

COMPLIANCE EN LAS PYMES

Isabel Flores Mulero

isabelfm@mdelpozo.es

isabelfloresmulero@icamur.org

T. 950277215 C/Rueda López, 3. Entlo.1 Almería




Financiado por:



1. APROXIMACIÓN AL COMPLIANCE PENAL. IDENTIFICACIÓN Y PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS PENALES

- El término “Compliance”
- La reforma del CP operada por la Ley Orgánica 5/2010, marcó un **punto de inflexión** en el ámbito empresarial español: introducción de la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**- superación del tradicional principio *societas delinquere non potest*
- La posterior reforma del CP llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujo importantes novedades delimitando **supuestos de exención** y de **atenuación** de dicha responsabilidad

A decorative graphic in the top-left corner consisting of a blue triangle pointing downwards and a white shape that looks like a folded piece of paper or a stylized envelope, overlapping the blue triangle.

Antecedentes más relevantes
de la responsabilidad penal en
el ámbito internacional:

- El **país pionero** en pronunciarse acerca de la responsabilidad penal de una sociedad por un delito cometido por uno de sus empleados fue **EEUU** (1909)
- Se indica por primera vez la obligatoriedad de adoptar controles internos de cara a la prevención de la corrupción y de la responsabilidad penal corporativa en la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (abreviada **FCPA**, por sus siglas en inglés)
- A partir de los años 90, los programas de Compliance se convierten en una figura clave en la lucha contra el fraude y la corrupción – **Convención de la OCDE** 1997 (actualizada en 2009 y 2021)
- Ley Sarbanes-Oxley (SOX) para la lucha contra el fraude y la corrupción
- **Decreto legislativo 231/2001 de Italia** – regulación singular

¿Qué ocurre en España?

- El nuevo CP de 2015, en su **artículo 31 bis 1.** del **CP**, establece que *“las personas jurídicas serán penalmente responsables:*
- *a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*
- *b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.*



Asimismo, el mencionado artículo expresamente dispone que la persona jurídica quedará **exenta** de responsabilidad (o, en supuestos de acreditación parcial podrá ver **atenuada** su pena) en los siguientes supuestos: (artículo 31 bis 2. CP):

*“Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará **exenta de responsabilidad** si se cumplen las siguientes condiciones:*

- 1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado **con eficacia, antes de la comisión del delito**, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control **idóneas** para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
- 2.^a la **supervisión** del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un **órgano** de la persona jurídica **con poderes autónomos** de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
- 3.^a los autores individuales han cometido el delito **eludiendo fraudulentamente** los modelos de organización y de prevención y
- 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus **funciones de supervisión, vigilancia y control** por parte del órgano encargado”

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de **atenuación** de la pena.

Artículo 31 bis 3 *“En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”*

Artículo 31 bis 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”.*

Penas a imponer en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: **(artículo 33.7 CP)**

*“Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de **graves**, son las siguientes:*

- a) **Multa** por cuotas o proporcional.
- b) **Disolución** de la persona jurídica. Producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) **Suspensión de sus actividades** por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) **Clausura de sus locales y establecimientos** por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) **Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.** Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) **Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas**, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) **Intervención judicial** para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio...

*La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como **medida cautelar** durante la instrucción de la causa”.*

- ✓ Los delitos que pueden generar responsabilidad penal de la persona jurídica **no son todos** los que prevé nuestro CP y leyes especiales, sino que quedan supeditados a su expresa previsión en los correspondientes tipos penales (tráfico de órganos humanos, trata de seres humanos, cohecho, tráfico de influencias, o corrupción en los negocios, entre otros) - mapa de riesgos delictual
- ✓ Un modelo eficaz requiere asimismo de una **adecuada identificación de riesgos** y del establecimiento de suficientes y adecuados controles e indicadores que permitan la detección de circunstancias a investigar
- ✓ Disponer de un **Canal de Denuncias** será clave para la obtención de información relevante en beneficio de la efectividad del modelo y la reacción temprana.
- ✓ La **norma española UNE: 19601:2017** de Sistemas de Gestión de Compliance Penal es una norma **certificable** que constituye un referente de implantación de un modelo de prevención penal efectivo y alineado con la regulación española y el resto de estándares relacionados, así como de las buenas prácticas internacionales en la materia

