

LA OBLIGACIÓN DE LAS EMPRESAS DE IMPLANTAR PLANES DE PREVENCIÓN DEL DELITO COMETIDO POR DIRECTIVOS Y/O EMPLEADOS. EL «KEEPING TRACK»

Vicente Magro Servet

Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante.

Doctor en Derecho

EXTRACTO

Análisis de la previsión que ya se introdujo en la reforma del Código Penal aprobada por la Ley Orgánica 5/2010 de trasladar del Estado a las empresas la obligación de introducir planes que tiendan a evitar la comisión de delitos por directivos y/o empleados, y que ha salido reforzada en la inminente reforma del texto penal al haberse incluido importantes modificaciones que aclaran y mejoran la regulación de esta obligación que tienen las empresas para estar en condiciones de acreditar que se adoptaron las medidas de diligencia exigibles para evitar la comisión de delitos, y que se les deriven responsabilidades penales. Es la figura conocida como «*keeping track*», que en muchas empresas ya se están implantando, bien por servicios externos, bien en la propia empresa como unidad o servicio propio.

Palabras claves: empresas mercantiles, prevención de delitos, planes de prevención empresarial y *keeping track*.

Fecha de entrada: 24-05-2013 / *Fecha de aceptación:* 05-07-2013

THE OBLIGATION OF THE COMPANIES TO IMPLANT PLANS OF PREVENTION OF THE CRIME COMMITTED BY EXECUTIVES AND/OR EMPLOYEES. THE «KEEPING TRACK»

Vicente Magro Servet

ABSTRACT

Analysis of the forecast that already got in the reform of the Penal Spanish Code approved by the Organic Law 5/2010 of the State moved to the companies the obligation to introduce plans that tend to avoid the commission of crimes for executives and/or employees and that she has worked out reinforced in the imminent reform of the penal text to there have included important modifications that clarify and improve the regulation of this obligation that the companies have to be in conditions to accredit that there were adopted the measures of diligence that are demanded to avoid the commission of crimes and that stem penal responsibilities. It is the figure known of «keeping track» that in many companies already are implanted well by external services that implant them, well in the own company as unit or own service.

Keywords: commercial enterprises, prevention of crimes, plans of managerial prevention and keeping track.

Sumario

1. Introducción
2. Modificaciones introducidas en la próxima reforma del Código Penal referidas al plan de prevención de las empresas
3. Líneas generales que debe seguir la implantación de un plan de prevención

1. INTRODUCCIÓN

La actual situación de crisis económica está exigiéndonos a todos que se tengan que ir adoptando medidas que tiendan a reconducir la situación a su justo equilibrio, y evitar caer en los errores de todo tipo que han causado un serio estropicio en el sector empresarial. Y el objeto de las presentes líneas se va a centrar en tratar de explicar las modificaciones que se han introducido en el texto penal, y las que en breve se van a adicionar, para mejorar la actuación interna en las empresas en lo que se refiere a la evitación de comisión de hechos delictivos en estas por delitos cometidos en ellas por empleados y/o directivos o personas con capacidad de representación, o de obligar a las empresas frente a terceros. Y todo ello, para evitar que se incrementen los delitos que en los últimos tiempos se han detectado y que han causado importantes cifras de perjudicados que, de haberse implantado estos planes de control interno, muy posiblemente no se hubieran cometido, o, al menos, se hubieran adoptado internamente en la empresa medidas de corrección o evitación de incrementar el daño causado.

No ha habido costumbre hasta la fecha de poner en marcha planes de prevención del delito en el seno de las empresas. Aunque esta es y ha sido una práctica ya antigua en el derecho anglosajón que ha dado excelentes resultados. Puede hablarse de que las empresas no están para incrementar sus costes en nuevas exigencias, pero hay que entender que la implantación de planes de control internos permiten evitar daños propios y a terceros que en muchos casos pueden ser hasta irreversibles, por lo que será preciso realizar una evaluación de los beneficios que le supone a la empresa implantar planes de prevención del delito si con ello se evita la derivación de responsabilidades penales y civiles, y lo que es más importante el deterioro o pérdida de imagen que le va a suponer a la empresa que estos delitos se cometan en su seno, y que pueda perjudicarse en el exterior esa imagen, y la adopción de medidas judiciales, incluso, de cierre o clausura de sucursales. Por ello, vamos a exponer el alcance de esta importante reforma que nos acerca más a otras culturas en donde estos sistemas han servido para mejorar al final el funcionamiento de las empresas.

2. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA PRÓXIMA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL REFERIDAS AL PLAN DE PREVENCIÓN DE LAS EMPRESAS

Cuando en el año 2010 se aprueba la reforma del Código Penal para introducir importantes modificaciones en el seno de las empresas para reforzar la protección de los perjudicados y acreedores por hechos cometidos en el seno de las empresas, y ello, a través de personas que se amparaban en las estructuras de estas, se demostró en breve que era preciso articular una mejor redacción de las circunstancias que esta reforma había introducido en el texto penal para mejo-

rar la protección de los perjudicados por estos delitos, por un lado, y, por otro, para clarificar a las empresas la acción y reacción que debían adoptar si no querían verse afectadas por la irresponsable conducta de quienes en ellas trabajaban y se aprovechaban, por ello, de ese velo de las empresas para la comisión de hechos delictivos. Pero sobre todo, para aclarar que esa responsabilidad empresarial solo sería predicable cuando de la actuación de los directivos y/o empleados que delinquieran se derivaran beneficios directos o indirectos para ellas.

Así, solo en estos casos se derivaría esta responsabilidad, no cuando la actuación de estos autores fuera de modo exclusivo en provecho propio, lo que indudablemente dejaba fuera de responsabilidad a las empresas. Y tampoco serán responsables si ese provecho ha sido propio y exclusivo de su autor, aunque no estuvieran implantados los planes de prevención delictiva.

Se trataba en consecuencia, ya desde el año 2010, de trasladar a las empresas una cultura de cuidado en las actuaciones que en ellas realizaban tanto directivos, o cualquier persona con capacidad para obligar a la empresa, como cualquiera de sus empleados, creando dos niveles de responsabilidad. Sin embargo, el paso de estos tres primeros años ha demostrado que era preciso matizar mejor este régimen de responsabilidad y fijar con detalle las características de este régimen para que las empresas supieran cómo modelar y modular estos planes de prevención y cómo ponerlos en marcha.

Así las cosas, el pasado mes de abril de 2013 salió a la luz una reforma del Código Penal, tras un inicial texto aprobado en el mes de octubre de 2012, pero que, tras el informe del Consejo General del Poder Judicial, fue rectificado a conciencia para introducir nuevos tipos penales, y, sobre todo, incidir en este régimen de fijación de planes de prevención en las empresas que tanto hace falta en estas, para evitar que exista un descontrol y un desgobierno en ellas que les deparen responsabilidades civiles y penales, por un lado, y, por otro, para que no existan perjudicados por estas actuaciones.

Así, se introducen serias novedades en la exigencia de fomentar los planes de prevención en las empresas para evitar la derivación de las responsabilidades penales al sector empresarial. Y por ello, en primer lugar, se modifica el artículo 31 bis del Código Penal para introducir una serie de mejoras del texto, a fin de resolver algunas lagunas del texto anterior, para incidir en la necesidad de articular el plan de prevención en las empresas para evitar la comisión de hechos delictivos, tanto por directivos como por empleados. En la Exposición de Motivos se recoge en este punto que se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica. Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en los apartados a) y g) del artículo 33.7 del Código Penal:

- a) Inclusión del concepto de beneficio directo o indirecto y ampliación del círculo de sujetos responsables en los cargos directivos para derivar responsabilidad penal a la empresa.

Así, en primer lugar, en el párrafo primero se sustituye la exigencia de que para que exista responsabilidad de la empresa por el delito cometido por el directivo o empleado exista un «provecho propio de la empresa» por la mención de que el beneficio sea «directo o indirecto», con lo que se amplía el campo para que esta responsabilidad exista al incluir cualquier tipo de beneficio, aunque sea indirecto, si se comete un delito en el seno de la empresa¹.

