

SERIE DE TESTS DE *COMPLIANCE* / 8

Cinco cuestiones clave sobre:  
**Evaluación del modelo de  
prevención penal español**  
(General)

[www.kpmgcumplimientolegal.es](http://www.kpmgcumplimientolegal.es)

**KPMG**

cutting through complexity

© 2015

**Serie tests de *Compliance* –8 – Cinco cuestiones clave sobre: Evaluación del modelo de prevención penal español** es propiedad intelectual del autor, estando prohibida la reproducción total o parcial del documento o su contenido sin su consentimiento expreso, así como su difusión por cualquier medio, incluyendo, de forma no limitativa, los soportes en papel, magnéticos, ópticos, el acceso telemático o de cualquier otra forma que resulte idónea para su difusión y conocimiento público.

El test planteado recoge únicamente algunas de las cuestiones de índole general que pueden resultar de utilidad a efectos de evaluación. No es un test completo ni tiene como objeto ser utilizado para la adopción de decisiones.

La información contenida en esta publicación constituye, salvo error u omisión involuntarios, la opinión del autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que no constituye en modo alguno asesoramiento y que subordina tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado. Los tests planteados sólo recogen algunas cuestiones de índole general, que pueden ser de utilidad a meros efectos informativos. Pero los contenidos de dichos tests no pretenden ser exhaustivos y sólo reflejan el entendimiento del autor de los aspectos que considera más relevantes respecto de las materias tratadas. El autor no se responsabiliza de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones e informaciones contenidas en este documento.

## No son cinco cuestiones clave sino seis



**Alain Casanovas**  
Socio de KPMG  
Abogados

acasanovas@kpmg.es



En el año 2010 se introdujo en España el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trataba de una figura nueva, pues hasta entonces regía el conocido axioma *societas delinquere non potest*. Como decían los clásicos, las sociedades no eran imputables penalmente al carecer de cuerpo que castigar y alma que condenar.

Lo cierto es que una novedad de este calado se introdujo mediante un régimen somero en exceso, que amparó toda suerte de interpretaciones, como la que emitió la Fiscalía General del Estado en su célebre Circular 1/2011 y que tan poco contribuyó a la temprana consolidación de los modelos de prevención penal en España, al poner en tela de juicio sus efectos. No es de extrañar que, transcurridos menos de cinco años desde aquella novedad, se aprobase en marzo de 2015 una modificación del Código Penal afectando a esta materia. Para algunos, el nuevo texto sólo clarificaba y detallaba el régimen que con tan poca fortuna se esbozó en el año 2010; pero, para otros, la modificación entrañaba un auténtico cambio de paradigma, otorgando a los modelos de prevención penal de las empresas una importancia capital de la que antes carecían.

En cualquier caso, y dejando de lado los debates doctrinales, está claro que la modificación del Código Penal Español, en vigor a partir del día 1 de Julio de 2015, prácticamente obliga a disponer de modelos de prevención penal, no porque lo exija literalmente, sino porque su ausencia conlleva la imposibilidad de que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal cuando se cometen ciertos delitos en su seno.

Como veremos en este Test, las características de los modelos de prevención penal en España no son excesivamente complejos comparados, por ejemplo, con los modelos anti-soborno exigidos en otras jurisdicciones, o con los modelos de *Compliance* diseñados sobre la base de los estándares internacionales más modernos (ISO 19600 e ISO 37001). Sin embargo, la aparente simplicidad de los modelos de prevención penal españoles conlleva que su adecuación pueda ser fácilmente cuestionada, a menos que su contenido se desarrolle de manera apropiada, bastante más allá de lo que se intuye de la mera lectura del artículo 31bis del Código Penal.

En este Test trataré los requisitos esenciales que debe cumplir un modelo de prevención penal corporativo, al hilo de lo regulado en el Código Penal. A los cinco requisitos esenciales que fijaba el Proyecto de modificación en su redacción inicial, se sumó al final de su tramitación parlamentaria un sexto, de modo que este Test es el único de la Serie que en lugar de abordar cinco cuestiones clave, tratará seis.

