

“COMPLIANCE OFFICER”
**“RESPONSABLE DEL CUMPLIMIENTO DE PLAN DE PREVENCIÓN DE
DELITOS EN LA EMPRESA”**

Autor: Olga Mercedes Laguado Ramírez

Grado de Contabilidad y Finanzas 2015-2016

Facultad de Economía, Empresa y Turismo, Sección de Empresa y Turismo

Universidad de la Laguna Campus de Guajara s/n 38071, Junio 2016

RESUMEN

Un Chief Compliance Officer, figura de mayor autoridad y responsabilidad dentro de la empresa que goza de independencia operativa y financiera, con la capacidad para promover y ejecutar medidas específicas de prevención de riesgos legales, comunicar los planes y llevar a cabo las formaciones del personal, realizar investigaciones y recomendar sanciones.

Aquí lo que se va a detallar es la historia del Compliance, los respectivos delitos y una sentencia inherente que delimita a las personas jurídicas si cometen delitos, donde el Tribunal Supremo recalca el Compliance.

Se establecen pautas y se enseña la modificación de la Ley, para al final entender el deber de supervisión o vigilancia que tácitamente se resume en el cargo en cuestión; condición que sirve para hacer valer la exención de la responsabilidad penal de la empresa en el supuesto en que se concrete un delito que la genere.

ABSTRACT

A Chief Compliance Officer, a figure of greater authority and responsibility within the company enjoys operational and financial independence, with the ability to promote and implement specific measures to prevent legal risks, communicate plans and carry formations staff, conduct investigations and recommend sanctions.

Here what is going on to detail is the story of Compliance, the respective offenses and an inherent sentence defining legal persons if they commit crimes, where the Supreme Court emphasizes the Compliance.

guidelines are established and the modification of the Law is taught, to finally understand the duty of supervision or monitoring tacitly summarized in the position in question; condition that serves to enforce the exemption from criminal liability of the company in the event that a crime that generates materialize.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	
1. Investigación del Compliance.....	5
2. Delitos del Compliance.....	10
2.1 Blanqueo de Capitales.....	11
2.1.1 Entidades financieras, en Canarias.....	11
2.1.1.1 Procedimiento Blanqueo de Capitales.....	13
2.1.1.2 Sectores de riesgo	
2.1.1.3 Recomendaciones	
2.2 Delitos contables.....	13
2.2.1 Caso Parmalat.....	14
2.2.2 Artículo 259 CP, Insolvencias punibles.....	14
2.2.3 Recomendaciones.....	14
3. Sentencia del Compliance.....	15
3.1 Sentencia 154/2016 de 29 de febrero pleno de la Sala 2ª de lo Penal, Tribunal Supremo.	
3.2 Art 31 Bis CP	
3.3 Efectos de la Sentencia.....	17
4. Dudas a resolver.....	17
5. Propuestas.....	18
6. Conclusión.....	20
7. Bibliografía.....	21
8. Anexos.....	22

INTRODUCCIÓN

Como ya sabemos, un delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, sometida a una sanción penal. En derecho penal, en sentido amplio, el delito es sinónimo de infracción; en sentido estricto, el autor debe ser castigado con penas correccionales.

La palabra delito deriva del verbo latino delinquere que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

El día que me reuní con Cristina Llanos profesora de derecho mercantil, para hablar sobre el trabajo que realizaría, me comentó sobre un artículo muy interesante que había visto en la revista del consejo general de la abogacía. Cuando empecé a leer sobre esto, entendí que era el tema a elegir en mi T.F.G.

Esto no se trata de elegir a la ligera, se trata de elegir por pasión. Muchos compañeros y amigos me han dicho "Vaya podrías haber elegido algo mejor". Pero déjenme decirles que no pude elegir tema mejor. Y he aquí mi respuesta, ¿Por qué no elegir algo que necesitan las personas? ¿Por qué no elegir algo que necesitan las empresas? ¿Por qué no elegir evitar los delitos y hacer un mejor camino? Y es que para prevenir dichos delitos, tenemos que comenzar por la ética personal y unirla con la ética empresarial. La imagen y ética personal nos definen y por tanto ese comportamiento se va a proyectar en nuestra empresa. Y es la imagen de la empresa la que está en riesgo si no sabemos el significado de lealtad, con la gran repercusión a nivel social que implica.

Ahora bien, mi finalidad con este trabajo es realizar una investigación de los delitos que se pueden evitar en las empresas si apostamos por el Compliance. Y esto significa que quiero poner un granito de arena en cada uno de los empresarios para que tomen consciencia de la importancia de éste. Porque siempre es mejor prevenir que encontrarnos ahogados y lamentarnos. Nunca sabemos lo que pueda pasar y esta es la mejor opción.

La estructura de este trabajo es muy simple, primero se ha realizado una investigación del Compliance con su debido desarrollo y a continuación, se presentan los delitos penales y actuales del Código Penal. Luego, he querido llevarlo a Canarias, dando ejemplos de aquellos que se consideran más habituales en empresas o entidades financieras.

