protocolos y procedimientos de toma de decisión porque explicará las decisiones de política empresarial en el que están basados. No se me ocurre una mejor forma de hacerlo.

En relación a los elementos del tipo penal del art. 31 bis. el Tribunal Supremo vino a identificar, en la tan referida Sentencia de 29 de febrero de 2016, la “acción antijurídica” que daría lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica, con la “ausencia (total o parcial pero grave) de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos.”; sin embargo el tipo del art. 31.bis a), en modo alguno hace referencia a “defectos organizativos, de control” o “ausencia de cultura de cumplimiento”, como elemento del tipo. ¿No ha ido demasiado lejos el Supremo? Cómo abogado penalista, crees que este “defecto” de tipicidad, podría dar lugar, en caso de condena, a un recurso de amparo o ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

Personalmente, creo que, en algunos extremos, la sentencia ha generado un cierto nivel de confusión que deberán de ir aclarando sentencias posteriores. Además, la exigencia de ese defecto de organización como elemento del injusto, o como fundamento de la culpabilidad, ni siquiera está aceptada mayoritariamente por la doctrina y es, por tanto, una posición muy controvertida. Por eso, creo que esta referencia de la sentencia es prematura e innecesaria y veremos cómo resuelve esta incertidumbre el desarrollo jurisprudencial posterior. No sé si el Tribunal Constitucional vería en esta una cuestión de relevancia constitucional, dada su afición a escurrir el bulto en los últimos tiempos, pero, desde luego, como abogado, vivo estas incertidumbres con la máxima preocupación.

Hemos comprobado que hay empresas que, adoptando una actitud proactiva ante los cambios, siendo respetuosas con la ley, auditando sus cuentas, contando con certificaciones ISO de calidad o medioambiente, y adoptando una política de transparencia, sin embargo, tienen todas esas políticas y procedimientos un tanto deslavazados. ¿Consideras que un código ético o de conducta, bien elaborado, puede actuar de catalizador y dotar ese conjunto de protocolos y medidas, de la necesaria uniformidad, sirviendo a la misión, a la visión y a los valores de la empresa?

Sin ninguna duda. El Código de Conducta (prefiero, porque no me gustan sus implicaciones, hablar así que no de un Código Ético) es el documento en el que la empresa debe de establecer y plasmar sus principios fundamentales de funcionamiento y su posición respecto a los temas más delicados (patrocinios, donaciones, cortesía empresarial, acoso laboral, derechos humanos en la empresa, etc.) y, a partir de ahí, podrá hacer efectivos esos principios de funcionamiento, a través de los adecuados procedimientos de gestión y a través de los controles que se entiendan necesarios. El Código de Conducta es algo así como la Constitución de las Buenas Prácticas empresariales. Además, el Código facilita la comprensión y el conocimiento de esos principios de actuación al compendiarlos en un solo documento que se puede publicitar para el conocimiento, también, de clientes y proveedores.

¿Qué opinas de la elección del legislador de considerar a las personas jurídicas como responsables penales solo en relación a un número clausus de delitos? ¿No hubiera sido preferible que dicha responsabilidad, al menos desde el plano teórico se extendiera a la totalidad de conductas delictivas? Por poner un ejemplo, ¿No resulta un poco ilógico que si hay una muerte en un hospital por no aplicar de determinados protocolos médicos, con el fin de ahorrar costes, no exista responsabilidad penal de la persona jurídica?

Digamos que para poner en marcha el sistema, no me parece mal. Es una decisión prudente. Pero estoy convencido que, una vez el sistema se consolide, terminará extendiéndose a mucho más delitos de los previstos ahora.

Resulta evidente la relación que existe entre un programa de prevención de delitos y la función jurídica, hasta tal punto que en cierta medida hablar de ambos resulta una tautología; sin embargo, para elaborar un programa de cumplimiento normativo penal eficaz, ¿consideras que el Derecho se queda corto y necesita darse la mano con las técnicas de gestión más avanzadas?

Sin ninguna duda. Es cierto que la complejidad y sofisticación de un programa de prevención de delitos dependerá del tamaño y de la propia complejidad de la empresa y de su actividad, pero, en la mayoría de los casos, el Derecho es un instrumento necesario, pero no suficiente. Por eso, estoy convencido de que los juristas tenemos un papel esencial en el diseño y la implementación de los programas de prevención, pero también lo tienen otro tipo de profesionales, mucho más familiarizados con la gestión de riesgos y la gestión empresarial.

Sin embargo, esas técnicas son totalmente extrañas a la práctica totalidad de jueces y fiscales y la mayoría de abogados. ¿Crees que es así? ¿lo ves como un problema? ¿cómo afrontarlo?

En general, jueces y fiscales tiene una formación deficiente en muchos de los ámbitos del mundo financiero y económico, como también la tenemos la gran mayoría de los abogados, pero esto no es un drama. Primero, porque hay profesionales que auxilian, en su labor, a la Administración de Justicia y, cada vez con más frecuencia, jueces y tribunales toman decisiones impensables si no se comprende la contabilidad de una empresa, o un plan de negocio, o un determinado producto financiero, etc.

Será una cuestión de tiempo que esto deje de ser un problema y, desde luego, no sería ninguna mala idea que el Consejo General del Poder Judicial retomara los cursos de formación a jueces que, en tiempos, fueron muy positivos, de la misma manera que la Fiscalía General del Estado debería de hacer lo propio.

A este respecto ¿hasta qué punto los jueces de instrucción están capacitados para valorar en un proceso penal que la persona jurídica cuente o no con un programa de prevención de delitos eficaz?

A día de hoy, es evidente que son minoría los jueces de instrucción que comprenden los fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica y lo que es y significa un programa de prevención, pero creo que es una cuestión de poco tiempo el que esta situación evolucione y mejore. Es cierto que queda mucho camino por andar, que hace falta un cuerpo de doctrina jurisprudencial que oriente a los operadores jurídicos, pero soy optimista (ahora sí) de ver que estamos evolucionando muy rápido y que la situación tiene buenas perspectivas de progreso. No debemos impacientarnos porque el cambio legal es inmenso y nada fácil de asumir.

¿Crees que, en estos casos, será imprescindible valerse de periciales para acreditar la eficacia o no del programa de prevención?

No estoy muy seguro de que sea éste un tema de pericial judicial. Creo que una empresa, sin necesidad de la intervención de un perito, puede estar en condiciones de demostrar la existencia del programa, su implementación y su adecuado funcionamiento, así como el desempeño del cargo del compliance officer. No tengo la impresión que para comprender que el programa existe y funciona adecuadamente hagan falta los conocimientos expertos de un perito, como sí puede hacer falta en el caso del análisis de unas cuentas, o de un producto financiero, o de un proceso de fabricación de un determinado producto. Ahora bien, no es en absoluto descartable que un juez recurra a ello.

¿Crees que podría llegar a crearse un cuerpo de peritos especialistas en gestión y control del riesgo penal?

No lo creo, si soy coherente con la respuesta anterior. En cualquier caso, el tiempo dirá si esa necesidad se plantea o no. De momento, vamos a ver si el sistema se desarrolla adecuadamente y funciona bien y, logrado ello, más adelante, nos podremos plantear estas cuestiones.

¿Consideras una garantía que asegure la eficacia de un programa de prevención que un tercero independiente revise y audite el programa siguiendo estándares reconocidos internacionalmente?

Absolutamente. No me cabe la menor duda de que esa es la mejor garantía para demostrar que el programa tiene, en principio, validez y eficacia. Es más, creo que este es un requisito de obligado cumplimiento.

Hablando de dichos estándares. ¿Qué destacarías de la ISO 19601 que se acaba de publicar?

Más que destacar los elementos internos de la mismas, que convertiría esta respuesta en excesivamente extensa, me gustaría destacar el propio hecho de su publicación, porque va a ser, sin duda, un documento de trabajo esencial para empresas y asesores.

¿Qué significado tiene para ti que una empresa adopte las recomendaciones de la ISO 19600 sobre sistema de gestión de compliance o se certifique en la 19601? ¿Crees en términos de defensa, que los seguimientos de dichas recomendaciones podrían servir para demostrar en un proceso penal el compromiso de la empresa con los criterios de buen gobierno y gestión y control del riesgo de comisión de delitos?

Sin ninguna duda, va a ser un elemento de defensa esencial, que le va a aportar credibilidad a la empresa y la va a colocar en una posición más favorable frente al juez instructor o frente al juzgador para lograr la aplicación de la eximente de responsabilidad penal.

¿Hasta el punto de servir de eximente de la responsabilidad penal de la misma?

No creo que se pueda llegar tan lejos. La certificación es un elemento muy importante para acreditar la validez e idoneidad del programa, pero teniendo en cuenta que un programa de prevención es un mecanismo muy vivo, es probable que, junto a la certificación, haya que aportar otros elementos de convicción del programa y que tengan que ver con su funcionamiento en los meses previos a la comisión del delito. La certificación es un elemento necesario, pero no suficiente.

¿Sería conveniente que el legislador desarrollase los requisitos que ha de reunir un programa de prevención de delitos, así como el estatuto del compliance officer definiendo los principios que deben regir su actuación, sus funciones, deberes y responsabilidades, a fin de facilitar a los jueces la tarea de valorar adecuada y objetivamente la eficacia de un programa de prevención de delitos y la función llevada a cabo por el compliance officer?

No estoy seguro. Soy muy reacio a los excesos de regulación que encorsetan las instituciones y no permiten la necesaria flexibilidad para adaptarlas a las situaciones específicas. En mi opinión, las cosas están suficientemente reguladas y, en todo caso, un cuerpo de doctrina jurisprudencial, que se irá generando conforme se vaya aplicando esta legislación, ayudará a aclarar algunos conceptos.

Siendo cierto que los programas de prevención de delitos no son una obligación legal para las personas jurídicas susceptibles de ser condenadas penalmente, también lo es que el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital redactado por el apartado trece del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, al regular el deber de diligencia de los administradores de las sociedades de capital si impone a éstos, en su apartado 2, el deber de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. ¿Se puede hablar entonces de un deber de los administradores de establecer e implantar dichos programas de prevención de delitos, pues en caso de no hacerlo, se les exigiría por accionistas o acreedores, la correspondiente responsabilidad ligada al incumplimiento del deber de diligencia?

El deber de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad no incluye, necesariamente, la obligatoriedad de implantar un programa de prevención de delitos. Creo que no hay que ir más allá de lo que la Ley va, imponiendo obligaciones que no están nítidamente establecidas en la Ley. Cosa distinta es que la Ley premie a quien ha implantado un programa de prevención o que la Ley lo exija en determinados ámbitos, por obvias razones (por ejemplo, para contratar con las Administraciones Públicas, tal y como apunta la Directiva Europa de Contratación Pública).

¿Cómo puede un administrador reducir la posibilidad de acciones de regreso ante daños causados por un incumplimiento de la legalidad?

Es una pregunta muy difícil de contestar, en términos generales. Habrá que ver el caso particular, pero, obviamente, esas acciones de regreso no están, en general, excluidas.

Prácticamente las grandes corporaciones cuentan ya con programas de compliance, sin embargo, éstos no han llegado todavía a la inmensa mayoría de las pymes, que son las que conforman fundamentalmente nuestro tejido empresarial. ¿En qué medida la implantación de un programa de prevención de delitos eficaz y la debida publicidad del código ético y de la existencia de un canal de denuncias, puede suponer una ventaja competitiva para las empresas, también para las pymes?

Creo que es un elemento muy importante para la imagen de la empresa y, como tal, para la captación de clientes o de socios para las aventuras conjuntas, o para la captación de profesionales. Una empresa, por pequeña que sea, que se toma en serio estos requerimientos qué duda cabe de que transmite la imagen de que se toma así misma, y de que se toma el respeto a la Ley, muy en serio y, por tanto, es una empresa fiable.

Podríamos seguir charlando durante largo rato, pero tampoco se trata de abusar de tu tiempo, ha sido un placer. Especialmente te felicito por toda la tarea formativa y divulgativa del compliance que lideras. Muchas gracias Bernardo del Rosal.

El “Cumplimiento” en Derecho comparado: España y Portugal



Por Julio Regueiro Delgado

Abogado y Asesor en Derecho

Especialista en Derecho Penal Económico

julio regueiro@icacor.es

Al igual que en el caso español, la OCDE señaló en los albores del siglo XXI que la escalada de corrupción en Portugal aconsejaba tomar urgentes medidas para promover programas de cumplimiento corporativo y modificar la legislación penal.





Esa nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas portuguesas se basó en criterios de imputación objetiva de la responsabilidad, antagónicos por antonomasia a los tradicionales postulados del dominio del hecho y creación del riesgo frente a la comisión del delito en nombre o en beneficio de otro, o por incumplir el deber de supervisión, vigilancia y control, que nos llevan directamente a la responsabilidad por hechos propios como una responsabilidad de transferencia o vicarial, dado que las personas jurídicas (colectivas en Portugal) no son autores materiales del delito sino que se las responsabiliza del delito de otro (apoderado, empleado, administrador o cualquier persona con facultades de gestión y control).