Sin perjuicio de lo anterior, algunos de los seis requisitos que contempla el artículo 31 bis del Código Penal merecen un análisis más detallado y, por eso, los desarrollaré de manera monográfica en los tests siguientes de esta misma Serie. Esto te ayudará no sólo a valorar modelos de prevención penal, sino a profundizar en algunos de sus requisitos, considerando las mejores prácticas al respecto.

# Índice

0.	Test básico	4
1.	¿Está documentado el modelo de prevención penal y el órgano que deberá operarlo?	6
2.	¿Se ha desarrollado adecuadamente un risk assessment penal?	8
3.	¿Está protocolizado el proceso de toma de decisiones?	11
4.	¿Existe una adecuada gestión de recursos financieros?	13
5.	¿Existe la obligación de informar de riesgos e incumplimientos?	15
6.	¿Existe un sistema disciplinario?	17
7.	¿Se verifica periódicamente el modelo?	19

# Test básico

## Instrucciones

Completa el siguiente cuestionario poniendo una cruz en la casilla que corresponda a tu valoración estimada respecto de cada pregunta. De este modo, la puntuación mínima (1) significa la negación absoluta de la cuestión planteada, mientras que la máxima (5) equivale a una afirmación taxativa de la misma. Dentro de este margen, marca la puntuación que mejor refleje tu opinión.

Antes de responder a las preguntas, **lee detenidamente los criterios acerca de cada una de ellas que se desarrollan en las páginas siguientes.**

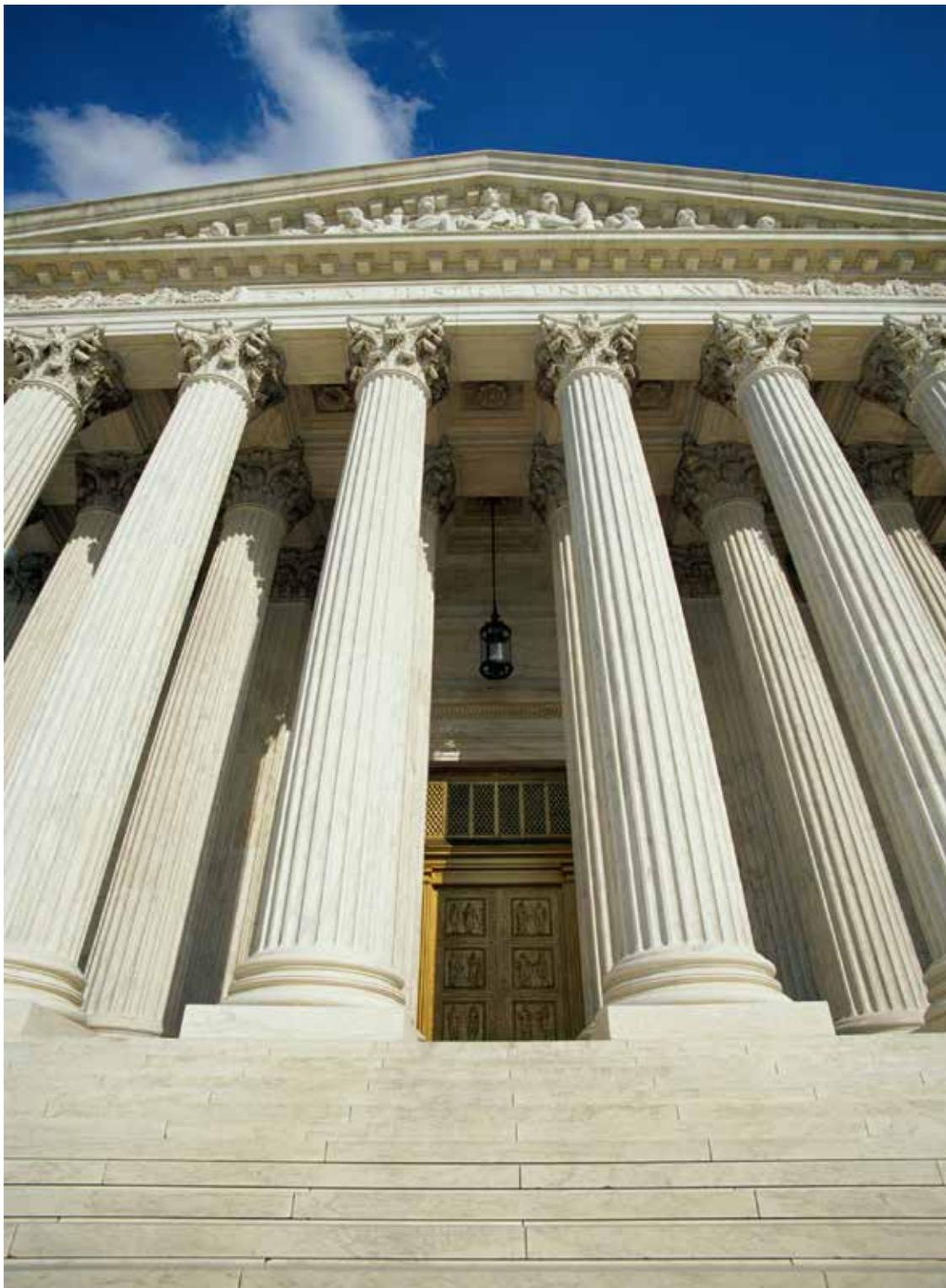
### EVALUACIÓN BÁSICA DE LOS REPORTES DE CUMPLIMIENTO