- Especial referencia a la **Circular 1/2016** de la Fiscalía General del Estado, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas:

- Este documento instruye a los fiscales en la valoración de la eficacia de los modelos de Compliance
- Destaca la importancia de promover una verdadera cultura ética empresarial, enfatizando la necesidad de un inequívoco compromiso y apoyo de la dirección de la compañía para que el modelo de prevención sea realmente eficaz y evitar modelos de Compliance de “boquilla”
- Detalla las condiciones y requisitos que deben cumplir los modelos de Compliance para considerarse **eficaces**, y cualificarse como eximente de responsabilidad (existencia de un verdadero compromiso corporativo, valor limitado de las certificaciones, firmeza en vulneraciones precedentes...)

2. CLAVES PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS MODELOS DE CUMPLIMIENTO

- Los objetivos societarios no se pueden cumplir a cualquier precio, sino que es necesario cumplir unos mínimos estándares éticos
- Cumplimiento normativo(Normativa vigente): Hard law + Soft Law
- Compliance penal (Código Penal): normas y sanciones con carácter preventivo y reactivo con un enfoque basado en el riesgo
- Modelo de cumplimiento: parte fundamental de esa actuación preventivo-reactiva, cuyo objetivo es prevenir, y evitar los delitos, o en su caso, minorarlos o reducir los efectos de su comisión
- Voluntarios (suponen un coste económico) pero premiados si son eficaces e idóneos
- No son meros documentos estéticos o cosméticos, papel mojado, riesgos de whitewashing
- Denotan compromiso de la Dirección y suponen un ejercicio de transparencia
- Papel relevante de la formación

VENTAJAS



Procesal penal :

- Exención de la responsabilidad penal y pasar la responsabilidad civil de solidaria a subsidiaria
- Atenuación de responsabilidad penal
- Penas concretas a imponer en grado mínimo y evitación de las interdictivas
- Facilitar la conformidad y sus reducciones penológicas asociadas

- **Extraprocesal:**
- Importante reducción de los daños colaterales (tales como despidos)
- Posibilidad de continuar contratando con la Administración Pública
- Minoración del daño reputacional
- Introducción de la cultura propia, marca de la casa
- Compromiso efectivo con la ética lo que amplía la capacidad competitiva y la confianza de los inversores
- Fiabilidad a terceros (los controles y medidas implementadas producen ese efecto, en la Administración, compañías aseguradoras, etc.)

CONTENIDO FUNDAMENTAL DEL MODELO DE CUMPLIMIENTO

- Requisitos mínimos exigibles para lograr una eximente completa o incompleta:
- 1. Identificación de actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben prevenirse:**
actividades de riesgo de las distintas categorías delictivas- identificación de los riesgos penales CP a través del mapa de riesgos delictual, y controles minorativos, alcance objetivo: organización, gestión, “debilidades humanas” (uso bienes, obsequios, confidencialidad); alcance subjetivo: todos los empleados, directivos, matriz-filial, sedes e Internet.
 - 2. Establecimiento de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de voluntad de la persona jurídica,** de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos: organigrama y responsabilidades. Es decir, autorregulación
 - 3. Recursos financieros adecuados**
 - 4. Imponer la obligación de información o reporte de los posibles riesgos e incumplimientos** al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención: **Canal de denuncias**, órgano de supervisión, investigaciones internas.

5. Establecimiento de un **sistema disciplinario** que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo: adaptación al convenio, principio de legalidad, y proporcionalidad.

6. **Realizar revisión periódica del modelo** y de la eventual modificación del mismo cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes, o se produzcan cambios en la organización, estructura de control o actividad desarrollada, que los hagan necesarios (documento dinámico): nuevas áreas de negocio, apertura de sedes y reformas legislativas o jurisprudenciales relevantes que les apliquen.