Se mostrará estadísticamente una indagación realizada a las empresas de distintos sectores, respecto a políticas antifraude, realmente interesante. Para finalizar encontraremos soluciones de propuesta y respectivas conclusiones sobre el Compliance.

Agradecimientos a todas aquellas personas que me orientaron y ayudaron a la investigación sobre el Compliance, en especial a Cristina Llanos, Emilio Granados, letrado especializado en esta materia y Miguel Sánchez economista forense, abogado y experto contable.

Con todo esto, espero que este trabajo sea de gran interés y les aporte enseñanza, ética y pasión por un camino mejor.

1. INVESTIGACIÓN DEL COMPLIANCE

El artículo de la revista del Consejo General de La Abogacía, de la abogada y Directora del área penal, en el estudio Legal y Económico, Beatriz Saura Alberdi, fue el que me motivó a investigar sobre el Compliance.

Para situar la historia, el Compliance es una tendencia de casi cincuenta años, que empieza a progresar en el siglo XXI, algo que se incrementa en un futuro.

El caso Watergate es uno de los orígenes del Compliance en los años 70, en la lucha entre los bloques que configuró la guerra fría. Aquí se denuncia las prácticas de corrupción que utilizaban las multinacionales americanas, especialmente en los países en vías de desarrollo. Las investigaciones de este caso, querían una lucha por el capitalismo, “salvar el capitalismo”, mediante comportamientos empresariales que fueran éticos; de ahí la exigencia de la figura del Compliance Officer para velar por dichas prácticas.

En los años 80-90 las tradicionales políticas de prevención y control son insuficientes y por tanto, surgen iniciativas de acción internacional con la idea de control y responsabilidad de las empresas. Factores como la liberalización de los mercados mundiales, la caída del muro de Berlín que supone el fin de los bloques y el nacimiento de un mercado mundial capitalista, los carteles colombianos con su control de mercado interno de droga en EEUU, fenómenos que plantean retos en materia de seguridad. El crecimiento de internet que además de enormes ventajas, a su vez es una amenaza de la globalización de la información y las comunicaciones.

Otra variación del capitalismo más salvaje son los primeros grandes escándalos: EMRON, PARMALAT y SIEMENS, que exigió más y mejores políticas de control de las grandes empresas. También es evidente el impacto mundial de los atentados en Nueva York y Washington, que tuvo su reflejo en las políticas de Compliance, especialmente exigiendo a las empresas las políticas de prevención del Blanqueo.

Cuando contactamos mediante correo y llamadas telefónicas con Beatriz, nos aportó las sentencias que se han dado sobre el Compliance. Una de ellas la más importante, es la que veremos a lo largo del trabajo y de la que incluso hemos hablado con Emilio Granados, con quien hemos contactado también, para que nos hable del Compliance.

El pasado martes 12 de Abril del 2016, en el despacho de Emilio Granados, Letrado Tinerfeño, especialista jurídico de Canarias, nos reunimos para preguntarle sobre el artículo publicado en el Diario de Avisos el jueves 17 de Marzo de 2016, que no es otro que el tema que nos interesa, El Compliance.

Desde un principio nos dimos cuenta de lo fructífera que sería la reunión. No queríamos perder ningún detalle.

En síntesis y de la mano de un experto como el Sr. Granados podemos decir que el origen del Compliance, va girar respecto a la siguiente idea:

Hasta el año 2010 la situación que había era la siguiente: cuando alguien cometía un delito dentro de una empresa, el Código Penal exigía que se identificase exactamente quién es la persona que cometió el delito, conforme al principio penal que le sustenta; no puede haber delito sin autor, hay que buscar identificar “Fue ése el que lo cometió”. ¿Qué era lo que pasaba? Que hasta el año 2010 eso era muy difícil de llevarse a cabo, porque cuando las empresas tenían interés en cometer un delito –fijémonos en el caso Volkswagen que todo el mundo conoce con el trucaje los motores la primera interesada en que la estafa, el delito, siguiera adelante, era la propia empresa que se puso a vender coches. Cuando eso pasaba la propia empresa era la que estaba interesada en impedir que se conociese al autor del delito, porque si no se podía saber con certeza quién era el autor, al final no acababa nadie condenado.

A partir del año 2010 el Código Penal cambia adaptándose a una idea que ya se estaba siguiendo en distintos países europeos, sudamericanos y como no USA. ¿Cuál era la idea? La idea era hacer responsable también a la persona jurídica (la empresa) de los delitos que se cometían dentro en su seno. Por lo tanto, se cambia toda la interpretación que se ha hecho hasta el momento; ¿Qué significa esto? Pues que si antes se entendía que era el Estado el que tenía que probar quién había cometido el delito, ahora cambiaban las reglas del juego y a partir de ahora, serán las propias personas jurídicas las que tendrán que hacer el papel de “policía”, pues si alguien ha cometido un delito en beneficio directo o indirecto de esa empresa y la misma no ha puesto los medios suficientes para impedirlo, será responsable penalmente la propia persona jurídica. Por tanto es ahora la empresa la que tiene que demostrar que puso todos los medios que estaban a su alcance para que el delito no se cometiera, y fíjense que es un elemento que cambia todo el entendimiento del derecho penal como lo teníamos hasta ahora, porque ahora la empresa puede llegar a ser considerada responsable penal. ¡Hay una inversión de la carga de la prueba! Propio de la naturaleza del Derecho Mercantil.