Tanto en el panorama jurídico español como en el portugués, el debate radica en determinar si al aplicar el derecho material la persona jurídica responde por un hecho propio o, si por el contrario, es exigible la responsabilidad vicarial o de transferencia, en el que la persona colectiva es responsable por hechos ajenos. El debate está servido, tanto el artículo 31 bis del Código Penal español como el art. 11 Código Penal portugués parecen reflejar un modelo vicarial en el que la persona jurídica responde de los delitos de sus



empleados o directivos, estableciendo la conexión del riesgo con la teoría de la imputación objetiva basándose en la vía de imputación por fallos de vigilancia. Sin embargo, este modelo colisionaría con el principio de imputación subjetiva no pudiendo transferirse el dolo ni la culpa del verdadero autor material del delito. Otra cuestión será determinar el dominio del hecho delictivo, conforme a la artículo 26 Código Penal portugués habrá que valorar si la persona física ha tomado parte en la decisión o la ha ejecutado por sí mismo fundamentando la autoría de quien domina la organización. Es obvio que las empresas son una gran fuente de peligros y por tanto el administrador tiene el deber de garante para interceptar o evitar la fuente del peligro. Desde el punto de vista penal no exime alegar que nada sabía cuando tenía obligación de saber, es preciso que el crimen se sitúe en su esfera de responsabilidad. Por esa razón, en el modelo de compliance portugués hay que observar tres factores determinantes para delimitar dicha esfera, el primero que exista un programa de Compliance que delimite el espacio de competencia del administrador evitando la posibilidad fáctica de intervenir para evitar el hecho delictivo por omisión. En este supuesto, existe el caso típico de imputación por administración de hecho sin embargo este administrador no tiene el pleno dominio de intervención en el acto frente al administrador de derecho que es responsable por no haber evitado el hecho delictivo, dado que tiene el pleno dominio para intervenir.

El segundo factor consiste en valorar si el administrador puede compartimentar la responsabilidad hacia un departamento de compliance. Sin olvidar que el programa de cumplimiento no es una fórmula de exención plena de la responsabilidad, el responsable siempre tiene la obligación de vigilar. De este modo, cuando el departamento de cumplimiento sea ineficaz, mayor será la responsabilidad del administrador, por ejemplo en la Decisión 0408017/2009 el Supremo Tribunal de Justicia portugués entendió que existe autoría por complicidad por omisión cuando el que transfiere la responsabilidad tiene la posición de garante, en este interesante caso el jefe de cumplimiento no pudo revertir su responsabilidad contra el

administrador dado que había sido nombrado para ese fin, por el órgano de administración. Otra cuestión a debatir consistirá en delimitar la esfera de responsabilidad del CCO (Jefe de Cumplimiento), es evidente que el programa de refuerzo de valores éticos de la empresa, la misión del responsable de cumplimiento se reduce al deber de refuerzo pero ocurre todo lo contrario en la prevención de incumplimiento legal criminal, el CCO debe realizar la fiscalización preventiva en caso contrario incurre en responsabilidad penal, aunque en el caso de la detección de un delito cometido en el seno de la empresa, si no lo denuncia incurrirá en responsabilidad administrativa. Los programas de cumplimiento sirven para el proceso disciplinario de forma interna, como una nueva fórmula de "Inquisición laboral" para aplicar la exoneración o agravamiento de la conducta del trabajo. En el caso de responsabilidad penal de empleados, el programa de compliance puede atenuar la responsabilidad de la persona jurídica sin embargo el criterio de algunos juristas como Matus Acuña, el administrador no puede invocar el programa de cumplimiento para descargar la responsabilidad de la persona jurídica.

En el art. 11.6º Código Penal portugués y la llamada eximente de Cumplimiento del artículo 31 bis 1 CP español contemplan una causa de exención (y subsidiariamente, de atenuación) de la responsabilidad para las personas jurídicas consistente en la acreditación de la eficacia del modelo de organización y gestión adoptado.

La Circular 1/2016 de la Fiscalía se decanta claramente hacia un modelo español vicarial de transferencia, por lo que tocará a las defensas la prueba de la eficacia del sistema, debiendo demostrarse no sólo la existencia de un modelo de prevención de delitos suficiente para atajar conductas tipificadas en el Código Penal, sino un entorno de cumplimiento que refuerce la cultura corporativa. Los postulados de la Fiscalía sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas configuran una verdadera estrategia procesal que pretende la disociación entre los intereses de la persona física (empleado o directivo) y de la persona jurídica, como elemento desincentivador de la criminalidad, sometiéndoles al mismo

proceso penal vinculando así la responsabilidad penal de la persona jurídica y sus integrantes, para favorecer la aclaración o afloramiento del delito.

El Código Penal portugués por la Ley n.º 59/2007 se refiere a la responsabilidad penal de las empresas, reformando el antiguo artículo 11º del Código Penal. Como regla general, las personas colectivas no serían consideradas como demandadas a los efectos de la responsabilidad penal. Sin embargo, en el contexto de determinados tipos de delitos como los delitos de blanqueo, la salud pública o el medio ambiente, el hecho de no responsabilizar a las personas jurídicas por la responsabilidad penal puede conducir a la impunidad en virtud de la ley. Actualmente, las personas jurídicas se han convertido en el instrumento habitual para realizar actividades financieras y comerciales. Por tal motivo, tanto el legislador portugués como el español han considerado que la atipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, constituiría un privilegio injustificado e injusto frente a las personas físicas. En los últimos años, el Consejo de la UE ha aprobado varias decisiones marco relativas a la cooperación judicial en materia penal, por ejemplo, la Decisión marco 2000/383 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el aumento de la seguridad pública, la Decisión marco 2001/413 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa a la lucha contra el fraude y la Decisión marco 2003/80 del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente.

El actual Código Penal portugués establece penas alternativas para castigar a las personas jurídicas en caso de condena penal, que comprende: administración judicial de la actividad de la sociedad por un período comprendido entre 1 Y 5 años, la imposición de multas y la orden judicial de liquidación. Al igual que en España, la condena a liquidación sólo se ordenará si la persona jurídica fuere constituida con la intención de cometer un hecho delictivo o si se utiliza reiteradamente para cometer esos delitos. Por otra parte, la Ley portuguesa establece también varias sanciones accesorias para castigar a las personas jurídicas, como la exclusión del derecho a subvenciones públicas o la descalificación temporal o permanente de la práctica de actividades comerciales, entre otras. Sin embargo, la pena accesoria a una persona jurídica siempre depende de la evaluación de ciertos requisitos.

Por ejemplo, la inhabilitación permanente de la actividad sólo puede ordenarse si existe un vínculo directo entre el delito y la actividad comercial realizada. De acuerdo con la legislación portuguesa, las personas jurídicas sólo pueden ser consideradas responsables de un delito si hubieran sido cometidos en beneficio de la persona jurídica, por una persona con suficiente autoridad para tomar decisiones en nombre de la sociedad o por falta de control y supervisión de los empleados, dentro de la persona colectiva.



Compliance y Sector Inmobiliario



Manuel Velasco Carretero

Titulado Mercantil (Contador y Administrador), Administrador de Fincas, Economista (especialidad Dirección y Gestión) y Diplomado en Empresariales (especialidad Marketing y Comercialización) y Derecho.

En el verano de 2015, hojeaba la edición trimestral del European Job Index, atrapándome el dato relativo al primer puesto del sector inmobiliario en cuanto a la demanda de perfiles profesionales y sorpremiéndome el tercer lugar que ocupaba Compliance. No cabía duda que en mi país, después de la brutal crisis que hemos padecido (y aún sufrimos), la construcción y promoción de viviendas empezaba a despertar nuevamente. Igualmente, la última reforma del Código Penal Español seguía reforzando la significación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En aquellos momentos reflexioné acerca de la importancia que Compliance tendría en la nueva andadura del sector inmobiliario, como garante del cumplimiento de las normativas de

aplicación ante los accionistas, trabajadores, colaboradores, proveedores, administración pública, clientes, y, en resumen, todos los agentes y economías de escalas que lo conforman. Pero este marchamo previsional en cumplimiento normativo lo percibía no sólo en relación a parcelas normativas ya trilladas por entonces, como era en ese momento la Protección de Datos de Carácter Personal o, en menor grado de implantación, la Prevención del Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo, sino también en cuestiones relacionadas con la actividad comercial, la gestión de recursos humanos, el medioambiente o la responsabilidad social.

Por ejemplo, en este sector es trascendental la prevención del fraude, entendido éste como esa conducta engañosa o dolosa de colaboradores o equipos comerciales hacia clientes, aprovechándose de los resquicios legales o, simplemente, de la honradez y decencia de los afectados. Esta prevención del fraude inmobiliario deberá recogerse en un programa de cumplimiento normativo, teniendo presente que, en realidad, será un aspecto transversal a todas las áreas tratadas en el corporate compliance. Así, una política de compliance en entidades inmobiliarias tendrá en cuenta la investigación de los candidatos a puestos de la división de ventas, si existen procedimientos administrativos-comerciales integrados con los preceptivos sistemas de revisión y control, la política de aceptación o entrega de regalos, invitaciones, etc. Es decir, la gestión comercial inmobiliaria tiene que evaluarse con detenimiento en un programa de cumplimiento normativo. Por un lado, tendremos la función de proveedores, verificando aspectos tales como los conflictos de intereses, el cumplimiento de la normativa legal, la política productiva de los proveedores (discriminación, acoso y violencia de género, explotación de las personas en las obras...), la corrupción, etc. Por otro lado, tendremos la función de clientes y ventas, donde el compliance debe asegurarse de semblantes tales como la honestidad, el respeto, la confidencialidad o la confianza, la bondad de la información remitida a los clientes, el manejo de comisiones, la política postventa, la gestión de las reclamaciones, cumplimiento de la normativa legal en materia de publicidad y marketing, etc.

Otro aspecto que considero debe contener un programa de compliance inmobiliario, es la armonía entre la actividad inmobiliaria en toda su extensión y una proporcionada defensa del medio ambiente, preservando la cumplimentación de la normativa en prevención ambiental, en los instrumentos de concienciación de las empresas constructoras y promotoras y en la política de gestión de los recursos.

¿Cómo hacerlo?

Basándonos en la estimación de instrumentos como las certificaciones, las evaluaciones y las autorizaciones en factores. A título orientativo, enumerar la verificación de la aplicación de la normativa medioambiental, incluyendo las especificaciones de programación y decisión; prevenir las contaminaciones diversas; optimizar el consumo y la racionalización de recursos energéticos (electricidad, agua, papel, combustible...) y formar sobre buenas costumbres ambientales. Igualmente, la responsabilidad social (RSC) es una percepción ética transversal que afecta a distintos ámbitos de la gestión de las constructoras, promotoras e inmobiliarias, por lo que las actividades desarrolladas en el marco de la RSC han de estar vinculadas a la actividad inmobiliaria, tener una vocación de permanencia e implicar un compromiso de la alta dirección. Aunque existe cierto consenso sobre las grandes áreas temáticas que abarca (económica, social y medioambiental), si algo caracteriza a la RSC, y no es pacífico, es su carácter pluridimensional que afecta a distintos ámbitos de la gestión: recursos humanos, protección de la salud, defensa del medioambiente, lucha contra el fraude y la corrupción y salvaguardia de los consumidores. Por tanto, un corporate compliance inmobiliario debe contener medidas de prevención de las situaciones de riesgo en materia de RSC en aspectos tales como entrega de ayudas, subvenciones, aportaciones... para esconder sobornos, cohechos, corrupciones, violencia, conductas ilegítimas, discriminación, peligrosidad, falta de transparencia...

Respecto a la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en España, el corporate compliance inmobiliario, en función de la actividad regulada, deberá recoger el compromiso de la constructora, promotora o inmobiliaria en este sensible tema, así como medidas de prevención y control en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, prestando atención a aspectos tales como las relaciones con terceros (clientes, proveedores...) y los índices de integridad de sus perfiles profesionales, empresariales o institucionales. A título orientativo, se relacionan algunos de los aspectos que debe recoger el programa: la realización de pagos en efectivo a terceros, ya sea en un importe único o en cantidades fraccionadas, la recepción de ingresos en efectivo de importes razonables o por encima de lo normal en el sector de actividad, ya sean en importes únicos o en cantidades fraccionadas cuya suma supere determinado límite razonable en base al sector de actividad, que la actividad comercial se realicen en países con altos índices de corrupción, etc. Asimismo, en materia de protección de datos de carácter personal, qué duda cabe que su incumplimiento es un frente de prevención importante para el compliance inmobiliario, tanto en los aspectos de cesión o comunicación de los datos, como en los derechos de los afectados o interesados y el tratamiento de las fuentes accesibles al público en general. Por todo lo anterior, un programa de cumplimiento normativo aplicable a una empresa del sector inmobiliario deberá contener aspectos tales como la prevención de contingencias en el flujo de los datos personales en la institución, evaluación de protocolos de protección de datos, velar por el cumplimiento estricto de la normativa aplicable, desde el aseguramiento de la privacidad de los sujetos hasta la inclusión de cláusulas informativas en la distinta documentación que circula por la empresa (contratos, correos electrónicos, páginas webs...).