- Otros contenidos para garantizar eficacia e idoneidad: relación clara de los principios que rigen la organización, y los comportamientos no tolerados, relación fluida entre el C. Officer y la Dirección, formación, e implicación de la Alta Dirección.
- Es relevante el grado real de implicación en la prevención, la voluntad preventiva, y su efectiva implantación

ÓRGANO SUPERVISOR

- **Persona Jurídica de pequeña dimensión:** la puede asumir directamente el órgano de administración, o la figura del abogado de empresa aunque es recomendable externalizarlo (riesgo de conflicto de interés) y, requiere formación específica para desarrollar correctamente esta labor.
- **Persona Jurídica superior:** órgano específico con poderes autónomos de iniciativa y control. Asesor. Autonomía funcional –no orgánica-
- Características (integridad, neutralidad, independencia y autonomía) y funciones de ese órgano supervisor

Requisitos para la eximente

- Existencia de Modelos con medidas y controles idóneos y eficaces (Medios razonables para evitar el riesgo generado).
- Ex ante: antes de que se produzca la infracción penal y sólo respecto de ese delito concreto.
- Si la acción la hace el Directivo: tener un Órgano de supervisión que haya actuado proactivamente.
- Posiblemente la persona física habrá cometido el delito mediante la “elusión fraudulenta” de las medidas implementadas para evitar su actuación delictiva.
- Si la acción delictiva la ejecuta un empleado, no ha de deberse a incumplimientos graves de supervisión por parte del Directivo.
- Cabe aplicarla en fase de instrucción, como Sobreseimiento (Art. 637.3 LECrim) y archivo, o como no imputación si opera claramente y sin discusión (lo que evita daño reputacional).
- Carga de la prueba: los hechos impositivos y justificativos los prueba quien le benefician. NO es hecho constitutivo, ni elemento de la acción, sino de la exención.
- Nivel de control de la ética:
 - del Empleado, lo fija el directivo (culpa in vigilando)
 - Del Directivo, lo define el órgano supervisor (culpa in eligendo)

Requisitos para la atenuante

- **Eximente incompleta** (Art. 31 bis 2 y 4 in fine CP), si ex ante, pero no le falta algún requisito sustancial (identificación de riesgos, establecimiento de controles y en las de “Directivos” designación del órgano supervisor). Prevención incompleta.
- **Atenuante específica de Compliance** (Art. 31 quáter d CP) antes de juicio oral, medidas eficaces de todas las categorías delictivas. Prevención a futuro.
- No se pueden aplicar ambas atenuantes a la vez, una u otra

Artículo 31 quater.

1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, **con posterioridad** a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, **antes** de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber **colaborado en la investigación** del hecho aportando **pruebas**, en cualquier momento del proceso, que fueran **nuevas y decisivas** para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a **reparar o disminuir el daño causado** por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

3. CANAL DE DENUNCIAS



INTRODUCCIÓN

- En España, la primera referencia a los mecanismos que imponen la obligación de informar de posibles incumplimientos en las organizaciones se sitúa en el ámbito de las entidades cotizadas, concretamente en el artículo 50 del Código de Buen Gobierno de las sociedades Cotizadas, emitido por la CNMV en 2006
- Ahora bien, su generalización en España fue posterior, vino de la mano de las reformas operadas en el Código Penal en los años 2010 y 2015, con la introducción de la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**, concretamente, el apartado 4º del artículo 31 bis. 5 establece que “ *Los modelos de organización y gestión impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*”
- En línea con lo anterior destacar principal normativa que le aplica, a nivel nacional y comunitario

NORMATIVA APLICABLE

A nivel nacional

- Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)
- Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación de terrorismo
- Normativa laboral: Ley 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
- Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción

A nivel comunitario

- Directiva UE 2019/1937
- Estándares internacionales: ISO/ DIS 37002:2020

- El Canal de Denuncias debe ser fácilmente accesible a todos los empleados de la organización, para que cumpla su función de manera efectiva – **principales características**
- La gestión del Canal de Denuncias debe documentarse en un procedimiento interno, en el que se regule todo el ciclo de vida de la denuncia, desde su comunicación inicial hasta su resolución o su archivo, y este procedimiento se divide en **cuatro fases: recepción, evaluación, tratamiento y conclusiones**
- El procedimiento de investigación de la denuncia que se lleva a cabo a través del canal, está inspirado en los siguientes **principios**: carácter escrito del proceso, contradicción e impulso de la investigación por parte de la organización.