Son 26 los delitos que el Compliance contempla y que tienen un peso fundamental en la parte económica, los delitos económicos.

¿Cómo se va enfocar el Compliance de cara a aplicar la nueva regulación del Código Penal? Sabemos que a partir de julio del 2015, el Código Penal recoge una gran cantidad de ideas innovadoras respecto a la impunidad o no de los sujetos a enjuiciar, dando lugar a la modificación del actual Código Penal. Por lo tanto ahora las empresas ya pueden saber, qué tienen que cumplir para no ser responsables penalmente, y si lo fueren, que han de argumentar para alegar atenuantes o eximentes.

Por lo tanto, insistimos, la idea del Compliance es hacer responsable a las empresas de los delitos que se cometan dentro de esa empresa en beneficio directo o indirecto de la propia empresa.

El Compliance, está detrás de muchos despachos grandes, multinacionales, y qué duda cabe que, este tema es, a su vez, una vía de negocio para los despachos de abogados. ¿Por qué? Porque estos profesionales van a vender un producto a las empresas para que se cubran de esta responsabilidad penal.

Pero entrando en materia y después de llevar tiempo estudiándolo, llego a la conclusión de que el Compliance viene a responder a un principio general del Derecho Mercantil: **“Actuar como un buen comerciante”** que como sabemos deriva del principio civil **“Actuar como un buen padre de familia”**. Por ello, a donde se va, ya no solo es al Código Penal, sino a toda la regulación existente en materia de derecho societario, que abarca a los socios y administradores. Los administradores tienen que ser responsables de su gestión, como antes se pedía a un buen padre de familia, eso es lo que se pide. Es una figura que el derecho nos enseña; un buen padre de familia se preocupa porque las cosas salgan bien.

Los administradores tienen que responder con todo su patrimonio, salvo que hayan aplicado unos modelos de control. Estos modelos se pueden parecer a los modelos de calidad imperantes actualmente, porque la ley lo que exige es que tengas aplicados unos criterios que te permitan identificar aquellos supuestos que puedan dar lugar a la comisión de un delito. Es decir, en el caso voswalken, si hubiesen habido controles dedicados a valorar que el producto que se estuviese comercializando no fuera ilegal, en algún momento en la empresa se hubiese destapado y se hubiesen percatado de la incidencia: “No, esto no lo podemos hacer”. Si no tienes ese control se comete el delito; en este caso probablemente existieron muchas personas que miraron para otro lado, ya que no es razonable que solo fuera manipulación de un ingeniero, sino complicidad de más personas para la realización de un chip que pudiera manipular los resultados finales. Pero como es sabido, nadie denunció.

Con el Compliance lo que se busca es que se denuncie, porque tu empresa va a ganar muchísimo más si tu misma tomas las medidas y evitas el delito, que si no lo evitas.

Por otra parte, Pfizer empresa farmacéutica, es una multinacional que aproximadamente en noviembre pasado, reunió a unos directivos en su central de Madrid y en esos momentos comunican que están todos despedidos. ¿Por qué se les despidió? Porque a la central de Estados Unidos había llegado una denuncia desde España de un ex trabajador de Pfizer el cual denunció que los directivos de Pfizer-España estaban engañando a la hora de vender los productos; decían que los productos tenían ciertas capacidades que no eran verdad. Al mentir vendían mucho más, la empresa ganaba un montón de dinero pero estaban vendiendo con procedimientos engañosos. Cuando la central de Estados Unidos estudia el caso, descubre que efectivamente estaban engañando a los consumidores y esto podía traer multas y sanciones; por tanto se tomó la decisión de despedir a esos directivos por incumplimiento del código ético que la empresa se había dotado: el de no mentir al consumidor.

Esto es el Compliance, la propia empresa antes de ser demandada, investiga y descubre que se está cometiendo un delito, una estafa y pone soluciones.

El Compliance está a la misma altura que los propios directivos, de hecho el que toma la dirección y las decisiones de Compliance, tiene que tener casi el mismo nivel que el Administrador. Es una figura nueva, un policía dentro de la empresa. Además va a ser un elemento que va a generar tensiones dentro de esas mercantiles por la vigilancia. Por tanto, tiene que tener un puesto muy alto porque de lo contrario no estaría desarrollando su función y no sometería a todo el entramado societario a su vigilancia.

El origen es americano. Los expertos toman el caso watergate como hecho pionero del Compliance. Cuando estaban investigando dicho caso watergate, se dieron cuenta que dentro de los papeles que encontraron, habían muchas empresas que tenían comprados a políticos, tanto internos como externos. Entonces observaron que muchas de las empresas de Estados Unidos, para vender más, utilizaban el fraude como vía habitual.