Y para terminar, unos breves apuntes sobre la honorabilidad en la actividad y el ejercicio de ésta por el compliance officer. ¿Qué significa honorabilidad en el sector inmobiliario? No me satisface la definición del diccionario, como cualidad del directivo o colaborador que es honorable. Sí me compensa más la definición del adjetivo honorable, es decir, directivo, mando intermedio, colaborador...honrado y que merece el respeto o estima de sus semejantes, ya sean éstos compañeros de trabajo, accionistas, subalternos, clientes, proveedores... etc. Obviamente, los comportamientos deshonestos o imprudentes se encuentran en las antípodas de lo distinguido, digno o noble. Pero tampoco consiste en cumplir exclusivamente con el ordenamiento jurídico, sea éste legal o costumbre, sino algo más. Es un sentimiento ligado a un tránsito decente por el camino profesional o empresarial, sujeto a una ética y moralidad por encima, digamos, de la media del propio sector. En este sentido, el compliance officer de una empresa inmobiliaria, más que nunca tiene que apoyarse en unos sólidos cimientos éticos y morales, entre los que debe destacar la rectitud, el compromiso, la discreción, la integridad y la legalidad.

El análisis y la gestión de los riesgos conforme a ISO 31000:2009



Francisco Menéndez Piñera
CEO de Contein XXI y de SIGEA

El análisis y la gestión de los riesgos conforme a ISO 31000:2009

El análisis de riesgos de una organización se ha convertido, en los últimos años, en uno de los aspectos más importantes de la gestión de las organizaciones.

La aparición en 2009 de la ISO 31000, supuso la unificación de los criterios para la realización de análisis de riesgos de los diferentes aspectos de una organización bajo una única metodología. Hasta entonces, nada tenía que ver la metodología utilizada para analizar los diferentes tipos de riesgos (financieros, medioambientales, la seguridad en la cadena de suministro o los relacionados con la seguridad de los sistemas de información, por ejemplo).

Antes de la ISO 31000

Para cada tipo de riesgo existían diferentes metodologías, más o menos complejas, muy especializadas en ese tipo de riesgo. Sin duda, se trataban de metodologías muy desarrolladas y que proporcionaban una gran cantidad de información para el análisis.

Cojamos, por ejemplo, las metodologías para el análisis de riesgos en seguridad de la información. Las había más o menos complejas y que analizaban más o menos factores, pero todas tenían en común que iban de abajo hacia arriba, partiendo de cada activo individual y teniendo en cuenta una serie de elementos para cada

uno de ellos como amenazas, vulnerabilidades, impacto en diferentes aspectos de la organización, dependencias entre activos, tiempo de exposición a la amenaza, etc. que hacía el análisis muy laborioso pero muy completo. El riesgo de un proceso se calculaba acumulando los riesgos de los activos implicados en el mismo.

Sin embargo, todos los que nos dedicamos a realizar análisis de riesgos nos fuimos dando cuenta de que, a nivel práctico, tanto trabajo y detalle resultaba totalmente prescindible; ya que, si se procedía a simplificar el análisis, los resultados eran muy similares. Esto se debía a que unos pocos activos concentraban la mayor parte del riesgo.

La unificación de criterios con la aparición de la ISO 31000

La aparición de la ISO 31000:2009 supuso un gran cambio en la forma de entender el análisis de riesgos. Este estándar, orienta el análisis de riesgos al negocio en su conjunto y establece una metodología que permite unificar los criterios y comparar los diferentes riesgos. Por ello, todas las últimas versiones de los diferentes estándares parten de la estimación del riesgo y hacen referencia explícita a la ISO 31000 para la realización de esta estimación.

En este caso, el análisis se realiza desde arriba, desde la perspectiva de los objetivos de la organización. El cumplimiento de estos objetivos, definidos por los órganos de gobierno y que reflejan los intereses de las partes interesadas, puede verse en peligro por la posible materialización de una serie de riesgos.

La clave de esta nueva metodología consiste en agrupar diferentes riesgos, que anteriormente se analizaban uno a uno, en escenarios de riesgos. Por ejemplo, un escenario podría ser la no disponibilidad de la información necesaria para la operativa diaria de la organización, ¿qué más nos da que esa indisponibilidad esté motivada por fallos en el suministro eléctrico, en los servidores o en las comunicaciones?. Desde el punto de vista de negocio, lo único relevante es que no tenemos acceso a la información que necesitamos, con el correspondiente impacto en la organización. Por lo tanto, muchos riesgos que antes se analizaban por separado, ahora se agrupan y se analizan bajo un único escenario. Además, se reducen también los parámetros a analizar, pasando a solamente dos: probabilidad y consecuencia.

“

La clave de esta nueva metodología, consiste en agrupar diferentes riesgos, que anteriormente se analizaban uno a uno, en escenarios de riesgos”.



“El riesgo asociado al escenario será el resultado de combinar probabilidad y consecuencia”

Resumiendo, el proceso de análisis de riesgos bajo ISO 31000 sería el siguiente:

Bajo el término “probabilidad” se resume el conjunto de elementos que se analizaban en metodologías anteriores (amenaza, vulnerabilidad, frecuencia de la amenaza, etc.); y, ciertamente tenemos que tener todos estos elementos en cuenta para estimar el valor que le otorgamos a la probabilidad de que un escenario de riesgo se materialice; pero ya no necesitamos recurrir a cálculos complejos de abajo hacia arriba. Incluso, para muchos escenarios, podremos recurrir a estadísticas y datos históricos, tanto propios como externos.

Respecto a la consecuencia (antes se utilizaba la palabra “impacto”), resulta mucho más sencillo aplicarla a un escenario de riesgo que a una serie de amenazas sobre diferentes activos. De esta forma, estimaremos la consecuencia que tendría para la organización el que un escenario de riesgo se materializase. Evidentemente, existen varios tipos de consecuencias si se materializa un escenario de riesgo (operativas, económicas, reputacionales, penales, etc.); pero, de nuevo, tendremos que sintetizar todos esos impactos en un único valor de consecuencia.

Existen diferentes formas de calcular estos valores de probabilidad y consecuencia para cada uno de los escenarios, aunque lo más habitual es seleccionar el mayor de los que hayamos obtenido.

Por ejemplo, en una escala de 1 a 5, si la probabilidad de que la información no esté disponible por un fallo eléctrico es

de 3 y por un fallo en las comunicaciones es de 5, el valor de probabilidad para nuestro escenario será 5; y si la consecuencia reputacional es 3 y la operativa 4, el valor de consecuencia para nuestro escenario será 4.

A partir de aquí, el riesgo asociado al escenario será el resultado de combinar probabilidad y consecuencia. Lo que se hace es multiplicar los valores, por lo que el riesgo del escenario analizado será 20 (de un rango entre 1 y 25).

Una vez que tengamos todos los escenarios de riesgos analizados, la dirección deberá establecer el umbral de riesgo tolerable; es decir, aquel a partir del cual será necesario tomar acciones para tratar el riesgo y reducirlo hasta un nivel aceptable. En este sentido, hay una máxima que siempre se debe cumplir, y es que las acciones que se tomen para reducir el nivel de riesgo nunca deben suponer un coste superior al que supondría la consecuencia de la materialización de dicho riesgo. O sea, que no debemos matar moscas a cañonazos; algo que muchas veces no se tiene en cuenta.

Una vez que se ha determinado qué riesgos deben ser tratados, tendremos que establecer un Plan de Tratamiento de Riesgos, estableciendo diferentes medidas que permitan reducir el nivel de riesgo. Estas medidas pueden ser de diferente tipo (organizativas, técnicas, legales) y con diferente perspectiva a la hora de tratar el riesgo (evitarlo, reducirlo, transferirlo, etc).

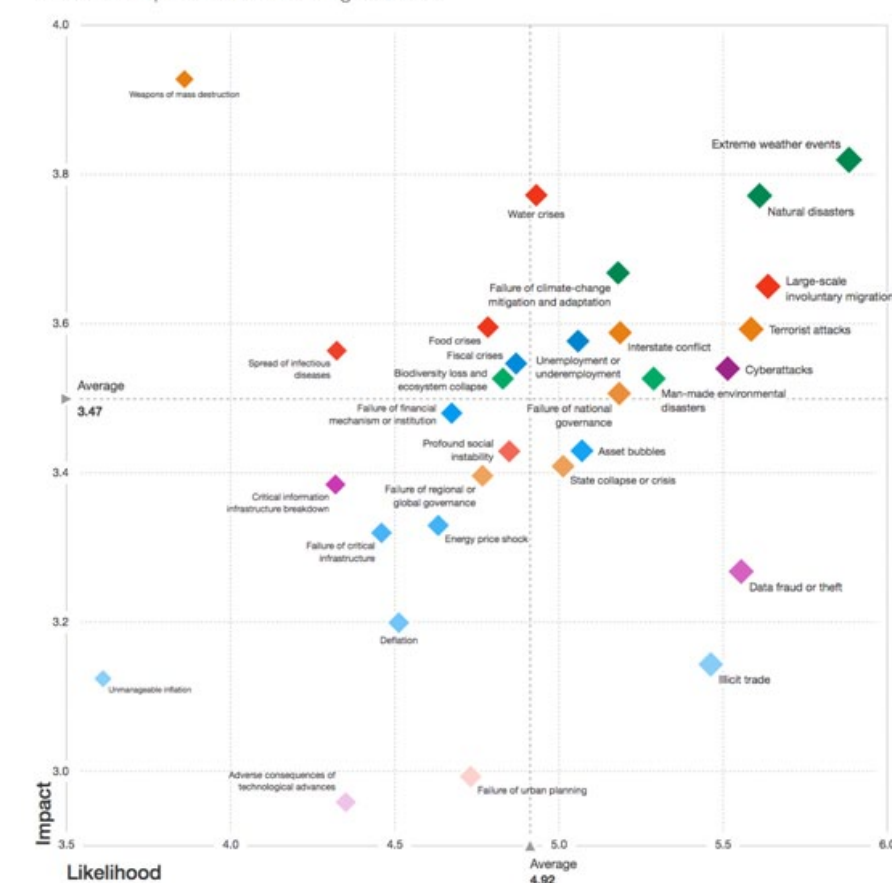
En el siguiente análisis de riesgos que efectuemos, todas estas medidas habrán tenido su impacto en la reducción del riesgo, y harán que el valor de probabilidad y/o consecuencia varíen (con seguridad más la probabilidad que la consecuencia). Pero como vivimos en un entorno cambiante, aparecerán nuevos riesgos o la probabilidad de que nos afecten, lo que nos llevará a un nuevo plan de tratamiento de riesgos, y así sucesivamente. Por ello, es importante contar con una herramienta que nos ayude a gestionar el análisis de riesgos, a

realizar un seguimiento de la implantación del plan de tratamiento, y a comparar la evolución en el tiempo.

Utilizando esta misma metodología para diferentes escenarios relacionados con diferentes aspectos, podremos llegar a comparar los diferentes riesgos de la organización. Mostramos, a continuación, y a modo de ejemplo, la representación gráfica de los riesgos mundiales estimados para 2017 por el World Economic Forum.

The Global Risks Landscape 2017

What is the impact and likelihood of global risks?



Conclusiones

La ISO 31000:2009 nos ofrece las pautas para gestionar de forma adecuada los riesgos de nuestra organización desde una perspectiva de negocio; nos enseña que la responsabilidad de la gestión de riesgos debe partir de los órganos de gobierno e involucrar a toda la organización; y nos permite evaluar todo tipo de riesgos bajo una única metodología, mostrándonos una imagen global del mapa de riesgos de la organización y suministrando información importante para la toma de decisiones estratégicas.

EL COMPLIANCE LABORAL, UNA NUEVA HERRAMIENTA PARA EL CUMPLIMIENTO ÉTICO Y RESPONSABLE DE LAS OBLIGACIONES SOCIO-LABORALES.



Raúl Rojas

Abogado

Socio del área laboral de ECIJA

“

Las empresas, con carácter general, deben promover una verdadera cultura ética empresarial, dotándose de modelos, procedimientos y protocolos en materia de cumplimiento normativo legal”

Los sistemas de gestión de compliance laboral constituyen una herramienta fundamental para la prevención y gestión de incumplimientos laborales.



El concepto de “Compliance” (cumplimiento normativo), se encuentra asociado actualmente a la prevención y gestión de riesgos en el ámbito penal, a raíz de las últimas reformas del Código Penal y la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas (LO 5/2010 y LO 1/2015).

Sin embargo, y como también pone de relevancia la Fiscalía en su Circular 1/2016, las empresas, con carácter general, deben promover una “verdadera cultura ética empresarial”, dotándose de modelos, procedimientos y protocolos en materia de cumplimiento normativo legal en general, y no sólo con la legalidad penal.

Por lo tanto, una primera conclusión sería que hoy en día, y es algo que ya exigen las instituciones públicas, los inversores, empleados y la sociedad en su conjunto, la prevención y gestión de incumplimientos normativos en la empresa debe predicarse del conjunto de las normas, internas o externas, que sean de aplicación, y no sólo con respecto a de las normas imperativas (hard law), sino también de aquellas otras, nacionales o internacionales, de cumplimiento voluntario, tales como son las recomendaciones, normas no vinculantes o estándares reconocidos internacionalmente (soft law), adquiriendo un

firme compromiso con la cultura de cumplimiento ético a la que hacía referencia la Fiscalía.

Con respecto al cumplimiento del bloque normativo socio-laboral, el Labour Compliance o cumplimiento normativo en el ámbito laboral, si bien no existe una definición oficial hasta el momento, si podemos aproximarnos a su concepto de acuerdo con los diferentes estándares internacionales sobre compliance (ISO 19600:2015, ISO 19601:2017, Principios del Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, 2005, Principios de Buen Gobierno Corporativo OCDE, 2004, entre otras normas).