	1	2	3	4	5
1 ¿Se ha desarrollado adecuadamente un risk assessment penal?					
2 ¿Está protocolizado el proceso de toma de decisiones?					
3 ¿Existe una adecuada gestión de recursos financieros?					
4 ¿Existe la obligación de informar de riesgos e incumplimientos?					
5 ¿Existe un sistema disciplinario?					
6 ¿Se verifica periódicamente el modelo?					
<b>Puntuación resultado del test</b>					

### Evaluación del resultado

Asigna a cada pregunta la puntuación correspondiente a la numeración de la casilla marcada como respuesta más apropiada. Así, la puntuación mínima del test en su conjunto es de 6 puntos, mientras que la máxima es de 30.

- Entre 6 y 12 puntos** Modelo de prevención penal prácticamente inexistente o muy deficiente. Requiere ejecutar urgentemente un plan de definición o rediseño.
- Entre 12 y 18 puntos** Modelo de prevención penal deficiente, con aspectos importantes que mejorar. Debe completarse su contenido de manera sustancial.
- Entre 18 y 24 puntos** Modelo de prevención penal que incorpora requisitos esenciales pero sobre el que debería continuar trabajándose para completarlo.
- Entre 24 y 30 puntos** Modelo de *Compliance* razonablemente definido en todos o buena parte de sus aspectos sustanciales (salvo que exista puntuación 1 en alguna de las preguntas).



# 1. ¿Está documentado el modelo de prevención penal y el órgano que deberá operarlo

## Claves de interpretación

Este Test es distinto de los anteriores de la misma Serie al existir una pregunta básica –ésta– que condiciona seguir con el resto.

Fíjate que el apartado 2 del artículo 31 bis del Código penal supedita la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica a varias condiciones, de las cuales dos de ellas pueden ser objeto de **comprobación apriorística**, es decir, sin necesidad de que concurra un supuesto de hecho concreto (comisión de un delito) para valorarlas. Son los numerales 1º y 2º del artículo 31 bis, que determinan tanto la necesidad de un modelo de organización y gestión (modelo de prevención penal), como su supervisión por parte de un órgano de la persona jurídica:

### Código Penal. Artículo 31 bis, apartado 2.

2. 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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;

...

Por consiguiente, no tiene sentido entrar a verificar la concurrencia de los requisitos que el Código Penal exige más adelante a dicho modelo, si realmente no existe o, existiendo, nadie es responsable de su supervisión. El Código Penal no exige que el modelo, como tal, esté soportado documentalmente, aunque siendo interés de la persona jurídica **acreditar su existencia para** defender la exoneración de su responsabilidad criminal, es claro que lo habitual será representarlo explícitamente.

Por lo tanto, comprueba si existen evidencias documentales suficientes que demuestren la existencia del modelo y la atribución de su supervisión a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y gestión. El Código Penal no sigue nomenclatura internacional y se refiere exclusivamente a la **autonomía** de la función, cuando su **independencia** es una característica tanto o más importante que aquella. En relación con ambos conceptos, consulta el Test número 1 de esta misma Serie. En cualquier caso, valora si concurren ambas cualidades en el modelo que estés revisando.