También se incide en ampliar el elenco de personas que, si delinquen, derivan la responsabilidad a la empresa, ya que, frente a la parca referencia a los representantes legales o administradores de derecho o de hecho, ahora la referencia es mayor a cualquiera que tenga la más mínima parcela de responsabilidad o apoderamiento.

- b) Declaración de supuestos para quedar exento de responsabilidad penal.

En segundo lugar, se recoge una definición y relación de causas por las que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal en el apartado 2.º nuevo² para ganar en seguridad jurídica a la hora de que la persona jurídica «pueda probar» que ha actuado intentando evitar el daño por la existencia de los planes de prevención. Nótese que se traslada a la persona jurídica la carga de la prueba de esta actuación preventiva.

¹ «1. En los supuestos previstos en este Código, 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 aquellos el deber de controlar su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.»

² «2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica **podrá quedar exenta de responsabilidad si prueba que:**

- 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;
- b) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control;
- c) los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y
- d) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b).

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, será valorado a los efectos de atenuación de la pena.»

c) Desarrollo de los modelos de los planes de prevención.

Se define con claridad en el apartado 3.³ el modelo que deben seguir los planes de prevención para que las empresas sepan a qué atenerse cuando los implanten, puedan acreditar en su momento que los mismos estaban implantados y se conozca con base en criterios tasados cuáles son las directrices mínimas que deben seguir estos planes.

d) Definición de quién debe asumir el papel de controlar el plan de prevención.

Es importante que exista un órgano encargado ad hoc para fijar y controlar estos planes de prevención. Sin embargo, para adecuar su existencia a los diferentes tipos de empresas, según sus dimensiones, se diferencia en el apartado 4.⁴ sobre quién debe asumir el control del plan de prevención de las empresas de pequeñas dimensiones del resto. Y así en la letra b) del apartado 2.º se recoge la necesidad de que en las empresas se imponga que «b) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control». Ello será así, salvo en las de pequeña dimensión, donde se aplicará el apartado 4.º, añadiendo que «a estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada».

Así consta esta mención en el artículo 258 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁵.

³ «3. Los modelos de prevención a que se refiere la letra a) del apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- b) 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 aquellos.
- c) Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- d) Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- e) Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.»

⁴ «5. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de vigilancia y control a que se refiere la letra b) del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.»

⁵ «1. Podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.
- b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.

2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.»

e) Exención para delitos cometidos por empleados (art. 31 bis 5)⁶.

En el caso de delitos cometidos por empleados la exención operará si se ha adoptado y ha ejecutado eficazmente un modelo de organización, gestión y control que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido.

f) Naturaleza y extensión del plan de prevención⁷.

Se hace especial inciso en las medidas precisas para la articulación ordenada del plan de prevención y los requisitos que requiere el plan de prevención.

g) Atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Artículo 31 quáter⁸.

Se recoge en el artículo 31 bis quáter la atenuación de responsabilidad penal para los supuestos en los que no estuviera articulado el plan de prevención, pero se llevaran a cabo actuaciones tendentes a aminorar los daños antes reflejados en el artículo 31 bis 4.

h) Responsabilidad de sociedades públicas estatales. Nuevo artículo 31 bis quinquies⁹.

Se introduce un segundo apartado en el nuevo artículo 31 bis quinquies para añadir una responsabilidad penal no contemplada hasta ahora de las sociedades públicas es-

⁶ «6. 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 ha ejecutado eficazmente un modelo de organización, gestión y control que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido. En este caso resultará igualmente aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del número 2 de este artículo.»

⁷ «6. El modelo de prevención contendrá las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo.

7. El funcionamiento eficaz del modelo de prevención requiere:

a) De una verificación periódica del mismo 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;

b) de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención.»

⁸ «Solo 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.»