Así, en una primera aproximación, el Compliance Laboral, se podría definir como la función que comprende un conjunto de procedimientos y sistemas de gestión y control internos, elaborados de una forma sistemática y objetiva, para la prevención, identificación y gestión de los riesgos por incumplimiento de la normativa socio-laboral, tanto interna como externa (“Obligaciones de Compliance Laboral”), de una determinada organización, como parte el conjunto de riesgos legales generales de la empresa (Legal Compliance).

Siguiendo esta aproximación conceptual, el riesgo por incumplimiento normativo laboral o "Riesgo de Labour Compliance", en terminología ISO, se ha visto incrementado en los últimos años por un incremento notable del volumen de normas laborales y una mayor complejidad en su interpretación debido a criterios jurisprudenciales diversos y excesivamente cambiantes. Este riesgo comprendería no sólo la posibilidad de actuaciones inspectoras con el levantamiento de actas de infracción y/o cotización, con los correspondientes recargos, o la posible nulidad o improcedencia de las decisiones empresariales en el ámbito laboral, sino también en algunos casos el daño reputacional que puede sufrir la organización a raíz del incumplimiento de la normativa laboral que le fuera de aplicación.

Por ello, y de acuerdo con las mejores prácticas internacionales, los sistemas de gestión de compliance laboral constituyen una herramienta fundamental para la prevención y gestión de incumplimientos laborales, ocupándose no sólo de garantizar el cumplimiento estricto de las normas laborales (Función de Cumplimiento) o de garantizar en la organización entornos libres o con menor riesgo de incumplimientos laborales (Función de Prevención), sino también de asegurar, como parte de la responsabilidad social corporativa de las empresas, un conjunto de buenas prácticas laborales orientadas al reconocimiento de derechos y condiciones laborales superiores a las reguladas legalmente procurando mayores cotas de bienestar laboral (Función de Cumplimiento Óptimo o Excelencia Laboral), sobre la base de los principios de "mejora continua" y de un "cumplimiento responsable y ético" del bloque normativo socio-laboral.

El Compliance Officer deberá prestar especial atención a la especialidad de las obligaciones socio-laborales que puedan ser de aplicación a la organización

El Compliance Officer, como figura central en los sistemas de gestión de compliance, deberá prestar especial atención a la especialidad de las obligaciones socio-laborales que puedan ser de aplicación a la organización en las distintas fases del diseño e implementación de los programas de cumplimiento normativo. Para poder realizar una correcta identificación y análisis de los concretos riesgos por posibles incumplimiento laborales a los que pudiera estar sometida la organización (Labour Risk Assessment) deberá tener en cuenta no sólo el cumplimiento de las obligaciones laborales de hard law (leyes, reglamentos, convenios colectivos, etc.) sino también de aquellas normas no vinculantes emitidas por las organizaciones internacionales (ej.: OIT, OCDE, ISO, etc.) en materia de derechos, buenas prácticas laborales y responsabilidad social corporativa.

Una vez identificados los riesgos laborales susceptibles de materializarse en la organización, el Compliance Officer deberá proceder a realizar su clasificación en función de su probabilidad y de impacto, dotándose, en función de esta clasificación de los recursos económicos y personales necesarios, para combatir con mayor intensidad los riesgos que hayan sido clasificados de mayor gravedad.

Tras realizar la oportuna clasificación de riesgos se procederá a diseñar y ejecutar las oportunas políticas corporativas, protocolos y mecanismos internos de control (ej.: canal de denuncias internas o indicadores claves de riesgo), los cuales deberán estar coordinados entre sí y vinculados a una norma básica o norma cero aprobada por la organización, como puede ser el Código Ético o de Buenas Prácticas.

Por último, el sistema de gestión deberá contemplar mecanismos concretos de evaluación, seguimiento y monitorización continua (Monitoring), procurando reaccionar y corregir a tiempo las posibles faltas de conformidad legal detectadas o las posibles deficiencias del propio sistema de gestión previamente implementado.

En cualquiera de los casos, y especialmente en el ámbito laboral, la eficacia jurídica del sistema de gestión de compliance que se implante en la organización vendrá determinada sobretudo por el necesario auto-cumplimiento de las normas aprobadas internamente. De no ser así el sistema no tendría la suficiente legitimidad jurídica ni moral para exigir a sus empleados las obligaciones previamente comunicadas, esencialmente por aplicación del principio de la vinculación de la organización a sus propios actos.

Así por ejemplo recientemente una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (STSJ País Vasco 12-04-16) declaró la improcedencia de un despido debido a que la empresa no había seguido el procedimiento disciplinario previamente elaborado internamente, concretamente por la ausencia del trámite de audiencia que voluntariamente había aprobado y comunicado en su código ético.

A modo de conclusión, cabe decir que en este nuevo paradigma del compliance, y por extensión del compliance laboral, ya no resultará una opción para nuestras empresas practicar sus negocios y cumplir meramente con la norma, con independencia del bloque normativo que sea, sino que deberán autoimponerse y transmitir comportamientos ejemplares hacia una sociedad (clientes, proveedores, empleados, instituciones y ciudadanos en general) que cada vez demanda en mayor medida actuaciones empresariales responsables dotadas de una verdadera cultura del cumplimiento ético a todos los niveles.



Programas de prevención de delitos y responsabilidad del administrador por deficiente desempeño del deber de control



Luis Suárez Mariño

Abogado.

Miembro de la Directiva de la AEAEC

“

El Código Penal exige a los administradores que, en el ejercicio de su función, adopten y ejecuten modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos”

Tras la debacle que siguió a la crisis financiera internacional originada con la quiebra de Lehman Brothers, estos últimos años han visto la luz varias iniciativas tendentes a promover buenas prácticas en materia de gobierno corporativo y una mayor concreción de los deberes atinentes a los administradores de sociedades de capital.

Con la finalidad de mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas, situar los estándares nacionales al más alto nivel de cumplimiento comparado de los criterios y principios internacionales de Buen Gobierno, y prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, se creó una Comisión de expertos, con el objeto, según explicitaba el propio acuerdo del Consejo, de velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas, para conducir las a las máximas cotas de competitividad, generar confianza y transparencia para con los accionistas e inversores nacionales y extranjeros, mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas, y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor.

A estos objetivos respondió tanto la mejora del marco normativo de las sociedades de capital a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificaba la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que explicitó deberes y obligaciones de carácter vinculante para los administradores de sociedades de capital, (las más generalizadas en nuestro ordenamiento jurídico); como las recomendaciones de buen gobierno, de carácter voluntario, contenidas en el nuevo Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, elaborado con el apoyo y asesoramiento de la Comisión de expertos y aprobado por Acuerdo del Consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015.

En relación con las normas de obligado cumplimiento impuestas a los administradores de las sociedades de capital, el art. 225 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), en la redacción actual dada por la ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo, exige actualmente a los administradores no solo el cumplimiento diligente -con la dedicación adecuada- de los concretos deberes impuestos por las leyes y los estatutos, sino el deber concreto de exigir (y el derecho de recabar) de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones, y la adopción de las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad; siendo este concreto deber legal, según se deduce del art. 249 bis en el caso de que la administración de la sociedad se atribuya a un Consejo de administración, indelegable, pues entre las funciones que el citado precepto impide expresamente delegar al Consejo se encuentra: a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados

y de los directivos que hubiera designado (entra los que se encuentra el órgano u oficial de cumplimiento al que se refiere el art. 31 bis 2, 2º del C.P. como órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control”).)

Este deber de control de la sociedad que actualmente recoge la LSC como una función específica e indelegable del órgano de administración parece acorde con las exigencias del **art. 31 bis 2, 1º y 4 del Código Penal** que, en relación al sistema de prevención penal que regula como eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considera como una **función específica del órgano de administración la de adoptar y ejecutar 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; y también resulta serlo con lo dispuesto en el art. 31 bis 3 del propio Código cuando dispone, en relación con las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (aquellas que estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada), que las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 puedan ser asumidas directamente por el órgano de administración.

Sin embargo, que la función de control que la LSC atribuye a los administradores, sea indelegable, parece algo aparentemente contradictorio con la condición, impuesta por el art. 31 bis 2 2.ª, de que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado sea confiada a un **órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control**; condición impuesta para que el programa de prevención pueda actuar de eximente en caso de que el delito sea cometido precisamente por los representantes legales, administradores o personas con facultades de organización y control dentro de la sociedad.

Dicha aparente contradicción de tener que empoderar a un órgano diferente al administrador de poderes autónomos para ejercitar la función de control sobre los propios administradores,

que pasan a ser “controladores controlados”, en realidad no es tal, sino que, por el contrario, con dicho empoderamiento, se viene a cerrar el propio círculo relativo a la función de control.

Dicha función de control ciertamente corresponde ex art. 225 LSC a los administradores, y ellos mismos, cuando ostentan el cargo de administrador en una sociedad de pequeñas dimensiones, el art. 31 bis. 3 permite asumir directamente la función de supervisión del funcionamiento del modelo de prevención implantado.

Únicamente cuando se trata de sociedades que reúnan a la fecha de cierre de cada uno de los dos ejercicios al menos dos de las siguientes circunstancias: 1.- Que el total de las partidas de activo no supere los 11.400.000 €.; 2.- Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los 22.850.000 €. Y 3.- Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 250 - es decir, únicamente cuando se trate de sociedades con un patrimonio, cifra de negocio y estructura organizativa importante-, es cuando el Código Penal exige a los administradores que, en el ejercicio de sus función, de adoptar y ejecutar modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, designen un órgano (comité u oficial delegado) con poderes autónomos de iniciativa y de control que, a semejanza de los Comités de auditoría, tenga suficiente autoridad e independencia para acceder a la información y al personal de la sociedad y recabar cualquier tipo de información siempre que sea necesario para el correcto ejercicio de sus funciones y entre dentro del ámbito de su competencia; pero ello no significa que los administradores sean liberados de su función de control, sino de que ésta función la eleven hasta la última consecuencia de designar a alguien con poder autónomo para controlar al propio órgano de administración.

Ciertamente el art. 31 bis c.p. no obliga a las personas jurídicas a implementar un programa de prevención de delitos; pero en el caso de que no se implemente y el delito se produzca, la propia inexistencia de un **modelo de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos**, no solo sería una **clara manifestación de la “ausencia de cultura del respeto al Derecho”** que, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2016 ya aclaró, constituía la base de la responsabilidad penal de la persona jurídica, **sino que, al mismo tiempo, constituiría una evidente manifestación del incumplimiento de la función de control que la LSC impone a los administradores.**

Quiere ello decir que si una sociedad no cuenta con **“alguna clase de formas concretas de vigilancia y control tendentes a la evitación de la comisión de delitos de los que la persona jurídica puede ser responsable”** y alguno de estos delitos llega a cometerse no solo la persona jurídica será directamente acusada y condenada; sino que sus administradores podrían también ser penalmente responsables a título de autores o cómplices, si conociendo los riesgos de comisión del delito lo aceptaron como posible y no hicieron nada para evitarlo (dolo eventual); y en cualquier caso serían responsables civiles, con base en el daño o perjuicio causado por incumplimiento o cumplimiento negligente de su deber de control; respondiendo frente a la sociedad, sus socios y accionistas, o terceros de los daños y perjuicios causados con base en su negligencia.

Esa responsabilidad civil frente a la sociedad, accionistas o socios y terceros podría llegar a predicarse no solo en caso de la total ausencia de formas concretas de vigilancia y control tendentes a la evitación de la comisión de delitos de los que la persona jurídica puede ser responsable, e incumplimiento total del deber de control, sino en caso de un cumplimiento parcial, caso de que el sistema de prevención implementado fuese imperfecto o deficiente, el compliance officer designado inidóneo o negligente (culpa in eligendo); la dotación presupuestaria arbitrada para el desempeño de la función de control o insuficiente, los controles implantados también deficientes o insuficientes,

o deficiente la revisión de los mismos o la documentación y prueba de los controles establecidos.

Por ello, en la caso de producción de un delito del que la sociedad pueda responder, **será clave para exonerar de responsabilidad civil al órgano de administración la prueba de que sus miembros han desempeñado su función de control con diligencia y dedicación adecuada; siendo igualmente trascendente que sean capaces de probar ese desempeño diligente, mediante la prueba eficaz de la implantación y ejecución del sistema de prevención, ex ante la producción del delito en cuestión.**

En este sentido hoy existen programas informáticos idóneos y certificables a través de los cuales se puede acreditar el desempeño, con dedicación adecuada, de la función de control, la documentación elaborada, el tiempo dedicado a su estudio, así como los hitos más importantes en el establecimiento del modelo de gestión, desde el acuerdo del órgano de gobierno de implementar un modelo de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, a las instrucciones impartidas a la alta dirección; el proceso de selección llevado a cabo y el nombramiento de los miembros del órgano u oficial de cumplimiento idóneos; la asignación de recursos adecuados para el ejercicio de su función; la aprobación de los principales hitos en la implementación del programa (mapa de riesgos, medidas y procedimientos de control, Código Ético, reglamento de conducta, procedimiento y régimen disciplinario); los reportes periódicos del órgano u oficial de cumplimiento sobre el desempeño de su función; el cumplimiento de los protocolos y medidas establecidas; los procedimientos de investigación interna realizados, expedientes disciplinarios abiertos o la revisión y auditoría del sistema.