Aunque empezó en Estados Unidos, ha seguido por Europa, llegando a España emulando el sistema italiano.

Si como dijimos, desde julio del 2015, el Código Penal lo que recoge es la responsabilidad de las personas jurídicas, todo lo que hay que aplicar son controles adecuados. Pero ¿Qué tipo de controles? La Ley no te especifica cual es el control óptimo, es decir, es aquel que impida la comisión del delito. No existe un modelo a seguir, pero el modelo ideal es el que evite los delitos de las empresas.

Normalmente el noventa por ciento de los delitos que entrarían en el marco del Compliance son las infracciones económicas; como el incumplimiento de las cuentas anuales, presentación de datos que no son reales, subvenciones que no se aplican a lo que tienen que aplicarse. A estos efectos, la mayoría de los delitos fundamentalmente son económicos.

Para especializarte en Compliance, el camino es establecer y ser capaz de valorar criterios en las empresas que les impida cometer delitos. Aquí lo único que pide el Compliance es que los administradores antes de tomar una decisión que no sea legal, sean conscientes de ello. Establecer todos aquellos criterios que digan “Ojo éste es delito”, si lo cometes y tomas esta decisión tienes que saber a que te arriesgas; y fíjense que esto es importante por lo siguiente; si un directivo toma la decisión de no contratarte para que vigiles y no tengas una actitud delictiva, y ese directivo incurre en ese mal, los socios después podrían reclamarle. Porque la ley dice, para eximirte de toda responsabilidad, has de tener implantado un modelo, y si no lo tienes, la sociedad va a ser responsable, entonces el resto de los socios van a decir “Tú eres el culpable por no haberlo implantado. La empresa es responsable porque tú no lo has implantado”.

En cuanto a todo lo que sea establecer criterios de control, en el mercado te vas a encontrar personas que te van a vender un “especialista”. Grandes sistemas que abarquen e imposibiliten cometer delitos. Pero las empresas normalmente no están en esas circunstancias. Las empresas y sobre todo las empresas canarias, relativamente medianas y pequeñas, lo que van a tener son problemas económicos, con lo cual lo que hay que establecer son controles. Y no está escrito en ningún sitio cuales son los controles buenos y los controles malos.

Cada empresa, como es sabido, tiene un riesgo distinto, por ejemplo una papelería tiene un riesgo medioambiental y también económico. Si una empresa por ejemplo vende al exterior tiene que hacer un seguimiento de todo ese dinero, pero hay que tener en cuenta que no todos tienen el sistema europeo, y son problemas que habría que resolver. Por ejemplo, Los administradores tienen que ser conscientes de cada decisión que vayan tomando para no

cometer delitos, porque después si les llega un inspector tendrán un problema. ¿Qué deberíamos hacer? Ir advirtiendo a los administradores en cada caso, analizando que cuentas tienen riesgos o no, o que actividad tiene riesgo o no.

En cuanto a: ¿Qué empresas tienen implantado ya ese sistema? Son las empresas cumplidoras, las empresas que tienen interés en cumplir. El empresario canario, desgraciadamente las cosas son como son, nosotros vamos varios años menos que la península. En Canarias las empresas medianas, muy pocas lo tienen implantado, e incluso tuvimos una reunión con unos empresarios preocupados y aún así ellos decían “No aquí no se van a cometer delitos, porque no se han cometido”. Pero sin embargo deberías de tener implantado un sistema por si ocurre.

Los canarios tienen miedo de otra ISO, “Voy a tener que estar haciendo papeles. Yo no cometo delito y ya está, acabo antes”. Es otro gran problema, confundir que el Compliance es más papeleo, pero todo lo contrario esto es práctica pura. Es ver la realidad para decir el riesgo que tienen.

Insistimos si el sistema que tu tienes implantado es un buen sistema, se te va a eximir. Tu no puedes impedir la comisión de delitos, pero si tienes una serie de criterios que se saltan con intención. Entonces esto ya no es en beneficio de la empresa.

Todas las empresas que tienen implantado el Compliance, lo primero que implantan es un código ético que no quiere decir otra cosa que, quiénes son ellos, y como quieren que los demás los vean. Lo primero que dicen es “No aceptamos que se cometan delitos a nuestro nombre y además, para eso aplicamos todos estos criterios de vigilancia y autoregulación”. Si alguien se salta todo eso se lo está saltando en mi contra. Porque para que como persona jurídica sea responsable tiene que ser que lo cometamos en mi beneficio directo o indirecto.

La ISO también van a sacar un sistema de Compliance que, obviamente, en el Compliance no es lo mismo que cuando se hace un sistema de calidad. ¿Y por qué no es lo mismo? Porque es un sistema de calidad yo decido lo que yo mido. Con el Compliance se dan ideas para que se cumplan pero por mucho Compliance que haya en la ISO, si la empresa comete el delito, eso no ha servido de nada. Entonces la diferencia de una estructura procedimental en papel, es que el Compliance, nada de nada vale en papel y de mucho vale que te sientes, que lo escuches y lo veas.