- En función del receptor de la denuncia, el canal puede ser **interno** (aquel en el que las denuncias se producen dentro de la organización) o **externo** (aquel en el que las denuncias se producen ante las autoridades competentes)
- El Canal de Denuncias puede implantarse a través de diferentes **vías**: físicamente, a través de un portal web o correo electrónico, o de manera telefónica
- En relación al tipo de **cuestiones** que se pueden poner de manifiesto a través del Canal de Denuncias, puede determinarse de antemano por la organización (numerus clausus), puede abrirse el canal sin limitación de asuntos, para cualquier cuestión que a juicio de los posibles denunciantes, pueda ser puesta de manifiesto, y asimismo es posible estructurar canales específicos por materias
- El Canal de Denuncias puede ir dirigido tanto a miembros de la organización como a terceros

- Especial mención a la **Autoridad Independiente de Protección al Informante:**
 - Entidad de **ámbito estatal** destinada a salvaguardar a los ciudadanos y trabajadores que informen sobre actos de corrupción o infracciones normativas
 - Esta nueva institución garantiza **canales seguros y confidenciales**, en línea con la Ley 2/2023, para proteger a los denunciantes y fomentar una cultura de integridad tanto en el sector público como en el privado
 - Fue aprobada por el Consejo de Ministros el pasado 29 de octubre 2024
 - Dotada de autonomía y capacidad sancionadora
 - Se complementa con entidades similares en diversas comunidades autónomas, que también implementan la protección de los denunciantes a nivel regional

Breves anotaciones sobre la **Monitorización de Compliance** en relación al Canal de Denuncias:

- Se puede definir como el proceso que evalúa la efectividad de los sistemas de control interno en su conjunto, que gestionan o mitigan los principales riesgos de la organización
- Constituye un **elemento esencial** en cualquier programa de Compliance
- Debe hacerse siempre con un **enfoque basado en el riesgo**
- Su objetivo es que una unidad dotada de la necesaria independencia compruebe y se asegure de que los controles implementados para mitigar o suprimir los riesgos ligados a Compliance está funcionando de forma efectiva
- Es una labor que forma parte de la **segunda línea de defensa**
- El **Canal de denuncias** interno (whistleblowing) constituye junto con las reclamaciones de los clientes o de otros stakeholders tales como proveedores, una potencial fuente de **información indirecta** que se puede utilizar en la monitorización de Compliance

Sujetos obligados

Sector Privado

- Empresas de > 50 trabajadores
- Empresas de servicios, productos y mercados financieros, PBCyFT, seguridad en el transporte y protección del medio ambiente, sin considerar el nº de empleados
- Grupos de empresas (podrán disponer de un canal del grupo o por cada empresa componente)
- Multinacionales: adaptarán su canal a la normativa española