En definitiva queremos llamar la atención sobre las cada vez más precisas funciones y deberes legales de los administradores, sobre el concreto deber de control que tienen atribuido, y que incluye el deber de adoptar y ejecutar con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos; así como sobre las consecuencias de una negligente conducta en el cumplimiento de dichas funciones y deberes, las cuales nacen, una vez aceptado el cargo de administrador legal, de tal modo que si, desde ese preciso momento, se produce un daño para la sociedad, accionistas o terceros, a consecuencia del desempeño negligente de esos deberes, el administrador responderá por falta de la previsibilidad inherente a su cargo, al ser, como afirman las sentencias del Tribunal Supremo 509/1999, de 7 de junio, y 222/2004, de 22 de marzo, "el auténtico responsable de la marcha de la sociedad".

“

Será clave para exonerar de responsabilidad civil al órgano de administración, la prueba de que sus miembros han desempeñado su función de control con diligencia y dedicación adecuada”.

“

Desde diciembre de 2015 se han realizado importantes esfuerzos (...). La Argentina debe ahora asegurar que el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, presentado en el Congreso en 2016, aborde estas y otras lagunas importantes, y que se promulgue sin demora. La Argentina también debe adoptar medidas urgentes que den respuesta a las preocupaciones relacionadas con la independencia judicial y del Ministerio Público Fiscal”.

ARGENTINA: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la lucha contra la corrupción



Roberto Mendenson

Sub Regional Compliance Officer
Healthcare -LATAM South
Group Legal and Compliance
Merck

Así resume la situación de la Argentina la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) en el sumario publicado en su web, luego de que una misión visitara este país entre el 25 y 28 de octubre del año pasado y su Grupo de Trabajo evaluador aprobara su "Informe Fase 3 bis" el 16 de marzo de 2017. Este Informe es consecuencia de la decisión excepcional, adoptada en 2014 de llevar a cabo una evaluación adicional de la Argentina.

Lo cierto es que a más de 16 años de ratificar la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales la Argentina sigue pugnando para tener una herramienta jurídica que le permita responsabilizar a las empresas por el cohecho internacional y procesar a los ciudadanos que cometan este delito en el extranjero.

El Grupo de Trabajo de la OCDE ha realizado nuevas recomendaciones para que Argentina mejore la lucha contra el soborno internacional: reducir el retraso en investigaciones y procesamiento de delitos económicos complejos, investigar proactivamente y enjuiciar todos los casos de cohecho internacional, reducir las vacantes judiciales y garantizar recursos para jueces y fiscales.

El informe también señala avances positivos, entre los que se destaca el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, similar a las de España, Alemania, Reino Unido, Francia, Estados Unidos, Chile, México, Brasil y otros países.

Este proyecto elaborado luego de un amplio proceso de trabajo, con discusiones que involucraron a actores de distintos ámbitos y de los sectores tanto público como privado, se enmarca en el nuevo escenario político argentino donde el gobierno del presidente Mauricio Macri, que asumió el 10 de diciembre de 2015 luego de 12 años de kirchnerismo, está buscando posicionarse. En este año y medio de gestión se ha avanzado con gran rapidez para implementar reformas fundamentales como la unificación del tipo de cambio, el acuerdo con los acreedores internacionales y la reforma del sistema estadístico nacional. Además, Argentina ha tomado un papel muy activo en la escena internacional confirmando que el país asumirá la presidencia del G20 en 2018 y expresando su intención de unirse a la OCDE. Muchas miradas se han posado sobre el giro de la política argentina y sus aspiraciones. Pero la Argentina debe consolidar este proceso en el que la economía juega un rol clave.

La administración Macri no se cansa de expresar que la transparencia e integridad son pilares

fundamentales de su gestión y a través de ellos, entre otras cosas, busca dar un giro positivo en la reputación del país ante el mundo.

La titular de la Oficina Anticorrupción (entidad gubernamental que elaboró el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas) sostuvo ante un Foro Empresarial en mayo pasado que "Argentina necesita la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria", el cual "no solo penaliza la corrupción, sino que introduce buenas prácticas" y recordó que "de los países que ratificamos la Convención contra el soborno de la OCDE, el único que no tiene esta ley es Argentina".

Este proyecto de ley ha sufrido varias modificaciones efectuadas en función de lo opinado por las diversas voces participantes en el debate abierto. Apertura que da una riqueza y fortaleza importante a la iniciativa, pero que está demorando más de la cuenta la sanción de una ley. Desde cuestiones de técnica legislativa pasando por otras tantas cuestiones de forma, el debate más fuerte se ha centrado en la responsabilidad por actos de corrupción cometidos por terceros.

¿Se puede responsabilizar penalmente a una persona (jurídica en este caso) por actos de corrupción de terceros ya sean intermediarios o subcontratistas? Por el contrario ¿se puede dejar abierto un grifo que claramente se transformaría en una invitación a "tercerizar la corrupción"?

¿Es aceptable que el desconocimiento de los actos de corrupción exima de responsabilidad? ¿Cómo opera el cumplimiento o no de un proceso de Debida Diligencia (Due Dilligence)? ¿Qué rol tienen las alertas o red flags?

En mi humilde opinión, la discusión sobre si la persona jurídica puede ser penada por la conducta de un tercero es en cierto punto equívoca, ya que quien ejecute los actos concretos siempre será una persona física y por lo tanto, un sujeto con una identidad distinta a la de la persona jurídica, sea que se trate de un miembro del directorio, un empleado, un proveedor. Lo que este tipo de legislación debe perseguir es la conducta corrupta que una entidad lleve adelante a través de cualquiera de sus "brazos físicos", ya sea un dependiente, dueño, gerente, proveedor o intermediario. Entonces será totalmente legítimo responsabilizar a una empresa que, aun pudiendo alegar ignorancia sobre las prácticas de su "tercero", no tomó recaudos que debió haber tomado (más aún ante determinadas alertas que son casi de manual). Por ejemplo, un manejo sistemático de pagos a intermediarios por encima del valor justo del mercado, pagos injustificados en el extranjero, etc.

Otro debate fuerte se ha dado respecto a si la implementación de un Programa de Compliance adecuado puede operar como eximente de responsabilidad para la empresa o simplemente como un mero atenuante.

Respecto de esto deber considerarse que una ley de este tipo, no sólo debe buscar la punición sino también la prevención. Bien conocido es el dicho "preferible prevenir que curar". Pues bien, el proyecto de ley cuenta con una enumeración más que sólida respecto de los elementos que debe reunir un Programa corporativo de Compliance para considerar que se trata de una intención real y sería de prevenir actos de corrupción y no una simple fachada para escapar de la Ley. Cuánto más diferencia de responsabilidad se establezca entre quienes trabajamos contra la corrupción y quienes, en el mejor de los casos, miran para otro lado, estaremos dotándonos de mejores herramientas preventivas y otorgando un incentivo suficiente para abordar estos temas antes de que las cosas ocurran.

Lo cierto es que el proyecto de ley oficial, no sin sortear algunas dificultades para lograrlo, el pasado 15 de junio tuvo dictamen favorable en el ámbito de las comisiones de Derecho Penal y Derecho General de la Cámara de Diputados del Congreso Argentino, de modo que podrá comenzar a tratarse en el recinto en forma inminente. Habrá que ver cuán a fondo están dispuestos a ir los legisladores. Los más optimistas, esperamos verlo convertido en ley durante 2017.

NOTA IMPORTANTE:

Este artículo constituye la opinión personal y profesional del autor basada en su carácter de abogado y en su experiencia en temas de Compliance, Integridad y Anti-Corrupción. Lo expresado en este artículo no debe ser considerado como opinión de ninguna de las organizaciones con las que el autor pueda colaborar ni la de su empleador



Fundamentos

de la responsabilidad penal de los partidos políticos y de su deber de Compliance



Alejandro Luis de Pablo Serrano

Profesor Asociado de Derecho Penal, Universidad de Valladolid.

Doctor Internacional.

Acreditado para Profesor Contratado Doctor por la Agencia de Calidad del Sistema Universitario de Castilla y León.

EL FIN DE LA IMPUNIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. LA REFORMA DE 2012 DEL CÓDIGO PENAL

En la decisiva reforma del Código Penal del año 2010, cayó uno de los pocos principios inamovibles del Derecho penal clásico: *societas delinquere non potest*. Aterrizaba en el Derecho penal español la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas sobre la base de una variación del concepto tradicional de culpabilidad. Sin embargo, los partidos políticos consiguieron hábilmente quedar al margen de esta reforma trascendental. Pese a la declaración general del art. 31 bis del CP sobre responsabilidad criminal de las personas jurídicas, los partidos políticos eran mencionados en el art. 31 bis 5 junto a otras personas jurídicas exentas de responsabilidad penal.

La exclusión de algunas personas jurídicas del nuevo régimen de responsabilidad penal, por una parte, era comprensible: de acuerdo con el legado cultural, político y filosófico de la Europa continental, de corte intervencionista, era coherente que el Estado no interviniera en el propio Estado, ejerciendo contra sí mismo su *ius puniendi*, reservando para tales efectos, eso sí, el derecho administrativo sancionador (así, entre otros, Gómez-Jara Díez y Gómez Tomillo). Por otra, la responsabilidad penal corporativa estaba pensando casi exclusivamente para empresas, pues los estudios demostraban que más del 80 % de la delincuencia económica (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, blanqueo de capitales ...) en la era de globalización encontraba su foco de imputación en las empresas y asociaciones de tipo económico.

Aún con todo, el argumento fundamental para la no incorporación de los partidos políticos era de carácter "positivo": la función que la Constitución (art. 6) les otorga en un Estado como el español, articulado políticamente a través de una democracia

parlamentaria representativa y de un sistema de partidos: "expresar el pluralismo político, concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser instrumento fundamental para la participación política". En su tarea de canalización de la voluntad popular, se convierten en un instrumento indispensable para la participación política y para el ejercicio de la libertad ideológica, y desde esta perspectiva debía juzgarse superior el interés que se protege (suposición hegemónica en un "sistema de partidos") frente al que se sacrifica (impunidad de los partidos, en tanto que agrupaciones). La responsabilidad penal de los partidos políticos podía convertirse en un boomerang peligroso que debilitase la función y la posición principales de los partidos políticos en el Estado de Derecho y que los dejara al albur de la persecución del adversario a través de los instrumentos del Derecho penal, transitando hacia la judicialización de la vida política. Sin embargo, la innegable función constitucional de los partidos políticos servía precisamente como fundamento para la exigencia de responsabilidad criminal. Los partidos políticos son personas jurídicas que merecen una especial protección y al propio tiempo un especial control, por lo que su exclusión inicial resultaba incomprensible.

Por otro lado, para derribar el argumento de la división de poderes y de la inconveniencia de que la Administración sancionase a la propia Administración, hay que tener presente que en su actuación hacia el exterior, si los partidos políticos fueran sancionados se pondría en peligro, ciertamente, la división de poderes; sin embargo, hacia el interior, esto es, cuanto actúan precisamente en el ámbito objetivo del art. 31 bis, como ha advertido acertadamente Zugaldía Espinar, dejan de ser un agente político para convertirse en un agente de la vida económica, y entonces el partido político puede perfectamente coaccionar a los trabajadores con consecuencias penales o incurrir en financiación ilícita.

Pese a la contundencia de todas consideraciones anteriores de tipo político-criminal y de técnica jurídica favorables a la responsabilidad penal de los partidos políticos, el argumento que finalmente terminó desnivelando la balanza fue, sin duda, el

impulso social, la alarma social que generaba el hecho de que en un contexto de descubrimiento e investigación de casos escandalosos de corrupción política -algunos de los cuales estaban estrechamente vinculados a los principales partidos políticos del Estado y de ciertas Comunidades Autónomas-, y ante la oportunidad histórica de poner coto a esta situación exigiendo responsabilidad criminal a los partidos, el legislador, sin embargo, blindara a esos mismos partidos mediante su exclusión del catálogo de personas penalmente responsables. En este sentido, la enmienda número 21 presentada por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia (UPyD) en la Comisión de Justicia que discutía en noviembre de 2012 una nueva reforma del CP, advertía que la exclusión de los partidos políticos del listado de personas jurídicas criminalmente responsables adoptado en 2010, "constituye un privilegio injustificado que no colabora en absoluto a la regeneración democrática ni a combatir la corrupción política de nuestro país, que lejos de disminuir sigue aumentando día a día". Si este era el diagnóstico, era razonable que la solución pasara por revertir esta situación, como continuaba señalando la enmienda: "La inclusión de los partidos políticos y sindicatos en el régimen general de responsabilidad penal previsto en el Código Penal, colaboraría de forma importantísima a la persecución y erradicación de la corrupción política, prestigiando la política y, por ende, la calidad de nuestra democracia".

La enmienda fue aprobada con el voto favorable de UPyD, PP e IU (voto en contra del PSOE y del PNV) y el 17 de enero de 2013 entró en vigor la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. El art. 31 quinqués CP, actualmente en vigor, no menciona ya a los partidos políticos en la lista de entidades o colectivos excluidos de responsabilidad penal. La Exposición de Motivos de la norma rendía tributo a la importancia de la presión social como motor de este cambio: “se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos”.

