

COMPROMISO

NUEVAS ECONOMIAS

empatía

GLOBALIDAD

TRANSPARENCIA

profesionalidad

método

Comunidad

honestidad

tecnología

Modernidad

Avanzar

Corazón

Innovación

TRANSPARENCIA

Construir

éxito.



**NOTA INFORMATIVA SOBRE LA NECESIDAD DE LAS
EMPRESAS DE IMPLEMENTAR UN MODELO DE
PREVENCIÓN DE DELITOS TRAS LA APROBACIÓN DE LA
LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, DE
MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL, QUE ENTRÓ EN
VIGOR EL 1 DE JULIO**

NOTA INFORMATIVA SOBRE LA NECESIDAD DE LAS EMPRESAS DE IMPLEMENTAR UN MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL, QUE ENTRÓ EN VIGOR EL 1 DE JULIO

I. La reforma del código penal que entró en vigor el 1 de julio de 2015 obliga a las empresas a implementar un modelo de prevención de delitos.

Los requerimientos actuales de cumplimiento regulatorio en el ámbito empresarial son numerosos, exigentes y varían constantemente, existiendo una clara tendencia a unificar legislaciones normativas con otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que entró en vigor el 1 de julio de 2015, obliga a las empresas a implementar un Modelo de Prevención de delitos que cumpla con los deberes de supervisión, vigilancia y control que el nuevo marco normativo exige a todas las personas jurídicas. El ordenamiento jurídico de España se suma de esta forma a las regulaciones que en sentido similar existen en EEUU, Francia, Italia y Holanda, entre otros países, e implica importantes cambios organizativos internos y de relación con proveedores, clientes y terceros colaboradores.

Del mismo modo que sucede con la prevención de riesgos laborales o los requerimientos en materia de blanqueo de capitales para determinadas compañías, el Legislador opta por exigir a todas las empresas un comportamiento activo y permanente en el ámbito de la prevención de los delitos que puedan cometerse en el seno de la empresa, entre los cuales se encuentran los siguientes:

- Delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.8).
- Delitos de estafa (art. 251 bis) e insolvencias punibles (art. 261 bis).
- Delitos por daños informáticos (art. 264.4).
- Delito de corrupción entre particulares (art. 286bis y 288)
- Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288.2).
- Delito de blanqueo de capitales (art. 302.2).
- Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social (art. 310 bis).
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4.3).
- Delitos contra la ordenación del territorio (art. 319.4).
- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 327 y 328.6).
- Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3)
- Delitos de falsificación de tarjetas de crédito y cheques de viaje (art. 399 bis 1.3).
- Delito de cohecho (art. 427.2); tráfico de influencias (art. 430.3); corrupción de funcionario público extranjero (art. 445.2).

Es importante destacar que el nuevo Código Penal atribuye al órgano de administración de la compañía la responsabilidad de adoptar y ejecutar con eficacia modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos en el ámbito empresarial.

En este sentido y en primer lugar el Legislador insta a las empresas a crear en el seno de las mismas un órgano con poder autónomo de iniciativa y control para la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención de delitos (Comité de Prevención o Compliance Officer). En el caso de empresas de reducida dimensión, definidas

como aquellas que estén autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas, el nuevo Código Penal prevé que estas funciones de supervisión puedan ser directamente asumidas por el órgano de administración de la compañía.

Por lo que se refiere al modelo de organización y gestión que deben implantar las empresas, el nuevo Código Penal indica expresamente que debe cumplir los siguientes requisitos:

- **Mapa de riesgos penales.**- El Legislador exige en primer lugar a la empresa que disponga de un análisis de los riesgos penales derivados de todas las actividades llevadas a cabo por la Compañía.
- **Protocolo de toma de decisiones.**- Una vez efectuado el análisis de riesgos penales de la Compañía, es necesario, entre otras medidas de prevención de delitos, el establecimiento de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la empresa, de adopción de decisiones y de ejecución en las mismas. (Código Ético, protocolos específicos para áreas y situaciones concretas, normas de control internas, sistema de delegaciones...).
- **Recursos financieros.**- El nuevo Código Penal exige a la empresa que destine medios materiales y humanos para llevar a cabo la actividad de prevención de riesgos penales.
- **Canal de comunicación:** El Código Penal impone la obligación de crear un canal de comunicación en el seno de la empresa que permita informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención de delitos (Comité de Prevención o Compliance officer).
- **Sistema disciplinario.**- El Código Penal exige también que se establezca en el seno de la compañía un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas de prevención de delitos que establezca el modelo.
- **Verificación periódica.**- El Legislador exige la implantación de un sistema de prevención de delitos permanente y por ello exige una verificación periódica del modelo de prevención de delitos y 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 lo hagan necesario.