El tenor literal del artículo 31 bis puede inducir a confusión cuando se refiere a la “supervisión” del modelo en lugar de a su “operación”; y prevé que ese cometido pueda desarrollarlo aquel órgano que tenga legalmente encomendada la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. En su conjunto, parecería que la **Comisión de Auditoría** de las sociedades cotizadas, por ejemplo, es una candidata ideal a órgano de prevención penal, cuando normalmente carece de la operatividad que precisa la gestión diaria del modelo. La prevención penal requiere una **atención continuada** que trasciende de las reuniones espaciadas que normalmente celebran las comisiones delegadas del Consejo de Administración. De ahí que una solución bastante común en sociedades cotizadas españolas es que la Comisión de Auditoría **supervise** la ejecución del modelo de prevención penal confiado a un órgano *ad-hoc*, de naturaleza claramente **operativa**. Por otra parte, que ese órgano operativo coincida con el departamento de auditoría interna ya existente -también reportando a la Comisión de auditoría-, no parece lo más ortodoxo al mezclar cometidos propios de la **segunda línea de defensa** (los que debería asumir el órgano de prevención penal) con los de la **tercera** (propios de la auditoría interna), en detrimento de la robustez de la estructura de control en su conjunto.

En las denominadas “**personas jurídicas de pequeñas dimensiones**”; esto es, las que presentan cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, el propio órgano de administración puede hacer las veces de órgano de prevención penal, lo cual es más una solución forzada por las circunstancias que una opción solvente de control.

Comprueba si existen evidencias suficientes que refrenden la existencia del modelo y que se haya encomendado formalmente a un órgano con las características adecuadas. Puesto que es el propio órgano de administración el que debe adoptar el modelo de prevención penal, cabría esperar un **acuerdo formal** en cuanto a dicho extremo. Si tienes dificultades en localizar esta documentación, será mejor que no continúes con el Test.

## 2. ¿Se ha desarrollado adecuadamente un risk assessment penal?

### Claves de interpretación

El denominado “*risk assessment*” constituye una pieza clave de todo modelo de *Compliance*, pues difícilmente será eficaz cuando no se han identificado los riesgos sobre los que debe proyectarse. Y es esa, precisamente la esencia del numeral 1º del apartado 5 del artículo 31 bis, con su redacción alejada de tecnicismos:

#### Código Penal. Artículo 31 bis, apartado 5 numeral 1º.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:
  - 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

...

Un *risk assessment* correctamente ejecutado no sólo permitirá **conocer** y **priorizar** los **riesgos penales** a los que se expone la organización sino, además, en el contexto de qué actividades pueden darse y, por lo tanto, los colectivos afectados por ellos. Esto permite una **asignación eficiente de recursos**, dedicándolos a las amenazas más importantes y estableciendo políticas, procedimientos y controles sobre las tareas y grupos de riesgo. Lo contrario no sólo es **ineficiente**, sino un despilfarro de recursos susceptible de interpretarse, en los casos más exagerados, como **administración desleal** –no alineada con los intereses societarios- o **negligente**.

Siendo el *risk assessment* una pieza capital del modelo de prevención penal, dedicaré el Test número 9 de esta Serie a profundizar sobre sus características. Sin embargo, es ahora importante que tomes nota de cuatro aspectos básicos que debería contemplar:

- La **conclusión** respecto de cada conducta de riesgo (delito o incluso modalidad de comisión) en términos de **amenaza** para la

organización. Normalmente los riesgos se evalúan en términos de **probabilidad** de comisión y sus **consecuencias**, aunque también se recurre a la **severidad** como valor resultante de ambos parámetros. Suele distinguirse entre el riesgo sectorial o **bruto**, y el propio de la organización (considerando el efecto de sus controles), llamado residual o **neto**. Esta conclusión permite priorizar los riesgos penales para hacer luego una asignación responsable de recursos para su prevención y detección.