En Compliance es esencial en cada empresa, sentarse, valorarla, saber cuáles son sus riesgos, entenderla y analizarla.

Para terminar, existen dos sentencias de Compliance, la primera sentencia donde se condena a una persona jurídica y como consecuencia, la fiscalía del Estado sacó una circular detallando de como tienen que investigar y cumplirse el Compliance. En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo deja de hablar del supuesto de hecho que está estudiando y dice: “Ya que estamos aquí vamos a aprovechar porque parte de nuestra obligación como tribunal supremo, es dar, explicar y generar doctrina”, y empieza a explicar sobre el Compliance...”

Ahora bien, tenemos claro que al final de todo, se trata de llevar a cabo un comportamiento ético en las empresas al responsabilizar a sus administradores de los delitos que se cometan en su ámbito.

2. DELITOS DEL COMPLIANCE

Existen 26 delitos que acompaña al Compliance Penal:

1. Tráfico ilegal de órganos CP art.156 bis
2. Trata de seres humanos CP art.177 bis
3. Delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores CP art.189 bis
4. Delitos contra la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos), allanamiento informático y otros delitos informáticos CP art.197
5. Estafas y fraudes CP art.251 bis
6. Frustración de la ejecución CP art.258 ter
7. Insolvencias punibles CP art.261 bis
8. Daños informáticos CP art.264 quáter
9. Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores CP art.288
10. Blanqueo de capitales CP art.302
11. Financiación ilegal de partidos políticos CP art.304 bis
12. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social CP art.310 bis
13. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros CP art.318 bis
14. Delito de construcción, edificación o urbanización ilegal CP art.319
15. Delitos contra el medio ambiente CP art. 328
16. Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes CP art.343
17. Delitos de riesgo provocado por explosivos CP art.348

18. Delitos contra la salud pública relativos a sustancias peligrosas, medicamentos, dopaje, delitos alimentarios y similares CP art.366
19. Tráfico de drogas CP art.369 bis
20. Falsedad de moneda CP art.386
21. Falsedad en medios de pago CP art.399 bis
22. Cohecho CP art.427 bis
23. Tráfico de influencias CP art.430
24. Provocación a la discriminación, el odio y la violencia CP art.510 bis
25. Financiación del terrorismo CP art.576
26. Delitos contra los derechos de los trabajadores CP art.311a 318

A continuación me centraré en los delitos que entiendo están más acordes con este trabajo de fin de grado.

2.1. BLANQUEO DE CAPITALS

Ya sabemos los delitos que existen, ahora bien, las entidades bancarias están muy pendientes para prevenir el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. He trabajado en banca y puedo asegurar que esto es lo que más se intenta prevenir a la hora de abrir cuentas o bien mantenerlas. Hay que realizar una previa consulta para saber con qué tipo de clientes estamos tratando.

2.1.1. ENTIDADES FINANCIERAS, EN CANARIAS

Según la entidad Canaria Cajasiete, el principal motivo para prevenir este tipo de delitos es porque somos un país de riesgo; y esto quiere decir que somos territorio natural de entrada de drogas, donde existen bandas organizadas de diferentes nacionalidades, hay un alto nivel de economía sumergida, una indisciplina tributaria, un elevado volumen de turistas extranjeros y terrorismo nacional e internacional.

Según la normativa vigente de esta entidad existen responsabilidades personales por incumplimiento. Los administradores y directivos son responsables de las infracciones cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente. Así mismo, los empleados serán

responsables penales en cuanto al delito de blanqueo y terrorismo, por autoría o por complicidad en la comisión del delito.

Lo que se encuentra en riesgo es el mercado, la reputación, que conlleva a sanciones legales. Y todo esto indica también una publicidad negativa, incumplimiento y desconocimiento de características entre clientes.

2.1.1.1. Procedimiento Blanqueo de Capitales

En cuanto a delitos, el de blanqueo de capitales, es el más tratado en entidades financieras. El proceso de blanqueo de capitales empieza con la colocación de ese traslado de dinero obtenido ilícitamente lejos del lugar del delito que resulta muy práctico introducirlo en el sistema financiero. Y en oficinas se puede prevenir con profesionalidad y experiencia. Fijándonos si se abren numerosas cuentas ingresando pequeñas cantidades de euros o divisas, ingresos de cuentas de no residentes, o ingresos de cheques contra cuentas en el extranjero.

A continuación la transformación, se crea cuando ese dinero ya es depositado en una entidad financiera y se “mueve”. Canalizando inversiones o compras en otras localidades o países, haciendo sucesión compleja de transacciones con el fin de ocultar el origen de los fondos. Un ejemplo son las inversiones de inmuebles que son vendidos con posterioridad, envíos a paraísos fiscales, adquisición de billetes de lotería, títulos valor, etc.