COMPLIANCE PROGRAMMS. LA REFORMA DE 2015 DE LA LEY DE PARTIDOS 6/2002

a. Características generales

Una vez dado el paso de atribución de responsabilidad penal a los partidos políticos, estos quedan sometidos al mismo régimen de imputación de delitos e imposición de penas que cualquier persona jurídica. Y con la responsabilidad jurídico-penal aparece también el instrumento de los programas de cumplimiento normativo para la prevención de delitos, compliance program, en el universo conceptual de los partidos políticos. El desembarco definitivo de la obligación de compliance para las formaciones políticas se produjo tras la reforma del artículo 9 bis de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, operada en virtud de la Ley Orgánica 3/2015, de 3 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos.

El citado art. 9 bis constituye el fundamento legal de su deber de dotarse de un programa de cumplimiento normativo para la prevención de

delitos, y lo hace con este tenor: “los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal”. Esta reforma legal del año 2015 viene a culminar, por tanto, todo el proceso de extensión de la responsabilidad penal a personas jurídicas, corporaciones y otras entidades, como los partidos políticos: primeramente, en el año 2010 se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas; el proceso continuó en 2012 con la incorporación de los partidos políticos al listado de personas jurídicas criminalmente responsables y concluye en 2015 con la imposición del deber legal de compliance a cargo de los partidos políticos.

La obligación de compliance impuesta por la Ley de Partidos Políticos debe considerarse un acierto, tanto desde el punto de vista jurídico-penal y de lucha contra la corrupción, como desde el punto de vista político, de regeneración y democratización interna de los partidos. Respecto a la primera cuestión, los partidos políticos deben articular sistemas de control y previsión de actividades delictivas en los diversos ámbitos de su actividad en los que pueden desarrollarse comportamientos delictivos. En cada región del mapa de infracciones que los partidos políticos pueden cometer, deberán levantarse muros de contención en forma de compliance programs. Téngase en cuenta, a estos efectos, que aunque algunos de los delitos para los que está prevista responsabilidad criminal de las personas jurídicas son difícilmente imaginables en el ámbito de los partidos políticos, como es el caso, por ejemplo, del tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis 3), o de la trata de seres humanos (art. 177 bis 7); hay otros, sin embargo, que encajan perfectamente en la actividad habitual del partido como persona jurídica que contrata con la Administración pública, que tributa a la Seguridad Social y a la Hacienda pública y que mantiene relaciones comerciales con particulares:

en estos ámbitos, pueden cometerse sin mayor problema, basta con atender a la realidad diaria, delitos de estafas y fraudes (art. 251 bis), daños informáticos (art. 264.4), blanqueo de capitales (art. 302.2), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis 5), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis), delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4), delitos contra el medio ambiente (arts. 328), cohecho (art. 427.2) y tráfico de influencias (art. 430).

Entre ellos, a la vista de las circunstancias actuales, el delito de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis) representa un caso paradigmático: el compliance de los partidos políticos deberá establecer un sistema claro, detallado y único de recepción de fondos tanto provenientes de fuentes públicas (partidas presupuestarias subvenciones electorales) como privadas (donaciones), cuya recepción y correcta identificación corresponde al responsable de la actividad económica-financiera del partido político (figura creada por la LO 3/2015, artículo 14 bis); esta información detallada deberá acompañarse de estrictos códigos de comportamiento de los trabajadores del partido político, así como de rápidos y eficaces canales de comunicación y denuncia con los responsables superiores para poner en su conocimiento la más mínima sospecha de comportamiento delictivo, y de la previsión de un órgano o responsable de la ejecución y observancia del programa de cumplimiento en sí mismo.

En cuanto a las ventajas políticas y de regeneración democrática que introduce la obligación legal de compliance para los partidos políticos, compartimos el tono esperanzador de Maroto Calatayud cuando señala que, pese a las dificultades que se irán encontrando por el camino, los modelos de gestión y organización derivados de la obligación de autorregulación de los partidos políticos, aunque solo sea para evitar sanciones penales, pueden producir efectos altamente satisfactorios en el plano de la democracia interna de los partidos políticos, desideratum y mandato previsto en el art. 6 de la Constitución. La democracia interna, cuyo reflejo primero puede ser la efectividad de los derechos políticos de los miembros de un partido en la estructura interna, provocará inmediatamente que ellos mismos asuman responsabilidades en el funcionamiento del partido y establezcan sistemas de control “de abajo a arriba”, que vendrán a complementar a los sistemas de control “de arriba a abajo” que ejercen los jueces y tribunales y la normativa administrativa.

La obligación de compliance prevista en la Ley de Partidos debe completarse, como indica el propio art. 9 bis, con las disposiciones del Código Penal sobre la naturaleza, contenido y efectos de los modelos de organización y gestión, que se aplican también a los partidos políticos. Los apartados segundo y cuarto del art. 31 bis CP reconocen eficacia exonerante o atenuante al “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”.



A continuación, el art. 31 bis. 5 CP describe el contenido de los modelos de organización y gestión que han de implementar los partidos políticos, y exige que se ejecuten con “eficacia” y sean “idóneos” para la prevención de delitos. Por supuesto, no cualquier modelo de gestión exonerará al partido político de su responsabilidad criminal; en otras palabras, la existencia de un compliance no provocará, automáticamente, los efectos eximentes que autoriza el CP. Para que el compliance despliegue su eficacia deberá estar revestido de la seriedad y solidez suficientes como para ser calificado de idóneo (ex ante, se entiende) y eficaz. Por ello, es importante reclamar y poner en valor el margen de apreciación de que dispone el Juez para calibrar la idoneidad y eficacia del compliance, rechazando el automatismo y transmitiendo el mensaje de que los modelos de gestión que sean meros “maquillajes” o artificios “para mejorar la imagen societaria” (“windows dressing”) o, en fin, “cosméticos códigos éticos”, serán, por las mismas razones, completamente inútiles. La importante STS 154/2016, de 29 de febrero, apunta en esta dirección. Por ello, los “Códigos Éticos”, “Compromisos Éticos” o “Documentos de Buenas Prácticas” que, durante los primeros años de investigación de causas de corrupción, algunos partidos políticos invocaron vivamente como demostración de su cultura de cumplimiento interno y de su frontal oposición a las prácticas corruptas, no dejan de ser buenas declaraciones morales, completamente insuficientes desde el punto de vista jurídico-penal. Como ha observado Maroto Calatayud, tales documentos no eran ni son más que “estrategias de relaciones públicas y relegitimación”, con fines de proyección mediática.

b. Análisis de los compliance de los partidos políticos

Más allá de tales documentos y compromisos, los partidos políticos no han implementado debidamente hasta el día de hoy la obligación de compliance impuesta en el art. 9 bis de la Ley de Partidos Políticos. Hemos realizado un análisis sobre el nivel de cumplimiento de esta obligación y los resultados, a la vista de la información pública que ofrecen los partidos, son francamente deficientes. Junto a los documentos de acceso público, otra fuente de información para conocer el ritmo de cumplimiento de su deber de compliance es la Comisión parlamentaria para la auditoría de la calidad democrática, la lucha contra la corrupción y las reformas institucionales y legales, cuya primera reunión se celebró el 28 de septiembre de 2016. A la Comisión fueron convocados los responsables de finanzas/tesoreros de los principales partidos de ámbito estatal (6ª sesión, celebrada el 22 de marzo de 2017), para informar sobre el estado de sus cuentas e ingresos, organigrama interno y sistemas de control y auditorías. A la vista de las intervenciones de estos cargos orgánicos, puede constatar que el cumplimiento de la obligación de compliance sigue siendo un desideratum en la mayor parte de los casos.

1. Partido Popular

En el caso del Partido Popular (en adelante, PP), no existe en la información pública de la página web ningún documento equivalente a un programa de cumplimiento normativo. Sí puede decirse, no obstante, que existen referencias, concentradas sobre todo en los Estatutos, que van encaminadas a la regeneración democrática y a la transparencia especialmente en materia de financiación del partido político. Los Estatutos del PP contiene dos referencias a un “programa de cumplimiento para la prevención de delitos”, cuando tratan sobre las infracciones graves de sus miembros

Por lo demás, los Estatutos incorporan el Código Ético de los cargos públicos y orgánicos del partido (Capítulo II del Título I, con mandatos de ejemplaridad y honestidad. Los Estatutos también regulan el régimen económico, patrimonial y de contratación del partido (Título V), donde se proclama que “la gestión económico-financiera del Partido será objeto de revisión externa y periódica, sin perjuicio de la fiscalización anual del Tribunal de Cuentas” (art. 60). Así mismo, la normativa contiene un mandato de selección de los contratistas “de acuerdo con los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación” (art. 61).

Lo anterior es lo que puede comentarse en torno a la información pública. Sin embargo, a raíz de algunos casos de corrupción que afectan a esta formación política, el periódico El Mundo se hizo eco de la existencia de un programa de cumplimiento normativo del PP, aunque de acceso privado y confidencial. En el marco de la operación Taula, donde el PP de Valencia está imputado por posible delito de blanqueo de capitales, el PP habría entregado al Juez de Instrucción un programa anticorrupción elaborado por el despacho de abogados Baker & McKenzie, tanto para la estructura nacional del partido, como para sus ramificaciones autonómicas. Según estas informaciones periodísticas, dicho programa incluiría un “mapa de riesgos”, alertando a los cargos públicos de los posibles delitos en que podrían incurrir en relación con invitaciones, regalos, donaciones, y relaciones con los proveedores; así mismo, el documento también trataría el problema de los canales internos de denuncia y de la formación de los cargos públicos en materia de lucha contra la corrupción.

De ser ciertas tales informaciones, podríamos estar ante un auténtico compliance program en el PP que previniese de forma eficaz la comisión de delitos, dando así cumplimiento a la obligación del art. 9 bis de la Ley 6/2002 y protegiéndose frente a eventuales responsabilidades criminales, de conformidad con el art. 31 bis CP. Sin embargo, no podemos confirmar la existencia de dicho programa anticorrupción ni que su contenido sea el adecuado como para representar un blindaje suficiente frente a responsabilidades penales.

2. Partido Socialista Obrero Español

En el caso del Partido Socialista Obrero Español (en adelante, PSOE), fue el propio Director gerente del partido el que descartó en su intervención parlamentaria en la Comisión que el PSOE cuente ya con un compliance; a lo sumo, anunció que dicho programa (“manual de prevención de conductas delictivas”) se adoptaría en el próximo Congreso Federal del PSOE, que se celebrará en junio de 2017, y sus contenidos serían el mapa de riesgos, los canales de denuncias, el órgano de cumplimiento del modelo de prevención y el procedimiento de actuación cuando existen indicios delictivos y las sanciones correspondientes. Meses después, es cierto que los nuevos Estatutos contemplan en la Disposición Adicional Séptima la creación de una “Oficina para el Desarrollo del Cumplimiento Normativo”, que establecerá modelos de organización y gestión y los mecanismos de vigilancia y control para prevenir, detectar y gestionar conductas ilícitas. Con ello se pretende consolidar una cultura de cumplimiento dentro del partido como barrera frente a eventuales responsabilidades penales. Todo esto, sin embargo, es un proyecto y no una realidad dado que la misma Disposición señala que habrá de adoptarse una normativa interna de funcionamiento, aún desconocida, que desarrolle esa Oficina.

“ Los partidos políticos quedan sometidos al mismo régimen de imputación de delitos e imposición de penas que cualquier persona jurídica”.

En la actualidad, con lo que sí cuenta el PSOE es con modelo de transparencia económico-financiera que podemos calificar como adecuado y ajustado a los últimos cambios normativos. Los Estatutos del PSOE regulan en el Título V las cuestiones de administración y patrimonio del partido, que se desarrollan más extensamente en el Reglamento de Control y Gestión, elaborado en 2015, después de las reformas de ese mismo año en materia de financiación de los partidos políticos. El Preámbulo de dicho documento afirma, precisamente, que el mismo se adopta para “cumplir el mandato establecido en la Ley orgánica 3/2015, de 30 de marzo, así como en los términos establecidos por el artículo 31.bis del Código penal”; sin embargo, una vez examinado el texto no puede afirmarse que estemos, al menos en lo relativo a la responsabilidad penal y a la prevención de prácticas corruptas, ante una verdadera implementación de la obligación de compliance. El Reglamento confirma la posición destacada del Director/a Gerente en la estructura del PSOE al frente de las actividades económico-financieras (art. 1); esta figura es, sin duda, el “responsable económico-financiero” al que se refiere el art. 14 bis de la Ley 8/2007 y el encargado de las finanzas en los partidos desde la última reforma de la normativa de financiación de partidos políticos de 2015.

Los partidos políticos deben articular sistemas de control y previsión de actividades delictivas en los diversos ámbitos de su actividad.

Pero aún con toda esta regulación, que bien podría calificarse como ajustada a las obligaciones emanadas de la normativa administrativa sobre financiación de partidos políticos, el PSOE reconoce que todavía no dispone de compliance programs a los efectos del art. 9 bis de la Ley de Partido 6/2002 y del art. 31 bis CP desde el momento en que la Disposición Final Primera del citado Reglamento faculta “a la Comisión Ejecutiva Federal para implementar los modelos de organización y gestión adecuados a los efectos del artículo 31.bis del Código Penal”. Como vimos antes, el paso de la implantación definitiva del compliance aún no se ha dado.