- Sin embargo, el **valor** de tal conclusión dependerá en gran medida de **quién** y **cómo** se haya alcanzado. Su fiabilidad es proporcional al grado de conocimiento de la organización y sus procesos, de las personas involucradas en ese análisis y, por eso, tal dato es tanto o más valioso que la conclusión en sí misma. Como verás en el Test número 9 de esta Serie, existen colectivos que, pudiendo estar involucrados en este tipo de estudios, no son los apropiados para concluir sobre ciertos riesgos.
- El **razonamiento** que condujo al juicio de probabilidad y consecuencias (o severidad) es también relevante, por cuanto denota el grado de reflexión y destierra la superficialidad del análisis.
- Finalmente, y dado que el *risk assessment* tiene una marcada vocación práctica, señalará que **actividades** –y **colectivos**– se ven afectados por los riesgos identificados, pues sobre ellos procederá aplicar las medidas de vigilancia y control oportunas, según su priorización.

Aunque las metodologías de *risk assessment* llevan tiempo aplicándose en diferentes ámbitos de la empresa, para analizar los riesgos penales es preciso conocer bien las modalidades de **comisión** o **participación** en los delitos, y la eventual capacidad de incurrir en ellos **fuera de España**. Ambas circunstancias se relacionan con llamado riesgo de “contaminación” o “contagio”, esto es, la posibilidad de verse afectado por un delito no cometido directamente, producido incluso en el extranjero. La **falta de supervisión** sobre aquellos **terceros** que se hallan sometidos a la autoridad de los administradores es una fuente de este tipo de riesgos. Bajo esta óptica, las probabilidades de comisión del inventario de delitos aplicables a la persona jurídica se incrementan más de lo que inicialmente pudiera parecer.

Si te encuentras con un *risk assessment* “**sesgado**”, esto es, que excluye *a priori* del análisis algunos delitos aparentemente desvinculados de la actividad empresarial ordinaria, trata de localizar el documento que razone esa decisión, pues podría ser fruto de una **reflexión precipitada** o **insuficientemente justificada**. Si algún día se produce alguno de los ilícitos sesgados, se echará en falta esa evidencia documental.

Como verás en el Test número 9 de esta Serie, el *risk assessment* puede enriquecerse con muchas más informaciones adicionales, o incluso tratar de objetivarlo asignando **valores numéricos** a los elementos que determinan la probabilidad de comisión de las conductas de riesgo y sus consecuencias: es lo que coloquialmente se denomina “escorizar” (anglicismo proveniente del término “*scoring*”), y facilita aplicar luego técnicas de análisis estadístico. Pero no olvides que, a pesar de lo efectista de la modelización numérica, la **robustez** del análisis sigue residiendo en los cuatro pilares que he explicado antes.

A efectos de esta pregunta del Test, comprueba si se ha desarrollado un *risk assessment* según las características generales indicadas, y si se encuentra adecuadamente documentado.



## 3. ¿Está protocolizado el proceso de toma de decisiones?

### Claves de interpretación

La *discrecionalidad empresarial* que viene consagrada en la Ley de Sociedades de Capital precisa, sin embargo, que las decisiones sean adoptadas siguiendo procedimientos adecuados. La finalidad no es otra que evitar la **asunción imprudente de riesgos** susceptible de causar daños tanto a la propia sociedad como a terceros. En derecho comparado, la denominada "**Business Judgement Rule**" no pretende criminalizar los errores empresariales, sino valorar hasta qué punto se tomaron las cautelas precisas para reducir a un nivel aceptable su **riesgo inherente**. La normativa mercantil y la penal convergen en filosofía, tratando de frenar la adopción imprudente o incluso dolosa de decisiones empresariales y, por eso, inciden ambas en la necesidad de seguir protocolos razonables a tales efectos. El numeral 2º del apartado 5 del artículo 31 bis es muy representativo a estos efectos:

#### Código Penal. Artículo 31 bis, apartado 5 numeral 2º.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.º del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:
  - ...
  - 2.º 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.
  - ...

Se infiere de este precepto la necesidad de dotarse de **procedimientos de formación de la voluntad** en la toma de decisiones susceptibles de ser enjuiciadas más tarde en sede penal. De hecho, la existencia de tales protocolos es cuanto más necesaria según el orden de priorización de delitos resultante del *risk assessment*: no se comprenderá que delitos con probabilidad de comisión y/o impacto elevados no tuvieran asociados este tipo de salvaguardas.