⁹ «2. En el caso de las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del número 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

tatales en el caso de comisión de delitos en su seno, con la salvedad de que solo se les pueden imponer a estas las penas de multa por cuotas o proporcionales y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores, salvo que se aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

3. LÍNEAS GENERALES QUE DEBE SEGUIR LA IMPLANTACIÓN DE UN PLAN DE PREVENCIÓN

Ante esta reforma del Código Penal, que ya está en marcha y que vendrá a definir mejor y con más detalle las consecuencias del delito de directivos y/o empleados, el principal problema que aquí surge es cómo se deben implantar estos planes y por quién. Pues bien, lo que les dicen el legislador y el Estado a las empresas, pequeñas y medianas, es que deben implantar estos planes, a fin de poder estar en condiciones de probar que se hizo lo posible para evitar el daño a terceros. Y solo por la prueba de su existencia, y además de su ejecución, la persona jurídica podrá eximirse de cualquier tipo de responsabilidad penal y civil al tratarse, en su caso, de un acto individual de una persona que trabaja allí y que, pese a la existencia de los planes de control, este los ha burlado y ha cometido un delito causando daño a terceros. Y ello, aunque concurran los requisitos de haber buscado, también, un beneficio a la empresa, ya que esta tenía implantados estos planes, que han sido obviados por el directivo o empleado.

Estos planes podrán ser implantados por agentes externos a la empresa, lo que ocurre en muchas empresas australianas, donde fueron los primeros que pusieron en marcha este sistema de autocontrol empresarial en la prevención y evitación del delito dentro de ellas, de tal manera que existe una subcontrata a una empresa de servicios que les implanta el plan de prevención y es la que se encarga de su control de cumplimiento y su ejecución. Sin embargo, otras optan por ser ellas las que en su seno se encargan de hacerlo mediante la cobertura de un área específica en la que destaca la figura del «*keeping track*», que es el director de esta oficina del plan de prevención, que tiene como función dar cumplimiento a esta novedad, asumida desde hace tiempo en el mundo anglosajón.

En este sentido, nos aparece la formación continuada en la empresa como un elemento o factor tenido en cuenta como excluyente de la responsabilidad de la empresa. Nótese que en la actualidad, y por la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010, que reformó el Código Penal, el párrafo 2.º del apartado 1.º del artículo 31 bis permite la exoneración de la empresa en el caso de que la conducta de los empleados se llevara pese a la existencia de mecanismos de control. Y es precisamente por la existencia de estos planes por lo que la empresa eludirá su responsabilidad. De ahí la importancia de que estas se conciencien de que es importante ponerlos en marcha, ya que nunca se sabe cuándo un directivo o empleado suyos pueden actuar con irresponsabilidad y derivarles la responsabilidad.

Por ello, podemos observar varias características o directrices en el deber de cumplimiento por las empresas del plan de prevención que las exonere de responsabilidad en los dos supuestos del apartado 1.º del artículo 31 bis del Código Penal, y que son las siguientes:

1. Exigencia a los directivos de las empresas de intensificar los mecanismos de prevención.
2. Los directivos son el áter ego de las empresas y son los responsables de establecer una formación continuada en las empresas tanto a sus empleados como a sus propios directivos, los representantes de la sociedad y sus administradores de hecho o de derecho, lo que tiene una gran significación en empresas con un sistema de sucursales o delegaciones. Piénsese, por ejemplo, en la gran responsabilidad del sistema del plan de prevención que tienen grandes empresas implantadas en todo el país, ya que ¿la imputación objetiva de un resultado se habrá de predicar de una sola organización o de toda la red de organizaciones en las que la organización está inmersa? Destacamos que el problema se da, así, en estructuras complejas de empresas que actúan en el ámbito de una red de empresas matrices y filiales. Y es que entendemos que, con la ley en la mano, la actuación delictiva de uno de ellos se aplicaría a todo el conjunto, ya que la norma no distingue entre empresas complejas o sencillas, de ahí que la obligación de implantar el plan de prevención es mayor cuanto más grande es la organización o distribución interna de la empresa por el sistema de sucursales o delegaciones.
3. Deben implantar mecanismos de prevención jurídica y formativa.
4. Los deberes de *compliance* (cumplimiento normativo).
5. Deber de observar que se cumpla el derecho en la empresa.
6. Necesidad de implantar un plan de prevención jurídica.
7. Acreditado el plan de control, se exime de responsabilidad a la empresa tanto en la actuación de directivos como de empleados, pero no solo se debe vigilar que el sistema se instale, sino que se ejecute, ya que, para la exoneración de responsabilidad, se deberá acreditar ante el juez de instrucción tanto uno como otro; y, dado que se funda este sistema de exigencia de responsabilidad en la objetivización por la existencia del riesgo de que en la empresa sea posible la actuación delictiva por sus directivos y/o empleados, es carga de la empresa estar en condiciones de demostrarlo. La fiscalía deberá demostrar la acción delictiva y que esta se lleva a cabo en provecho de la empresa, pero deberá demostrarlo la propia empresa si quiere exonerarse de responsabilidad y demostrar que el sistema implantado funciona.
8. Es lo que se denomina la técnica de la preconstitución de la prueba; es decir, estar en condiciones de probar con antelación a que ocurra el hecho delictivo que el plan de prevención está en vigor y que, además, está funcionando tanto para directivos como para empleados.
9. En el derecho comparado es clásica en el cumplimiento de esta obligación empresarial la técnica del *compliance program* (cumplimiento normativo de un plan de prevención), por lo que el derecho comparado, especialmente los sistemas de punición angloamericanos, muestra un desenvolvimiento que ha llevado a institucionalizar la elaboración de los programas de cumplimiento de las normas (*compliance programs*).

10. La corporación puede justificar un comportamiento suficientemente diligente en orden a su exoneración de responsabilidad.
11. Al final lo que se está castigando es el abandono de la empresa de sus deberes formativos y de control.
12. Esta reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, aunque ha sido objeto de serias críticas por trasladar el principio de la culpabilidad a la empresa como persona jurídica, obligará a las empresas con mayor complejidad o con filiales o sucursales a intensificar sus programas formativos o planes de prevención jurídica que le eviten responsabilidades por hechos ajenos, ya que, como hemos dicho, y destaca la mayoría doctrinal, las grandes empresas y las que, sobre todo, tengan sucursales o delegaciones son un ejemplo claro de esta técnica que se exige desde la Ley Orgánica 5/2010, al suponer una organización amplia y compleja que incluye el riesgo de las dificultades de control interno.
13. Habrá que vigilar que las pólizas de seguro de responsabilidad civil de las empresas se extiendan o alcancen la derivada por los delitos cometidos por sus directivos y/o empleados.
14. Es necesario trasladar a las empresas la denominada *compliance culture*, o la cultura de implantar en las mismas los programas de cumplimiento normativo.

Por todo ello, puede asegurarse que el Estado ha obligado al sector empresarial a implantar el programa de prevención, pero, sin embargo, no le ha dicho a este sector cómo debe hacerlo. Y resulta curioso que, al final, quien lo tendrá que validar será el juez cuando se haya cometido un delito por directivos o empleados, y acredite al juez, cuando se le impute por ello, que el *compliance program* estaba implementado y en ejecución. Lo correcto hubiera sido desarrollar por vía reglamentaria el plan de prevención o programa normativo para evitar que existan diferentes sistemas autoimpuestos por las empresas y sin que estas sepan o adivinen qué grado de suficiencia se les va a exigir en esta obligación que les traslada el Estado, aunque ahora con la reforma del Código Penal a la que hacíamos mención al comienzo de las presentes líneas se definen mejor los objetivos y circunstancias de este plan.

Sin embargo, pocos autores se han atrevido a ir adelantando las líneas de este programa, destacándose, sin embargo, los que a continuación se citan, siguiendo a GÓMEZ JARA:

- a) Código de conducta escrito.
- b) Supervisión de esfuerzos de cumplimiento por personal cualificado.
- c) Reforzamiento mediante sistemas efectivos de control y auditoría.
- d) Reforzamiento mediante procedimientos disciplinarios.
- e) Adopción de medidas cautelares tras detección de una infracción.
- f) Seguimiento de una formación continuada a directivos y empleados.