3. Podemos

En el caso de Podemos, en la Comisión parlamentaria, su responsable de finanzas afirmó que “a la hora de actualizar la contabilidad [...], siguen el Plan de cumplimiento, compliance, [...] en el que detallamos todos los procesos que se deben seguir para cumplir fielmente la ley y las figuras que intervienen en tales procesos”. De la consulta de la información publicada en su página web no puede deducirse tal extremo; sin embargo, hemos contactado con esta formación política, que nos ha asegurado contar desde hace tiempo con un programa de cumplimiento normativo, a fin de

respetar su obligación legal de compliance, aunque su contenido es confidencial. Por lo demás, en la normativa pública y conocida de Podemos, que resulta de la combinación de cuatro documentos (organizativo, político, ético y de igualdad), encontramos algunas referencias aisladas a las cuestiones que nos ocupan. El art. 52 del Documento Político establece que cada Círculo Podemos activo se someterá a las exigencias establecidas por tales responsables de cumplimiento normativo y económico-financiero. Es decir, se prevé la existencia de estas figuras, pero no se desarrolla en modo alguno sus funciones ni la normativa con arreglo a la cual deben actuar. En el Documento Ético de Podemos, como sucede en otras formaciones políticas, se contienen mandatos a los cargos públicos del partido para que desempeñen sus funciones “con moralidad y transparencia”, gestionando los recursos “con eficacia, equidad y eficiencia”. Así mismo, se reclama a los cargos públicos y cargos electos internos del partido que se inhiban de tomar decisiones que pudieran estar orientadas por “intereses personales, económicos o políticos ajenos a los que correspondan en cada caso al cargo electo en cuestión”.



En conclusión, a la espera de que la existencia de dicho programa de cumplimiento sea confirmada mediante la publicación de su contenido o de un extracto, no podemos confirmar que Podemos posea un programa de cumplimiento normativo como el exigido por la Ley 6/2002, o, en caso de existir, no es público.

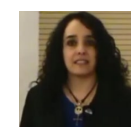
4. Ciudadanos

Finalmente, Ciudadanos (en adelante, Cs) no constituye ninguna excepción en lo que se refiere al cumplimiento de la obligación de compliance programs en los partidos políticos. Pese al silencio de sus normas estatutarias sobre esta cuestión, hemos contactado con el partido político, que nos ha asegurado haber encargado a un despacho de abogados la elaboración de un programa de cumplimiento normativo para la prevención de la corrupción. Por lo demás, su normativa interna parece estar mínimamente orientada al cumplimiento de las obligaciones de control y transparencia en materia económico-financiera.

Por un parte, en el art. 24.6 de sus Estatutos se prevé la creación de la Comisión de Transparencia y Control Económico en el marco del Consejo General, encargada "de supervisar la contabilidad y administración de los medios del Partido". Por otra parte, en relación con delitos de corrupción, las únicas menciones de los Estatutos se refieren a las sanciones (art. 12), así como a los obstáculos que supone la imputación/investigación por delito de corrupción para ser elegibles como cargos internos (art. 35) o en las listas electores como cargo electos (art. 46.2), o, si la corrupción acontece después de estos procesos electivos, para mantener el cargo orgánico interno o el acta como representante electo (art. 10.3). A la vista de esta escasa reglamentación, no puede afirmarse que en la actualidad (a la espera de que ese programa se complete y publique) Cs disponga de un compliance program acorde a lo dispuesto por la Ley 6/2002, que pudiera servir como causa de exclusión o circunstancia atenuatoria de la responsabilidad criminal de conformidad con el art. 31 bis CP.

SECCIÓN EMPRESAS

LA POLITICA Y SISTEMA DE GESTION DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN EL GRUPO "LACERA": Personas, Seguridad, Servicio y Compromiso



Belen Luzuriaga Bedia
Directora de Cumplimiento
Grupo LACERA



Lacera es un grupo empresarial multiservicios, nuestra actividad es la prestación de servicios generales a empresas y administraciones públicas, somos especialistas en servicios integrales, limpieza e higienización, servicios auxiliares, jardinería, mantenimiento integral, control de vectores, gestión de residuos, obras y rehabilitaciones. Durante los últimos dos años estamos en proceso de expansión y desde nuestra sede social en Oviedo hemos consolidado nuestra presencia en todas las comunidades autónomas y en este momento seguimos centrados en crecer, pero no a toda costa o de cualquier manera, **nuestra misión es crecer de forma sostenible.**

Hace diez años cuando hablábamos de responsabilidad social era un concepto difícil de explicar, complicado de entender y en la mayoría de ocasiones, totalmente desconocido para la sociedad en general. Para nosotros la responsabilidad social estaba por definir, pasó a gestionarse por el responsable jurídico de la organización con una clara misión: **superar las obligaciones legales yendo un poco más allá,** haciendo más de lo que las normas nos exigían.

Hablar hoy en día de felicidad en el trabajo no es una simple moda, podemos llamarlo de mil maneras diferentes, al final, las **empresas debemos procurar que nuestro personal disfrute de mayor calidad de vida,** y eso podemos conseguirlo si no somos unos meros pagadores de una nómina al final de mes.



Y es en este punto, en el que se hace necesario hablar de la obligación legal de subrogar al personal cuando existe un cambio de empresa al frente de un servicio, lo cual genera que el personal del sector multiservicios se sienta más trabajador de la instalación donde trabaja cada día que de la empresa que le paga. **En Lacera trabajamos desde el inicio de la relación laboral con cada persona para propiciar ese sentido de pertenencia.**

Nuestro objetivo es conseguir que todo nuestro personal desee actuar como prescriptor de la empresa siendo capaz de influir en la decisión de compra de nuestros clientes, al transmitir orgullo de pertenecer a Lacera porque entienda que trabajar en Lacera le aporta un valor diferencial en relación a otras empresas.

Y para hacer realidad esa idea, centramos el trabajo en nuestra plantilla, sabíamos que las tablas salariales del sector fijadas por los convenios colectivos de cada provincia son de las más bajas en el ámbito laboral, que más del 80% del personal son mujeres, además, muchas de ellas se incorporan al mercado laboral tras separaciones, con personas dependientes a su cargo y sin cualificación profesional alguna, que encuentran la única salida en las empresas multiservicios.

La primera decisión fue finalizar con anteriores épocas de grandes patrocinios, que corresponden a una mal entendida responsabilidad social, en la que todos éramos muy buenos por el simple hecho de anunciar a toda página que lo éramos...

Y la segunda, fue **centrar el desarrollo de nuestra Responsabilidad Social en el desarrollo de medidas que contribuyeran a mejorar esa calidad de vida de nuestro personal**, para ello, en 2006 aprobamos el **"Plan Concilia Lacera"** con importantes medidas de flexibilidad horaria y permisos para acudir a tutorías del colegio y al médico con nuestros hijos y en 2007, antes de la aprobación de la Ley para la Igualdad Efectiva, ya tuvimos en marcha el **Plan de Igualdad** negociado con los representantes legales. En esa misma etapa, establecimos la **formación obligatoria** de todo el personal en plantilla: política y valores de Lacera, normas de conducta, técnicas profesionales de limpieza, normas de prevención de riesgos laborales, prácticas de desempeño medioambiental en los servicios, gestión de residuos y alcance de la confidencialidad, deber de secreto y protección de datos respecto a toda la documentación a nuestro alcance en las instalaciones de los clientes. También comenzamos a trabajar en **participación**, organizando concursos entre el personal: de postales navideñas, para poner el nombre a un proyecto o a la plataforma de formación, patrocinando inscripciones en carreras y otros eventos deportivos solidarios, colaborando con asociaciones como Cruz Roja, Fundación Banco de Alimentos y Asociación contra el Cáncer y procurando ventajas para nuestro personal al contratar servicios y productos en guarderías, gimnasios, talleres, bancos, seguros, agencias de viajes... **Trabajamos con la visión de adelantar el futuro.**

Y el tiempo nos ha venido a dar la razón a nuestro planteamiento inicial, el responsable jurídico encargado de la responsabilidad social es ahora nuestro Director de Compliance, porque sin preverlo, desde 2006 en nuestra organización trabajamos con una orientación coincidente con lo establecido en la Norma ISO 19600:2014, de Sistemas de gestión de compliance, que se basa en los principios de buen gobierno, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad y que se define tal y como indica en su introducción:

*"Un sistema de gestión de compliance eficaz y que abarque a toda la organización permite que la organización demuestre su compromiso **de cumplir con la normativa, incluyendo los requisitos legales, los códigos de la industria y los estándares de la organización, así como con los estándares de buen gobierno corporativo, las mejores prácticas, la ética y las expectativas de la comunidad en general**".*

Nuestra tarea principal continua siendo trabajar en base a unos determinados valores que debemos vivir y transmitir dentro de la organización: PERSONAS, (Fomentando la pertenencia y actuando con cercanía), SEGURIDAD (desde el punto de vista de solvencia empresarial y seguridad y salud laboral) SERVICIO, (Realizado con profesionalidad, seriedad, calidad e innovación) y COMPROMISO, (teniendo en cuenta compliance: cumpliendo normativa legal, nuestras normas propias y siendo por encima de todo éticos, ¡no todo vale!)

La importancia de que cada persona que se incorpora a un puesto en Lacera participe de nuestra cultura es nuestro empeño para distinguir nuestra empresa de la competencia, queremos que sea nuestro elemento diferenciador y que cuando nuestro personal pase a trabajar con otras empresas de nuestro sector, **cuando recuerde su etapa en Lacera, pueda "sonreír"**, esa sonrisa que está presente en nuestro logo, nos define, anuncia nuestra cultura y promueve el estilo de vida y servicio Lacera, queremos ser la cara amable que procura el cuidado de las instalaciones y con ello, el bienestar de los usuarios de las mismas.

Todos conocemos la frase: "el principal activo de la empresa son sus trabajadores", en las empresas de servicios no existe un proceso de fabricación, "simplemente" gestionamos personas y por ello, es importante dejar las reglas de juego muy claras y en nuestro caso, utilizamos el Código de conducta Lacera, revisado en 2015 para incluir el Programa de prevención de delitos, que se entrega a todas las personas en el momento que se incorporan a la empresa en la formación obligatoria inicial, éste código recoge nuestras

obligaciones, muestra nuestra cultura, y persigue conseguir desde el primer día que todos entendamos la necesaria conjugación del cumplimiento y la responsabilidad:

"Todo el equipo de Grupo Lacera actuará dentro de la legalidad, cumplirá de buena fe los contratos explícitos e implícitos concertados con todos los grupos de interés y observará en general, los deberes éticos y aquellos principios de responsabilidad social que la organización haya considerado razonable adoptar para una responsable conducción de los negocios.

En Lacera es cuestión de todos mantener la buena reputación de la empresa, trabajar con transparencia e integridad y colaborar para hacer efectivo el cumplimiento de cuántas normas puedan afectar al negocio. Existe la obligación de actuar conforme a las normas vigentes, incluyendo la normativa interna que en cada momento la empresa comunique como de obligado cumplimiento, entre la misma, el Código de Conducta".

Y es nuestra forma de ser y de hacer, lo que constituye lo que nosotros denominamos el "Producto Lacera", que va más allá de la consecución del resultado, porque el mismo, debe alcanzarse "haciendo las cosas bien", como establecen nuestros procedimientos de trabajo y actuando con ética en el desarrollo del negocio. No nos cansamos de repetir que ¡NO TODO VALE!, es la expresión más clara para que se entienda el concepto de ser responsables.

Las personas hacen realidad el servicio, por tanto la empresa, y sin personas no existe el concepto de responsabilidad, son el eje sobre el cual gira todo en Lacera y estamos convencidos que nuestra fórmula nos facilita crecer de esa forma que queremos, haciendo realidad nuestra visión, con la participación de todos, porque creemos que juntos somos un gran equipo, por eso, ¡simplemente buscamos buena gente que con la experiencia y el saber hacer se convierta en gente buena!

ENTREVISTA A

FRANCISCO JAVIER BERNABÉU AGUILERA



Francisco Javier Bernabéu Aguilera

Economista, auditor censor jurado de cuentas y miembro fundador de AEAEC, que ha sido elegido por la Asamblea General de la asociación, por unanimidad Presidente de la misma.

Javier, ¿cuáles son los objetivos que, como Presidente, te planteas para la AEAEC en éste próximo año?

Los objetivos más importantes para el próximo año, marcados así por la Asamblea General de mayo, son, básicamente el reforzamiento de los servicios que la AEAEC ofrece a sus asociados; potenciar el compromiso ético como eje del compliance y de la asociación, y reforzar el valor de la marca de la asociación, para identificar a todos los asociados como profesionales comprometidos con la ética, el buen gobierno y el cumplimiento normativo.

¿Cuál es el valor diferencial de la AEAEC respecto a otras asociaciones de profesionales del compliance?

Nuestro valor diferencial, al menos como pretensión desde su fundación, es conseguir hacer de la misma una asociación que identifique a sus asociados, abogados y economistas, como profesionales del compliance comprometidos con la ética y la calidad del servicio en el desempeño de su actividad profesional.

Desde que el legislador tomase la decisión de introducir en nuestro sistema jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los programas de compliance se han ligado a las labores propias de la asesoría jurídica, ¿Qué tienes que decir al respecto como economista que eres?