Por último la integración, ese capital “movido” se introduce en el circuito legal mediante transacciones aparentemente legítimas, utilizando procedimientos complejos y sofisticados. Esto se puede traducir en personas interpuestas, establecimientos financieros paralelos, inmobiliarias, objetos de lujo, etc. Se venden esas inversiones y recogen dinero “nuevo”. Es entonces cuando no se distingue el dinero legal del ilegal. Existe domiciliación de servicios inexistentes facturados por empresas domiciliadas en paraísos fiscales. Y además transacciones electrónicas a diversos países utilizando como beneficiarios a intermediarios.

2.1.1.2. Sectores de riesgos:

- ✓ Sociedades que operan en sector telefonía móvil.
- ✓ Compañías pesqueras
- ✓ Sociedades dedicadas al reciclado
- ✓ Empresas que operan en el sector de metales preciosos
- ✓ Casas de cambio/ Money transfers/ Locutorios
- ✓ Importación/ Exportación de medios automoción.
- ✓ Venta minorista a precio reducido.
- ✓ Clubs y locales de alterne.

- ✓ ONG'S, asociaciones caritativas y fundaciones.

2.1.1.3. Recomendaciones

Se espera del personal y de las personas asociadas que actúen con la diligencia requerida por su matriz, manteniéndose alerta frente a operaciones sospechosas (proveedores desconocidos, ausencia de soporte documental, precios sensiblemente inferiores a los de mercado, solicitudes de pagos a cuentas ubicadas en paraísos fiscales, etc.), procediendo a comunicarlo a la mayor brevedad posible a los responsables, sin revelar a este tercero las actuaciones de control e investigación que se estén realizando.

2.2. DELITOS CONTABLES

Si hablamos de delitos contables éste es uno de los temas más importantes que atraviesa la vida empresarial actualmente en este mundo globalizado. Hablamos de delitos contables cuando circunstancias y situaciones indican que se está frente a una contabilidad maquillada, que en términos coloquiales significa, una contabilidad ficticia o falsa. Aquella actividad indebida e ilegal que han utilizado muchas empresas a través del tiempo para conseguir beneficios a costas de falsedades en su información, tratando de adulterarla para hacerla ver ante los demás como una empresa lucrativa y rentable. Existen diversos delitos contables:

- 1) Incumplimiento de las leyes referentes a la contabilidad.
- 2) Proporcionar información indebida y manipulada (Contabilidad Creativa).
- 3) Ocultamiento a socios, accionistas, asociados y otros de la verdadera situación de la empresa falseando balances, reflejando u omitiendo, beneficios o pérdidas.
- 4) Reducir los niveles de endeudamiento, para conseguir préstamos bancarios y llamar la atención de inversionistas, haciendo creer que la empresa está expuesta a riesgos menores, y aparentando ser estable.
- 5) Venta o cesión de activos falsos o ficticios.
- 6) Registros de transacciones sin sustancia ni efecto.
- 7) Malversación de información que ayuden a la evasión de impuestos fiscales.
- 8) Obtener ingresos mediante actividades ilegales, falsificando dichos ingresos a través de actividades normales y rutinarias.
- 9) Falsear los estados financieros.

10) Cobros impropios o extremados por servicios contables realizados.

2.2.1. CASO PARMALAT

Todos estos tipos de acciones son ejecutadas diariamente por profesionales del área, y en muchos países importantes se han evidenciado casos escandalosos sobre los delitos contables. Tal es el proceso penal abierto a una de las compañías de alimento más importantes del mundo, PARMALAT, la cual falsificó sus balances desde por más de 15 años y al parecer con la complicidad de un grupo de bancos nacionales e internacionales (según los fiscales que investigan el caso), que contribuían a disimular las pérdidas y disfrazar las inversiones con complejos esquemas y demostrando una estructura empresarial estable. Con ello, se ratifica que en este tipo de delitos, está inmersa una gran cantidad de personas e instituciones importantes, y que de manera sorpresiva como en el caso de Parmalat, han desatado escándalos que han hecho disminuir la legitimidad por parte de sus fieles clientes y han hecho que en cuestión de semanas, ésta firma italiana de alimentos pase de ser una de las historias de éxito más brillantes de Europa a uno de los mayores fraudes corporativos de la historia.

2.2.2. Art. 259 CP, Insolvencias punibles

En el artículo 259 del Código Penal se regulan las insolvencias punibles, castigándose determinadas conductas cuando se esté en una situación de insolvencia actual o inminente. Así, se castiga, entre otras, la ocultación, causación de daños o destrucción de bienes en situación concursal o la disposición de dinero o asunción de deuda no proporcionada con la situación patrimonial del deudor. Igualmente, se castiga la venta de bienes o prestación de servicios por precio inferior al debido, la simulación de crédito, participación en negocios especulativos, irregularidades, incumplimiento o doble llevanza de contabilidad, sancionando también a aquellos empresarios que oculten, destruyan o alteren de la documentación que estén obligados a llevar, o formulen cuentas anuales o libros contables contraviniendo la normativa mercantil.