- g) Comunicación efectiva de los estándares y procedimientos de los códigos de conducta.

A estas podemos añadir las siguientes:

- h) Implementación de un programa específico diferente de formación y prevención para directivos y para empleados, a fin de fijar marcos de prevención distintos porque distintas son sus vías de actuación y posibilidades de actuación delictiva.
- i) Formación específica obligatoria en los tipos penales que a la empresa le genera responsabilidad antes expuestos en el listado.
- j) Elemento importante a tener en cuenta en las empresas: en las empresas en las que sea posible debería designarse un nuevo cargo o puesto de trabajo denominado «director de implementación de los planes de cumplimiento normativo», lo que haría más evidente el cumplimiento de esta obligación empresarial, sobre todo en las grandes empresas. Por ello, en el derecho comparado, en los países donde ya se han implantado estos programas normativos por las grandes empresas, estas han incorporado a sus equipos los denominados *team of dedicated compliance staff*, es decir, equipos técnicos destinados a la elaboración y aplicación de los programas de cumplimiento normativo.
- k) Estar en condiciones de acreditar el *conducting regular trade practices compliance risk assessments and compliance program reviews*, o cumplimiento de la ejecución de prácticas regulares de evaluación interna empresarial de la revisión de sus propios programas de cumplimiento normativo, lo que quiere decir que se esté en condiciones de ir revisando sus propios programas con la actualización de la normativa aplicable del desarrollo de las funciones de sus directivos y empleados; programas de cumplimiento que deberían ser obligatorios en su seguimiento por estos, no voluntarios, ya que en este último caso podría decirse como alegato de que no se exonerase a la empresa de responsabilidad por la fiscalía que una cosa es que el programa esté implantado y otra que el programa se ejecute, ya que siendo voluntario no se acreditaría su ejecución, y tampoco la revisión y actualización de sus contenidos, lo que se destaca con el punto que ahora señalamos.
- l) Estar en condiciones de acreditar la obligación del *designing detailed guidelines and procedures for different business units that face operational trade practices risks*; es decir, un diseño detallado de las directrices y procedimientos de las diferentes unidades de negocio, ya que es preciso especificar los programas de cumplimiento normativo concretos para determinadas áreas, evitando los riesgos de la empresa de que se incurra en responsabilidades por no individualizar las tareas que existen en la empresa y fijar las directrices claras de cumplimiento y ejecución laboral de directivos y empleados.
- ll) Las grandes empresas deberían estar en condiciones de tener designado el director del *keeping track* o persona encargada de conocer qué está pasando en la empresa a alguna persona, directivo o empleado, o a las operaciones que se llevan a cabo. Es el director de operaciones de conocimiento y detección de posibles fallos de importan-

cia en la conducta de directivos y/o empleados, que pueda trasladar a sus mandos de gobierno la detección, por ejemplo, de posibles conductas irregulares en la empresa.

