

COMPLIANCE AD INTRA



BROSETA

Carlos Soucase,

Director de BROSETA
Compliance

Es la más rabiosa actualidad en materia de compliance. Dar a la función del compliance también la visión ad intra - hacia adentro - para prevenir a las organizaciones de los delitos de estafa, apropiación indebida, acciones continuadas de distracción de dinero a la propia empresa o abuso de funciones, entre otros, cometidos por directivos y empleados.

Este enfoque ad intra merece ser considerado seriamente ya que dos sentencias recientes del Tribunal Supremo (STS 316/2018 de 28 de junio y STS 365/2018 de 18 de julio) han llamado la atención a las sociedades mercantiles reforzando la importancia de que implanten programas de cumplimiento normativo. En primer lugar, para la ya conocida prevención de la transferencia de responsabilidad penal en casos de ilícitos penales ad extra - hacia afuera - cometidos por directivos y em-

pleados, esto es, cuando los perjudicados son terceras partes. Y en segundo lugar, para prevenir que sus administradores, directivos y trabajadores cometan delitos en el seno de las empresas ad intra, en los que la perjudicada es la empresa. Y esta segunda línea argumental es sobre la que el Tribunal Supremo incide en estas sentencias, ya que el delito había sido cometido por responsables de las empresas ante la falta de control existente. Según el Supremo, si hubiera existido un "adecuado programa de cumplimiento normativo", casos como este "se darían con mayor dificultad".

En la primera sentencia se condena a uno de los dos administradores de una empresa por un delito continuado de apropiación indebida y de administración desleal al haberse apoderado, sin el consentimiento de su socio y también administrador solidario de la empresa, de una cantidad muy importante de dinero efectivo





de la caja realizando transferencias a su cuenta personal sin justificar su destino.

En la segunda sentencia se condena al responsable comercial de una empresa de seguros por apropiación indebida y falsedad documental por apropiarse de primas de clientes para atender pagos particulares, falseando documentos mercantiles, hojas de cálculo de control, liquidaciones en relación a impagados, bajas y diferencias de recibos, falseando la contabilidad interna de la empresa, registrando en las partidas destinadas a "otros gastos" datos falsos en relación a los gastos variables, e incluso manipulando datos del ordenador.

En ambas sentencias, se destaca que "una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero o abuso de funciones". Señalan, además, que estos programas ayudan a detectar "de inmediato" si estas conductas ilícitas llegan a realizarse.

Pero además de lo anterior, el directivo desleal somete a la empresa al riesgo de ser sancionada penalmente por alguno de los delitos ad extra como, estafas, insolvencias punibles, o contra la hacienda pública o la seguridad social, entre otras.

El compliance en las organizaciones es una función que, como ya se ha dicho en anteriores ocasiones, ha venido para quedarse y está implantándose progresi-

vamente en el tejido empresarial. **Tiene el efecto disuasorio de la percepción del control**, de acuerdo con la teoría de las ventanas rotas, teoría que llega a la conclusión que la falta de control genera la percepción de que los incumplimientos no serán castigados, y por lo tanto se dará paso a incumplimientos más graves. Si en una fábrica abandonada no se reparan las ventanas rotas, la sensación de falta de control hará que los vándalos rompan unas cuantas más y, finalmente, alguien se atreverá a forzar la puerta y entrar propiciando un mayor perjuicio.

Los argumentos para implantar la función de compliance son muchos, pero los de mayor capacidad de persuasión para convencer a empresarios y administradores de sus beneficios son la prevención de delitos en las organizaciones y la obtención de la eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de la comisión de delitos, el fomento de una nueva cultura empresarial que impulse los comportamientos éticos, o la exigencia de terceros, generalmente clientes, que trasladan sus requisitos en materia de cumplimiento, entre otros. Adicionalmente, no hay que obviar que la empresa no valdrá lo mismo si tiene un programa de compliance que si no lo tiene, y que estos programas garantizan el control de los riesgos y también la percepción de la existencia del control como se ha expuesto en este artículo.

Desde la entrada en vigor en 2015 del nuevo Código Penal se han ido sucediendo sentencias en los tribunales que tras-



ladaban la responsabilidad penal de un delito cometido en el seno de las empresas juzgadas en función de que tuvieran implantados o no programas de cumplimiento normativo, de prevención de delitos o compliance programmes. Sea cual sea su denominación, el Código Penal establece en su artículo 31 bis que para que sean considerados "modelos adecuados de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión" deben reunir una serie de características que se concretan en el mismo artículo 31 bis. Adicionalmente, requiere que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado esté encomendada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control, y la evidencia de que quien cometió el delito lo hizo eludiendo fraudulentamente las normas.

Por último, si el programa de compliance es una herramienta de control interno que protege también de los delitos ad intra, habrá que plantearse cómo afecta el programa a la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa. Las compañías de seguros de responsabilidad civil y de D&O probablemente sean sensibles a si la empresa tiene implantado un programa de compliance efectivo o no, y se cuestionarán sus coberturas o primas cuando sean las mismas empresas que han actuado como tomadoras de los seguros las que

presenten denuncias o querellas contra sus ex directivos y actúen, además, como actores civiles que pretendan que se les reparen los daños causados en sus patrimonios. Veremos.