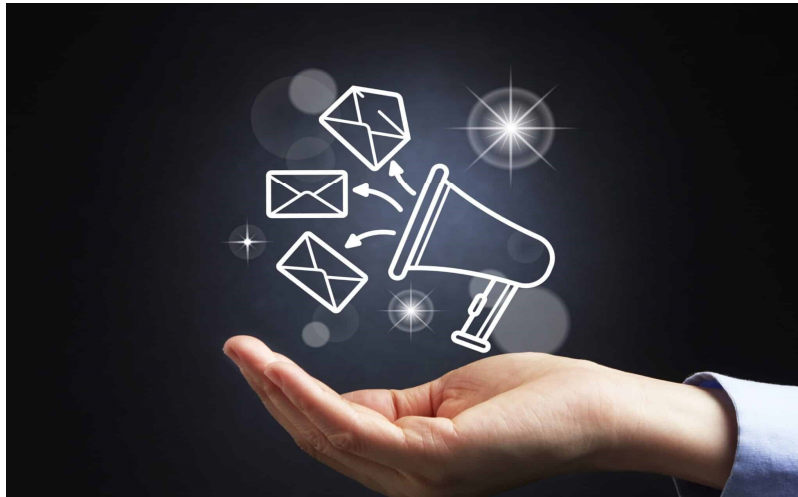
Sector Público

- Administraciones (AGE, CCAA, entidades de la Administración Local) así como sus organismos y entidades vinculadas, dependientes o participadas
- Sociedades mercantiles públicas con participación > 50% de entidades públicas
- Fundaciones públicas
- Corporaciones de derecho público
- Universidades Públicas

DIRECTIVA (UE) 2019/1937 y LEY 2/2023

- La **Directiva (UE) 2019/1937** del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión, su transposición no se hizo efectiva hasta la entrada en vigor, el 13 de marzo de 2023 de la **Ley 2/2023**, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informan sobre infracciones normativas y lucha contra la corrupción.
- La Directiva 2019/1937 pretende que los Estados miembros protejan a aquellas personas “denunciantes” que comuniquen o revelen información sobre infracciones del Derecho de la UE en ámbitos como: contratación pública, y medio ambiente, radiaciones, seguridad nuclear, seguridad del transporte....
- Tanto en la Directiva como en la Ley 2/2023 queda expresamente excluido del ámbito material de la norma:
- De acuerdo con la Ley 2/2023, serán “informantes” quienes tengan vínculos profesionales o laborales con entidades del sector público o privado, aunque hayan finalizado su relación laboral y bajo cualquier modalidad de contratación

VENTAJAS



- Minimiza los riesgos penales
- Ofrece garantías a los trabajadores, ante posibles discriminaciones o irregularidades que puedan existir
- Mejora la imagen corporativa y reputacional de la organización

Especial mención a la **comunicación, formación, y sensibilización**

“El funcionamiento y éxito de las organizaciones deriva, entre otras cuestiones, de la necesidad de que sus miembros tengan acceso a información que les permita saber cómo actuar”

- **Comunicación:** herramienta fundamental de cara a informar sobre las novedades que se van produciendo en una materia tan cambiante como la de Compliance
- **Formación:** proceso continuo, planificado y periódico para adquirir y afianzar los conocimientos necesarios para desempeñar las funciones, adquirir valores y transmitir los principios que rigen en la organización
- **Sensibilización:** proceso de interiorización de los valores y objetivos de la organización, con un fuerte componente psicológico – campañas de concienciación

COMUNICACIÓN

- Existen dos tipos de comunicación principales: interna y externa
- Requisitos para una comunicación interna EFICIENTE
- La comunicación externa se realiza principalmente por tres motivos: proyectar una imagen favorable, desarrollar aspectos operativos y, mantener la relación con el cliente
- Métodos de comunicación (según la ISO 37301)
- Partes interesadas en la comunicación externa (organismos reguladores, clientes, contratistas, proveedores, inversores...)
- Principios de la comunicación (según la ISO 37301)

FORMACIÓN

- Debe estar hecha a medida de las obligaciones y riesgos de Compliance relacionados con los roles/funciones y responsabilidades del empleado
- Establecer las necesidades formativas (derivadas de cambios externos a la entidad, internos, o de la notificación de incidencias)
- Especificaciones mínimas del Plan de formación
- “welcome pack” (material o paquete de bienvenida, destinado a facilitar información crítica de la organización que TODO empleado debe conocer y asumir)
- Formación presencial y online
- Carácter preventivo



Información y Consultas en
masempresas.cea.es



/CEA.es



@CEA.es



/CEA.es



Muchas gracias

Financiado por:



Información y Consultas en
masempresas.cea.es



/CEA.es



@CEA.es



/CEA.es



Financiado por:



Colaboran:



Fomento de la Cultura Emprendedora