La Asociación nace como reconocimiento de que ambas profesiones, economista y abogado, son imprescindibles en el



desarrollo de actividades de cumplimiento normativo. Inicialmente los programas de prevención de delitos se vieron como una tarea ligada a los servicios jurídicos de las empresas, como una de las labores propias de la asesoría jurídica, sin embargo la elaboración de un programa de prevención penal eficaz exige la intervención de diversos profesionales, abogados, auditores y economistas, expertos en seguridad informática, protección de datos y profesionales específicos del sector propio de cada empresa. La AEAEC quiso aunar como punto de referencia quizás a las dos profesiones insustituibles en la elaboración de un programa de prevención de delitos, pero teniendo claro que se debe de contar con los demás profesionales antes indicados.

¿Qué puede aportar un economista-auditor en la elaboración e implantación de un programa de prevención de delitos?

No debemos olvidar que cuando hablamos de cumplimiento, nos debemos referir tanto al cumplimiento estrictamente legal como al cumplimiento normativo en un sentido más amplio, incluyendo normas y requerimientos internos de las propias organizaciones y que, por tanto, no podemos pretender alcanzar unos niveles adecuados de prevención, sin un adecuado análisis de

todos los riesgos y la implementación de procedimientos de control adecuados en todos los ámbitos, incluidos el control legal de documentos contables, y la actividad de auditoría de cuentas, de suma importancia por su contribución a la transparencia que constituye un elemento consustancial al sistema de economía de mercado recogido en el artículo 38 de la Constitución.

Es en estos aspectos, donde el economista-auditor pueda aportar un valor fundamental y complementario a la imprescindible labor del abogado y otros profesionales.

y ¿Qué puede aportar la AEAEC a sus asociados?

Hoy por hoy, la AEAEC puede aportar a sus asociados la cercanía de su junta directiva y la ilusión y el trabajo de sus miembros, todos ellos volcados en el apoyo activo de los asociados que se incorporen a la asociación, que pretende ser una gran familia en servicio de sus miembros. No tratamos de hacer grandes congresos u otras actividades macro, sino servir en el día a día a aquellos asociados que precisen ayuda en su tarea de elaboración e implementación del compliance.

Tenemos proyectos atractivos y útiles para este año que se irán haciendo realidad a lo largo de los próximos meses.

¿Cuál es la pretensión de qué la Asociación tenga el calificativo de "Europea"?

Nuestra vocación es la colaboración entre nuestros asociados a través de las delegaciones de la Asociación, aunando esfuerzos hacia el cumplimiento de los objetivos de la misma.

Esta vocación se traslada fuera de nuestras fronteras y, prioritariamente, hacia Europa como referente más cercano donde esperamos contar en el futuro con delegaciones de la Asociación.

No obstante, la Asociación está abierta desde su fundación a la colaboración con profesionales latinoamericanos y en este sentido, ya se han mantenido contactos con profesionales del compliance en Argentina, y Perú, con los que ya nos unen fuertes lazos, siempre con la finalidad del cumplimiento de los fines de la Asociación

En la revista de la Asociación, que es una pionera, al menos en nuestro país en materia de compliance, ya se han publicado artículos sobre el compliance en Italia y Portugal, ¿tenéis la intención de incorporar asociados de otras nacionalidades de la U.E.?

Entre nuestros asociados ya contamos con profesionales de otras nacionalidades, que actualmente desarrollan su trabajo en España pero cuya acreditación como economista o abogado la han obtenido en sus países de origen.

La vocación Europea a la que hacía referencia con anterioridad reclama la necesidad de extender los fines de la Asociación hacia otros países y ello conlleva, necesariamente, la incorporación de asociados de otras nacionalidades de la UE.

Entre los fines de la asociación figura también el fomento, desarrollo y promoción de la responsabilidad social corporativa y del comportamiento ético empresarial. De la necesidad de que la ética sea el eje sobre el que gire la asociación y el trabajo de los asociados, ya nos has hablado, ¿qué relación tiene el compliance con la responsabilidad social corporativa?

Cuando uno ve los cambios normativos habidos en los últimos tiempos desde la crisis financiera de las subprime, comprueba cómo todo el ordenamiento está relacionado y cómo todo él gira en torno a la buena gobernanza y a principios como el de la transparencia, la lealtad, la ética, base de las normas anticorrupción y últimas reformas penales. También el respeto a la ley, al medio ambiente y a los derechos sociales es una realidad que no se puede desvincular de lo anterior.

Por ello quien implementa un buen programa de prevención de delitos puede fijarse objetivos a corto, medio y largo plazo en materia de responsabilidad social.

Sabido es que la responsabilidad penal no alcanza a las administraciones públicas, sin embargo de un tiempo a esta parte estamos viendo una corriente que pretende aplicar los programas de cumplimiento normativo, prevención de la corrupción y otros delitos, a las administraciones públicas. ¿Tiene la asociación y tú como Presidente algo que decir en relación a esta novedosa corriente?

Nuestra Asociación nació con la crisis financiera y política y la preocupación de la ciudadanía, la UE y la OCDE ante el problema de la corrupción en España. Entre los fines de la Asociación, nuestros estatutos ya fijan el favorecimiento de la creación de la "cultura de Compliance" en las entidades públicas; la participación activa en los órganos consultivos y de decisión de las instituciones de carácter público; el fomento del conocimiento y la puesta en valor del Compliance y la figura del "Compliance Officer" en entidades públicas, así como ser punto de encuentro, debate y reflexión sobre Compliance también en las organizaciones públicas. Es decir desde nuestros inicios tuvimos claro que el Compliance se iría implantando también en las administraciones públicas, de modo gradual pero imparable, por lo que queremos estar bien situados y preparados para asistir a nuestros asociados y colaborar con las administraciones públicas en esta materia.

Muchas gracias Javier, te deseamos los mayores éxitos en el cargo y durante el mismo se consolide la AEAEC como una asociación de referencia en el mundo del compliance.

Gracias a ti, lo importante no es el éxito individual sino el éxito colectivo a través de una asociación cuyos valores principales deben ser la ética y la transparencia.



JURISPRUDENCIA COMPLIANCE

Recopilación de las sentencias más relevantes en materia de Compliance.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Sentencia nº31/2017, de 26 de Enero

Esta es la primera sentencia de nuestro Tribunal Supremo, que es condenatoria, que trata sobre algunos problemas más relevantes relacionados a la interpretación del nuevo art. 31 bis del CP tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de Marzo.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia 121/2017, de 23 de Febrero

La sentencia origen, recurrida en casación, condena -entre otras (personas físicas)- a la sociedad SL como autora de un delito de estafa agravada, a una pena de multa y la clausura y cierre del local, con el consiguiente cese de la actividad por un determinado plazo.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Sentencia nº31/2017, de 26 de Enero

Esta Sentencia incide en un aspecto importante en el momento de designar la representación procesal. Pues como es sabido, dicha representación deber ser distinta a la de las personas físicas también investigadas o imputadas. Entendiendo dicha Sala que la representación procesal de ambas personas (física y jurídica), a fin de evitar conflicto de intereses entre las partes.

“En el motivo cuarto –del recurso–, al amparo del artículo 850.2 de la LECrim, se queja de la omisión de la citación del responsable civil subsidiario, Regesta Regum, para su comparecencia en el acto del juicio oral. Argumenta que no se han observado las necesarias cautelas para reconocer a la persona jurídica una representación independiente de la del acusado Nicolas, dando lugar a un conflicto de intereses.

1. Esta Sala ya ha señalado (STS nº 154/2016, de 29 de febrero, citada por la recurrente) las precauciones que han de adoptarse cuando se trata de designar al representante de la persona jurídica en las causas en las que aparezca como investigada, imputada o acusada de delito, con la finalidad de garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa evitando los conflictos de intereses con las personas físicas a las que se imputan hechos delictivos en las mismas causas.

2. Sin embargo, en el caso, la cuestión carece de trascendencia, pues la persona jurídica recurrente no ha sido condenada como autora de ningún delito, sino como responsable civil subsidiario respecto de la indemnización a cuyo pago ha sido condenado el acusado Nicolas, por lo cual las eventuales irregularidades que hubieran podido tener alguna repercusión en el ejercicio de su derecho de defensa como acusada, no inciden en su posición como responsable civil subsidiario. Por otro lado, de la causa resulta que compareció al plenario y pudo defender su posición tanto en el concepto de acusada, en relación con el que ha resultado absuelta, como en el concepto de responsable civil subsidiaria.”.

La persona jurídica implicada, no es condenada como autora del delito societario en que incurre su administrador único, sin dar más detalle al respecto. Es condenada como responsable civil subsidiario.



Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia 121/2017, de 23 de Febrero.

“El art. 318 no se remite al art. 31 bis. Lo que hace - mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2013 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por LO 5/2010 es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del art. 129 a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal.

Dice así el art. 318 CP. “ Cuando los hechos previstos en los artículos de este título (Título XV, de los delitos contra los derechos de los trabajadores) se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código .”

De hecho, ha sido frecuente la crítica doctrinal sobre la no inclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el listado de delitos en los que cabe opere el art . 31 bis .

La sentencia sí que resuelve esta cuestión. Condena al recurrente y ello pese a que nadie acusó a la persona jurídica.

Además, -como apunta el Ministerio Fiscal- la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa conforme a los arts. 31 bis y ter CP.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.”

Esta Sentencia no aporta mucho en cuanto a la responsabilidad penal de las empresas, pues declara la imposibilidad de ser acusada por un delito contra los trabajadores, por no estar contenida dicha posibilidad en el propio Código

Penal.

El tema a debate en la Sentencia a través del recurso, es sobre la cuestión de si la sociedad obligada a efectuar el alta en la SS de los trabajadores, no fuera acusada. Ello comportó que no se atribuyera a la persona jurídica ninguna responsabilidad penal por los hechos, pues el delito por el que se estaba acusando era contra los derechos de los trabajadores. La Sala, en relación a la posibilidad de imputar o no a través del artículo 31 bis del C.P., a una persona jurídica por un delito del artículo 318 del CP, zanja el tema manifestado que no es posible, porque no cabe la remisión a la responsabilidad de la empresa, sino a los administradores, debiendo imponer alguna de las medidas del artículo 129 del CP. Todo ello, a pesar de la importancia actualmente de que actualmente las empresas tienen un método de prevención de riesgos laborales, que debería traspasarse al penal, con controles que evitaran implicaciones penales o civiles para las mismas.

Aunque el artículo 318 CP, no esté incluido en los tipos del 31 bis CP, señala el MF en esta sentencia, que “la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa conforme a los artículos 31 bis y ter CP.”

A raíz de la omisión de citación de la sociedad, que sí fue declarada responsable civil subsidiaria, que se pone de manifiesto en el recurso de casación, la Sala aclara que no se ha visto vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. El recurrente indica que no se citó para declarar, a pesar de que sí fue condenada civilmente. La Sala indica que el administrador, y a la vez persona física acusada, declaró como tal y en nombre de la sociedad, y en consecuencia tuvo su defensa a través del letrado del administrador. Así pues si que estuvo defendido.

DOMICILIO SOCIAL

Passeig Vergaguer, 120, Entlo. 4ª
Igualada (Barcelona)
Telf.: +34 938 049 038
info@aeaecompliance.com

VALENCIA

C/Barcas, 2, planta 4 - Valencia
Telf: +34 963 683 562
valencia@aeaecompliance.com

MADRID

O'Donnell, 12 - Madrid
Telf: +34 607 225 405
madrid@aeaecompliance.com

BARCELONA

P. Verdaguer, 120, ent 4º - Igualada
Telf.: +34 938 049 038
barcelona@aeaecompliance.com

GIRONA

Pza. Cataluña, 1, Entl. 3 – Blanes
Telf.: +34 972 33 44 05
girona@aeaecompliance.com

TENERIFE

C/ Molinos de Agua, 10, 1º
San Cristobal de La Laguna
Telf: +34 922 315 179
tenerife@aeaecompliance.com

MURCIA

C/ Platería, 7 3ºD 30004 Murcia
Telf: +34 968 213 784
murcia@aeaecompliance.com

CÁDIZ

C/ Sociedad, 10, 1º-B Cádiz
Telf.: +34 956 264 806
cadiz@aeaecompliance.com



CÓRDOBA

C/José Cruz Conde, 30, 3º 1ª - Córdoba
Telf: +34 957 496 501
cordoba@aeaecompliance.com

GUADALAJARA

C/Enrique Benito Chávarri, 6, 2º - Guadalajara
+34 949 22 00 73
guadalajara@aeaecompliance.com

MALLORCA

C/de Velázquez, 10 - Mallorca
Telf.: +34 689 19 19 55
mallorca@aeaecompliance.com

ASTURIAS

C/ San Bernardo, 3 - Avilés
Telf.: +34 984 835 245
asturias@aeaecompliance.com

CASTELLÓN

C/ Poeta Verdaguer, 1, Ento.
Telf.: +34 644 01 56 01
castellon@aeaecompliance.com

ANTEQUERA

C/ Carreteros, 1, Antequera
Telf.: +34 952 194 017
antequera@aeaecompliance.com

SEVILLA

C/ Caños de Carmona, 9-1º-A, Sevilla
Telf: 34 954 707 700
sevilla@aeaecompliance.com

MÁLAGA

C/ Tomás Heredia, 23 - 2º Izq., Málaga
Telf: ++34 957 498 050
malaga@aeaecompliance.com