- m) Visión estratégica en el *compliance program* para estar conectado con las metas estratégicas de la compañía. Es lo que se denomina en el derecho comparado en los países que lo tienen implantado la *strategic vision*. Deben utilizarse así *benchmarks for implementation* o adecuación del programa de cumplimiento normativo a lo que son los parámetros de ejecución del mismo, que deben estar conectados o relacionados con los objetivos de la propia empresa.
- n) Sistema de evaluación de riesgos o *risk assessment*. En este sentido, la empresa debe estar en condiciones de evaluar de forma periódica el sistema de riesgos de caer en responsabilidad por la actuación de directivos y/o empleados. Además, debe adecuarlo a cada esfera de negocio de su empresa. Dentro de esta área se focaliza también el programa de *continuous improvement*, o autoevaluación del rendimiento empresarial, para asegurarse de que el sistema implantado es el adecuado en cada momento para sus operaciones.
- ñ) Puntos de control o *control points*. Dentro del programa de cumplimiento normativo se establecen puntos de control para individualizar cuáles son los riesgos que pueden existir, por lo que se refuerza el establecimiento del control del comportamiento de la empresa en diferentes áreas, a fin de individualizar el control según cada área de la empresa, estableciendo un programa general que se olvide de las particularidades de áreas concretas de la empresa.
- o) Documentación adecuada del programa de cumplimiento normativo. Es fundamental que se elabore por la empresa un soporte documental acerca del programa de cumplimiento normativo, lo que conlleva que este debe estar escrito y que la documentación debe estar en poder de directivos y empleados.
- p) Particularidades y ventajas de la puesta en marcha del *compliance program*. La correcta implementación de los programas de cumplimiento normativo, según la *Australian Competition and Consumer Commission*, tiene unos objetivos que llevar a cabo y que son:
 - 1. El compromiso de cumplir la puesta en marcha de estos programas o *commitment to comply*. Así, las empresas deben desarrollar una disposición o compromiso para dirigir los temas de cumplimiento normativo y asignar los recursos para alcanzarlo.
 - 2. El compromiso de cumplimiento normativo tiene la ventaja en aquellas empresas que lo implementan primero, ya que consiguen lo que se llama el *compliance know-how*. El *know-how* es una expresión utilizada en el sector empresarial que cualifica al que sabe cómo debe hacerse algo; esto es, cómo hacer las cosas en una empresa para que esta sea altamente productiva.
 - 3. Considerar que el cumplimiento normativo como programa de prevención es una práctica más del negocio o *compliance as business practice*. Se trata

de incorporar a la política de la empresa que la puesta en marcha de estos programas forma parte de los objetivos de la empresa.

4. El correcto cumplimiento del programa normativo no solo actúa como un factor preventivo o correctivo de responsabilidades penales de la empresa, sino que se entiende como un *business benefits*, a saber:
 - a') Un efectivo programa de cumplimiento normativo en la empresa e implantar en esta la cultura de este cumplimiento normativo por toda la organización tiene un efecto potenciador del negocio en sí mismo.
 - b') El mayor conocimiento de los factores de riesgo en la empresa sirve para proporcionar a la compañía mayores ventajas competitivas.
 - c') El grupo debe ser consciente de sus derechos y obligaciones, lo que repercute positivamente en el servicio al cliente y se está más alerta a la hora de enfrentarse y/o prevenir conductas ilegales.
 - d') Además, se reducen y evitan los efectos negativos de los litigios penales en los que pueda estar implicada la empresa. Recordemos que si surgiera la comisión de un delito por sus directivos o empleados, la compañía podría estar en disposición de demostrar que ha articulado un adecuado programa normativo, ya que hemos recordado que si se ha implantado correctamente, debe interesarse el archivo de la causa en el juzgado de instrucción en lo que respecta a la implicación de la propia empresa, y que si ha delinquido un directivo o empleado, sea él el que asuma su responsabilidad personal, pero sin implicar a la empresa.
 - e') Es importante mantener la reputación de la empresa, ya que un incidente delictivo de directivos o empleados puede destrozar el trabajo de muchos años y que los clientes de la empresa desconfíen de sus productos, lo que se evitará con un buen programa normativo. A veces se pone el énfasis en los productos de la empresa pero se olvida invertir en esta obligación.
- q) La autoevaluación del directivo o empleado. La empresa americana IFAC destaca como uno de los puntos centrales de los programas de cumplimiento normativo el denominado *self-assessment*, o sistema de autoevaluación de directivos y empleados. Por ello, las empresas donde se implanta esta obligación presentan a los mismos un cuestionario de autoevaluación que deben cumplimentar periódicamente acerca de cuál es su conducta a la hora de cumplir las normas presentadas por su empresa, lo que supone un reconocimiento expreso de si se está llevando a cabo este cumplimiento.
- r) La empresa debe estar en condiciones de buscar, prevenir, detectar y resolver posibles conductas delictivas dentro de la empresa.