Existen varios aspectos que son habituales en este tipo de procedimientos, como son los tendentes a incrementar el **número de personas** que participan en la toma y ejecución de decisiones, o los que guardan relación con su **documentación**.

En cuanto al **número de personas**, se trata de evitar la **concentración** de las facultades de decisión y ejecución en un mismo sujeto, pues esa discrecionalidad puede incluso favorecer conductas fraudulentas. Es, precisamente, lo que pretende el conocido **principio de segregación de funciones**, llamado a evitar que una sola persona domine todas las fases de una transacción. Esto se consigue asignando a sujetos distintos las capacidades de adoptar una decisión, registrarla contablemente, autorizar el pago o realizarlo, por ejemplo. Este principio puede interactuar con una política de apoderamientos, que limite o supedite actuaciones dentro de esta cadena. Todavía es más robusto el protocolo cuando se contempla la **intervención de terceros**, normalmente en el proceso de adopción de decisiones: aquellas que se han considerado de riesgo alto pueden requerir la opinión de **expertos independientes**, en ocasiones de manera redundante.

En cuanto a la documentación, tanto el **protocolo** como el resultado de su **ejecución** ante casos concretos debería hallarse adecuadamente **formalizado y archivado**.

Desde una perspectiva crítica, hay quien dice que la complejidad de estos protocolos ralentiza la gestión empresarial y, por lo tanto, lleva a la **pérdida de competitividad**. Existiendo este riesgo, sus contenidos serán prudentemente aquilatados y proporcionales a los riesgos que se pretenden cubrir.

A los efectos de esta pregunta del test, verifica si los delitos con probabilidad de comisión llevan aparejados procesos de adopción de decisiones con los requisitos indicados en cuanto a las personas que participan en los mismos y cómo se documentan.

## 4. ¿Existe una adecuada gestión de recursos financieros?

### Claves de interpretación

El numeral 3º del apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal hace referencia a los **modelos de gestión de recursos financieros**, requisito que puede interpretarse en diferentes claves, como explicaré a continuación.

#### Código Penal. Artículo 31 bis, apartado 5 numeral 3º.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

...

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

...

Puesto que perpetrar algunos delitos imputables a la persona jurídica precisa manejar **flujos económicos**, es obvio que un adecuado control financiero constituye una forma básica de prevención y detección. De ahí que una lectura del tenor literal de este artículo lleve a interpretarlo en clave de **modelos de control financiero**, tal como hizo la normativa norteamericana en su famosa Sarbanes-Oxley Act del año 2002, promulgada para evitar que se reprodujeran los escándalos financieros que azotaron a la sociedad norteamericana en el inicio de siglo. Al hilo de esa norma, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) señaló que un adecuado modelo a tales efectos era el propuesto por COSO en su famoso framework. El COSO framework se convirtió, desde entonces, en el patrón de referencia en cuanto al **control financiero**, hasta el punto que órganos reguladores de diferentes países se inspiraron en él para trazar **sistemas de control interno de la información financiera** para sociedades cotizadas. Sin que sea necesario recurrir a estos modelos francamente robustos, pensados para organizaciones de cierto tamaño o complejidad, es verdad que la vigilancia de los flujos económicos ayuda mucho a la prevención penal. No obstante, no cometes el error de circunscribirte a esa esfera,

igualando un modelo de control financiero con uno de control penal, pues es bien sabido que muchos delitos aplicables a la persona jurídica no guardan relación directa con los flujos económicos.

Sin perjuicio de lo anterior, también cabe interpretar el numeral 3º que estoy tratando como la necesidad de que el modelo de prevención penal esté **dotado de los recursos financieros** que le permitan operar correctamente sus labores de prevención. Sobre este particular, me remito a lo que comenté en el Test número 1 de esta Serie. Interpretando el artículo 31 bis bajo esta óptica, el propio modelo de prevención penal contemplaría la estructura de financiación que le permitiría acometer sus objetivos de manera razonable.