2.2.3. Recomendaciones

Se espera una debida diligencia en la llevanza de los aspectos financieros, y de la normativa aplicable a estas cuestiones (fiscal, mercantil, etc.), así como un respeto absoluto a la legalidad en general, y a la veracidad en la información financiera en particular, evitando contribuir a cualquier situación que pueda suponer una disminución de las capacidades de cobro o garantías de terceros. A tal respecto, se requiere de todos ellos que se mantengan especialmente alerta ante terceros colaboradores que, en una situación de insolvencia actual o inminente, pudiesen hacer uso de su relación comercial para llevar a engaño a terceros de buena fe con los que se relaciona ofreciendo a éstos terceros información financiera que no refleja su realidad

patrimonial. Ante la existencia de dudas sobre si una actuación puede o no incurrir en algún tipo de actividad prohibida, proceda a la mayor brevedad posible a consultarlo.

3. SENTENCIA DEL COMPLIANCE

3.1. SENTENCIA 154/2016 DE 29 DE FEBRERO PLENO DE LA SALA 2ª DE LO PENAL, TRIBUNAL SUPREMO.

Como ya lo habíamos dicho anteriormente, ésta es la primera sentencia que explica en sí, la delincuencia y el fraude fiscal, que va a determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por ausencia de medidas de control, y allí la importancia del Compliance.

Para resumir un poco esta sentencia, la resolución diferencia entre la empresa con actividad real y las que califica como sociedades “pantalla”, carentes de cualquier actividad lícita y creadas exclusivamente para la comisión de hechos delictivos. Estas, según la sentencia, han de ser consideradas al margen del régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis CP, sin perjuicio de que en el caso de autos se considere de utilidad mantener las penas de disolución y multa impuestas.

De este modo, el TS confirma las condenas impuestas por la Audiencia Nacional a tres empresas por su participación en delitos contra la salud pública, en concreto en el tráfico de más de 6.000 kilos de cocaína escondida en maquinaria objeto de importación y exportación entre España y Venezuela. En relación a una de las empresas, modifica la pena excluyendo la disolución de la misma debido a que cuenta con una plantilla de más de cien personas que no tienen que sufrir los graves perjuicios de dicha medida, pero confirma que la sociedad debe pagar una multa de 775 millones de euros.

3.2. ART. 31 BIS CP

Con la reforma del artículo 31 bis se ofrece una mayor seguridad a las personas jurídicas y además se pretende responder a muchas de las dudas existentes en materia del Compliance.

Exponiendo las principales modificaciones:

Apartado 1. La modificación de los supuestos en que las personas jurídicas serán penalmente responsables. Existen dos supuestos de responsabilidad:

- a. Los delitos cometidos por personas con capacidad de decisión.
- b. Los delitos cometidos por quienes están sometidos a la autoridad de las personas con capacidad de decisión.

Apartado 2. Generalización de los programas de cumplimiento o Compliance.

Dicha reforma prevé que los programas de Compliance sean adoptados y ejecutados con eficacia para exonerar de responsabilidad en los dos casos nombrados anteriormente.

“Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y redactados por escrito. No son válidos los programas de corta y pega”.

Apartado 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

Éstas son las personas jurídicas autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, es decir, que durante dos ejercicios consecutivos, reúnan a fecha de cierre, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- a. El total de activo no supere los 11.400.000 euros
- b. Importe neto de su cifra anual de negocios no supere los 22.800.000 euros.
- c. Número medio de trabajadores durante el ejercicio no sea superior a 250.

Apartado 4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Apartado 5. Se fijan los modelos de prevención aplicables a cada uno de los supuestos de responsabilidad.

En el caso de las personas con capacidad de decisión, los modelos de prevención:

1. ° Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
2. ° Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
3. ° Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
4. ° Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5. ° Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6. ° Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

En caso de personas sujetas a autoridad el modelo de prevención debe garantizar el desarrollo de la actividad social conforme a la ley y permitir detectar y prevenir situaciones de riesgo. El modelo se adapta a la situación, naturaleza y tamaño de la organización.

3.3. Efectos de la sentencia

Retomando la importante resolución del Tribunal Supremo mencionada anteriormente, es necesario este punto que a continuación expongo.

Los delitos cometidos por las personas físicas administradores de derecho de las empresas, son contra la salud pública, tráfico de estupefacientes que causa grave perjuicio para la salud. Se detiene 6.702,5 kgs de cocaína, con un valor de mercado de 343.011.555 euros.

Mientras que la responsabilidad penal por la cual se le condena a las empresas, es por la participación como instrumento jurídico e incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de las actividades.

En este caso, se ven involucradas tres sociedades:

- ✓ **Transpinelo S.L.** Disolución de la sociedad y multa de 775.633.440 euros.
- ✓ **Geormadrid machinery S.L.** Disolución de la sociedad y multa de 775.633.440 euros.
- ✓ **Investissiment trans spain africa S.A.** Prohibición de realizar actividades comerciales en España por tiempo máximo de 5 años y multa de 775.633.440 euros.

4. DUDAS A RESOLVER

1. ¿Cuáles son las personas jurídicas imputables?