Estas exigencias legales vienen acompañadas de importantes consecuencias:

- ✓ En el caso de que la compañía tenga implementado un efectivo Modelo de Prevención de delitos podrá quedar exenta de responsabilidad penal, y por tanto evitar las importantes penas y graves consecuencias accesorias derivadas de una condena previstas en el Código Penal, consistentes en; multas, disolución o suspensión de actividades de la empresa, clausura de locales o establecimientos, prohibición de realizar actividades en el futuro, intervención judicial, prohibición de contratar con las Administraciones Públicas e inhabilitación para obtener subvenciones y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, además de evitar también efectos reputacionales negativos, e incluso acciones de responsabilidad social por no haber adoptado estas medidas. Igualmente, la realidad práctica demuestra que la efectiva implementación de modelos de prevención de riesgos penales ayuda a disuadir conductas ilícitas por parte de los empleados.
- ✓ Por el contrario, la ausencia en la empresa de modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control de la actividad para prevenir los delitos (modelo de prevención de delitos), no sólo impedirá la aplicación de la exención legalmente prevista, sino que hace altamente probable una condena a la compañía por quebranto del deber legalmente impuesto en el Código Penal y asimismo puede dar lugar al ejercicio de acciones de responsabilidad social contra los administradores por la no implementación de las medidas de vigilancia, control y supervisión. En este sentido debe destacarse que 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, da una nueva redacción al deber general de diligencia de los administradores (art. 225), y expresamente indica que corresponde a los administradores la adopción de las “medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”. Indudablemente entre las “medidas de control y buen gobierno” anteriormente citadas se encuentra el Programa de cumplimiento y prevención de riesgos penales exigido por el nuevo Código Penal. Asimismo el artículo 249 bis indica que corresponde al órgano de administración, sin que pueda delegarse, la determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad, la supervisión de las comisiones que se hubieran creado y la formulación de

cualquier clase de informe exigido por la ley. Además, la Ley da una nueva redacción al artículo 236 y dispone que los administradores responden de los daños causados por actos u omisiones contrarios a la Ley incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, estableciendo una presunción de culpabilidad, salvo prueba en contrario.

En consecuencia y tras la reforma del Código Penal y de la Ley de Sociedades de Capital es necesario que el órgano de administración de la compañía adopte y ejecute con eficacia un Modelo de Prevención de riesgos penales, que cumpla con los deberes de supervisión, vigilancia y control.

II. Acciones que debe adoptar el órgano de administración de la empresa para implementar el modelo de prevención de delitos.

El Modelo de Prevención de delitos debe diseñarse y adaptarse de conformidad con la naturaleza, características y tamaño de la empresa, de modo que garantice el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permita la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo.

La implantación de este Modelo de Prevención requiere tener en cuenta los siguientes puntos para los cuales resulta imprescindible contar con un servicio jurídico especializado:

1. ACUERDO DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LA EMPRESA.

Como se ha expuesto, tanto el Código Penal como la Ley de Sociedades de Capital imponen como deberes del órgano de administración de la compañía:

- ✓ La implantación en la Compañía del Modelo de Prevención de delitos.
- ✓ La creación del Comité de Prevención/Compliance Officer en el seno de la empresa.
- ✓ La dotación de medios humanos, materiales y recursos financieros adecuados para llevar a cabo la actividad preventiva.

- ✓ La supervisión del Modelo de Prevención de delitos (el Comité debe informar periódicamente al órgano de administración).

En consecuencia el órgano de administración de la empresa debe adoptar los acuerdos necesarios para llevar a cabo estas actuaciones, siendo la primera de ellas la decisión formal de implantar el Modelo de Prevención.

2. INFORME DE RIESGOS PENALES (MAPA DE RIESGOS) Y RECOMENDACIONES SOBRE MEDIDAS DE PREVENCIÓN.

Un modelo de prevención de delitos necesariamente debe iniciarse mediante la identificación de las actividades de la compañía en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

Es por tanto necesario en primer lugar el análisis de los posibles riesgos penales en los que puede incurrir la empresa y el asesoramiento en la implantación de medidas de prevención y detección eficaces de aquellos delitos que podrían cometerse en el ejercicio de su actividad.

Debe por tanto efectuarse un Informe dirigido a los responsables de prevención penal de la compañía, en el que se describan las áreas de riesgo de la empresa (mapa de riesgos) y se efectúen recomendaciones sobre las medidas que deben adoptarse.