Las penalmente imputables son aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que se dirigen los apartados 2 a 5 del art. 31 bis, ya mencionados. Ya sean mejor o peor organizadas. Y además son también imputables, las utilizadas instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales.

2. ¿Personas jurídicas públicas, están exentas de responsabilidad?

La responsabilidad penal no será aplicable al Estado, a administraciones públicas y entidades públicas empresariales. En caso de sociedades mercantiles públicas que presenten servicios de

interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en el apartado **7 del art. 33**.

3. ¿Es necesario que las personas jurídicas tengan implantado un programa de Compliance?

Es muy necesario y aconsejable diseñar y ejecutar un programa de Compliance para exonerarse de responsabilidades penales. Sin embargo puede existir una excepción para aquellas que tienen un órgano de administración que concentra todas las funciones decisorias.

4. ¿Estos programas pueden exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica?

Siempre y cuando se cumplan los requisitos del art. 31 bis

5. ¿En qué supuestos respondería penalmente?

Cuando el programa de prevención diseñado no resulte eficaz, y no haya cumplido los criterios fijados en el art.31 bis

5. PROPUESTAS

Se recomienda a las empresas tomar la iniciativa en la prevención de delitos para así evitar las consecuencias perjudiciales.

La atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas se basa en la exigencia de que las empresas controlen y prevengan la comisión de delitos, actuando de acuerdo a lo que se considera diligencia debida.

Es necesario que las corporaciones cuenten con programas de Prevención de delitos en los que se establezcan de forma clara los riesgos delictivos a los que está expuesta la empresa, los medios para prevenirlos y detectarlos, y el sistema de sanciones al que se verán sometidos los trabajadores en caso de no respetar los programas de prevención.

A continuación se detallan aspectos a tener en cuenta principalmente en blanqueo de capitales, pero que engloba perfectamente al Compliance:

- ✓ Políticas y procedimientos para la aceptación de clientes.
- ✓ Políticas y procedimientos para su identificación.
- ✓ Políticas de conocimiento general de los clientes.
- ✓ Política de clasificación de los clientes por niveles de riesgo.
- ✓ Estructura del órgano de control interno y departamento de prevención.
- ✓ Políticas y procedimientos para la detección, análisis y comunicación de operaciones sospechosas por propia iniciativa de la entidad.
- ✓ Políticas para el excepcionamiento de clientes.

- ✓ Revisión de los programas de auditoría interna en materia de prevención del blanqueo de capitales.
- ✓ Procedimientos para el archivo y registro de documentación.
- ✓ Procedimientos establecidos para garantizar la confidencialidad.
- ✓ Planes de formación.
- ✓ Sistemas informáticos para detección de operaciones inusuales o sospechosas.

6. CONCLUSIÓN

Y después de hacer varios estudios, indagaciones sobre el tema, preguntas a empresarios amigos, concluyo que esto no es lo que ahora preocupa a los mismos, ellos prefieren seguir el orden que hasta entonces llevan en su empresa. Porque según ellos: ¡Si no se han cometido delitos, no se cometerán! Y en mi opinión no es una respuesta coherente.

Los datos estadísticos se muestran en el ANEXO 4, de cómo las empresas no aplican con éxito los programas de prevención de delitos. Es una pena no fijarse en el riesgo que corre penalmente la persona jurídica por no aplicar políticas antifraude.

Hoy en día, el Compliance es considerado dentro del entorno corporativo como una pieza vital en la dirección de las empresas. Su rol como garante del cumplimiento normativo lo ha convertido en una figura ya no consultiva o reactiva, sino un verdadero participante en la toma de decisiones empresariales.

Si no optas por el Compliance correrás el riesgo de enfrentarte a un proceso judicial.

¡Es mejor prevenir que lamentar!

7. BIBLIOGRAFÍA

- Confilegal 8 de septiembre del 2015, *Delitos del Compliance Penal*.
- LA VANGUARDIA 15/07/2014, *¿Por qué todas las empresas buscan un Legal Compliance Officer?*
- Lawyerpress 08 de SEPTIEMBRE DE 2015, *Xavier Ribas, Abogado, Experto en Compliance. "Lo que nunca podrá externalizar un Compliance Officer es su responsabilidad penal"*
- ECIXGROUP 25 DE FEBRERO,2015. *El responsable del cumplimiento normativo o Compliance Officer en la empresa.*
- Blog de Carlos Sanchez, 15/08/2015 *¿Qué es el Compliance?*
- IESE Bussines school, *el Compliance en la empresa, Antonio Argandoña 12/02/2014*
- Código Penal, BOE.es
- Poder Judicial España, 29 de febrero del 2016 *Tribunal Supremo <http://poderjudicial.es/>*
- Revista Consejo general de la abogacía, *Febrero 2016*
- Diario de Avisos 17/03/2016, *Compliance*.
- Expansión economistas, *Consejo General*.

8. ANEXOS

1.  Revista Consejo General de la Abogacia.pdf

2.  EL DIARIO DE AVISOS.pdf

3.  Sentencia 29 de febrero.pdf

4.  EXPANSIÓN.pdf