3. CREACION DE UN COMITÉ DE PREVENCIÓN.

El Comité de Prevención o el Compliance Officer debe ser designado por el órgano de administración de la empresa, y es el encargado de impulsar, coordinar y supervisar la prevención. Debe contar con poderes autónomos de iniciativa y control.

Centraliza las funciones de prevención disponiendo de potestades normativas, se encarga de la recepción e investigación de denuncias, y de ejercer las funciones disciplinarias. Igualmente le corresponde la difusión y cumplimiento del código de conducta y la supervisión del sistema de control. Debe implicar a los servicios de auditoría interna en sus tareas y recibir las auditorías de riesgos laborales.

4. REGLAMENTO DEL COMITÉ DE CUMPLIMIENTO O PREVENCIÓN.

El Reglamento del Comité de Cumplimiento/Prevención debe ser aprobado por el órgano de administración de la empresa y constituye otra norma interna esencial en la actividad preventiva que debe llevarse a cabo por la compañía.

El Reglamento debe definir las funciones, composición y recursos del Comité de Cumplimiento/Prevención y sus relaciones con el órgano de administración de la empresa. Asimismo debe regular de forma expresa el procedimiento de denuncias internas (garantía de indemnidad del denunciante de buena fe, protección de confidencialidad y de sus derechos laborales, acciones ante denunciantes de mala fe, Registro de denuncias que debe cumplir con las exigencias de la Agencia de Protección de Datos).

El Reglamento debe también prever el procedimiento de investigaciones internas (potestades de investigación de la empresa; medios informáticos y almacenamiento de datos, derechos de los investigados; defensa e intimidad).

5. CODIGO ETICO DE LA EMPRESA.

Para garantizar la efectividad del Modelo de Prevención de delitos es necesaria una normativa interna. En este sentido una norma esencial es el Código Ético.

Este Código va dirigido a todos los empleados, directivos y administradores de la empresa y resume los principios y valores básicos de la compañía y las pautas de conducta, con expreso rechazo de las conductas delictivas que pueden darse en el ámbito de la empresa atendiendo a las propias características de la misma. También debe hacerse referencia en el mismo al órgano específico encargado de la prevención, a la existencia de un canal de denuncia y al régimen disciplinario en caso de incumplimiento.

6. SISTEMA DISCIPLINARIO

El Código Penal exige la implantación de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención.

7. CANAL DE INFORMACIÓN O DENUNCIAS.

Igualmente el Código Penal exige el establecimiento por parte de la empresa de un Canal de denuncia y de información de posibles riesgos e incumplimientos ante el Comité de Prevención del modelo de prevención de delitos.

8. PROTOCOLO DE REACCION RAPIDA ANTE LA PRESUNTA COMISIÓN DE UN DELITO.

La empresa debe disponer de un protocolo de reacción ante un hecho presuntamente delictivo para:

- ✓ Determinar lo sucedido.
- ✓ Reparar e indemnizar del daño causado a las posibles víctimas.
- ✓ Mejorar el sistema de prevención penal.
- ✓ Preservar el derecho de defensa de la empresa.
- ✓ Colaborar con las autoridades.
- ✓ Evitar daños reputacionales a la empresa.

9. FORMACION DE ADMINISTRADORES, DIRECTIVOS Y EMPLEADOS.

Para que el Modelo de prevención de delitos sea efectivo es esencial la distribución y formación de administradores, directivos y empleados en relación al Código de Conducta.

Además tras la realización del Mapa de Riesgos pueden detectarse puestos de especial riesgo penal y realizar acciones de formación específica. El Comité de Prevención debe asegurarse de que los cursos se han impartido, las personas que han asistido y las evaluaciones. (Registro actividades formativas/ficha individualizada)

10. BASE DOCUMENTAL

Debe existir una base documental capaz de acreditar, en el caso de que se inicie un proceso penal, que la empresa ha ejercido de forma efectiva el Modelo de Prevención de delitos, que

éste se ha ido actualizando y mejorando y que las normas y procedimientos se aplican en el día a día de la empresa.

11. VERIFICACION PERIODICA.

El Código Penal exige que el modelo de prevención adoptado por la empresa se verifique periódicamente y, en su caso, sea modificado 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.

Atendida la importancia y trascendencia de las novedades legislativas expuestas en la presente Nota Informativa y su directa incidencia en la organización de la Compañía e implicaciones en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y órganos de administración, quedamos a su disposición para ampliarle personalmente y de forma detallada toda la información que precise.

Madrid, a 15 de marzo de 2016

C/ Velázquez, 78 - 1º
28001 - Madrid
T +34 911 433 038
F +34 917 915 674
info@lifeabogados.com

lifeabogados.com