Normalmente, la existencia de recursos vendrá avalada por una **partida presupuestaria** que deje traza en los estados financieros. De este modo, constituyen buenas prácticas tanto la elaboración de un presupuesto anual de *compliance* penal –con desglose de los conceptos a los que será destinado-, como la **verificación** final de su correcta aplicación por parte de la tercera línea de defensa, esto es, auditoría interna. Por cierto, no está de más comparar el importe de dicha partida con la de otros gastos de la sociedad, pues constituye un **indicador inequívoco** de la **prioridad real** que otorga la organización a la prevención penal.

Por consiguiente, a los efectos de esta pregunta del Test, valora si existe documentación soporte que acredite la existencia de mecanismos de control de los flujos financieros, así como de la existencia de una asignación presupuestaria suficiente en relación con el modelo de prevención penal y su operación.



## 5. ¿Existe la obligación de informar de riesgos e incumplimientos?

### Claves de interpretación

En los últimos años se han popularizado los llamados **canales de denuncia** o "*whistleblowing lines*", como se les conoce en el mundo anglosajón. En verdad, estos canales tanto sirven para que un órgano específico adquiera conocimiento de denuncias internas, como para atender dudas o inquietudes en diferentes materias. Los **canales de denuncia o líneas éticas** vienen aplicándose en diferentes ámbitos: se exigieron en la *Sarbanes-Oxley Act* norteamericana, pero en relación con irregularidades financieras y de la auditoría. También se recurre a estas fórmulas para la prevención de la discriminación y el acoso laboral, por ejemplo.

La esfera penal también se sumó a la utilización de los canales de denuncia, estando contemplados tanto en directrices nacionales, como son las *US Sentencing Commission Guidelines*, como en estándares internacionales, cual es el caso de la norma ISO 19600 sobre *Compliance Management Systems* (CMS). Desde una perspectiva práctica, los canales de denuncia no son complejos de implantar, y a través de ellos se conocen irregularidades difícilmente detectables a través de otras herramientas más costosas, incluidas las de control financiero. Por todo ello, son mecanismos de control con un ratio eficiencia/coste notablemente elevado.

Aunque se ha llegado a interpretar que el numeral 4º del apartado 5 del artículo 31 bis guarda relación con los canales de denuncia, su literal se limita a exigir que el **modelo de prevención penal** imponga la **obligación** de informar de posibles riesgos e incumplimientos al órgano de prevención penal:

#### Código Penal. Artículo 31 bis, apartado 5 numeral 4º.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

...

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

...

Evidentemente, la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos lleva aparejada la necesidad de establecer procedimientos para hacerlo, que pueden ir desde la mera comunicación verbal al órgano de prevención penal, escalar al superior jerárquico, establecer direcciones postales, números de teléfono específicos o una dirección de email de acceso interno y/o externo. Es más, los estándares más modernos sobre *Compliance* ven con simpatía concurrencia de **varías vías de comunicación** para evitar los eventuales resquemores en la utilización de alguna de ellas en particular. En cualquier caso, asegúrate que los canales existentes respetan la regulación en materia de **protección de datos personales**, especialmente en lo referente a la declaración del fichero, las medidas de seguridad aplicables y los derechos de denunciante y **denunciado**.

Puesto que las disposiciones del Código Penal pueden proyectarse sobre una **diversidad de personas jurídicas**, cada una con necesidades y capacidades diferentes, es lógico que no favorezca un canal específico de comunicación frente al resto, facilitando, de paso, la utilización de aquellos otros que en el futuro nos brinde la evolución de la tecnología.

Sin perjuicio de lo anterior y a los efectos de esta pregunta, no te limites a comprobar si figura documentada y ha sido comunicada la obligación de comunicar riesgos o incumplimientos penales, sino también si los canales establecidos al efecto son suficientes y parecen adecuados al perfil de la organización.

## 6. ¿Existe un sistema disciplinario?

### Claves de interpretación

La existencia de medidas de prevención penal en el seno de la empresa se antoja insuficiente si su incumplimiento no produce **consecuencias negativas para el infractor**. Bajo este axioma obvio, el numeral 5º del apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal determina la necesidad de establecer un sistema disciplinario:

#### Código Penal. Artículo 31 bis, apartado 5 numeral 5º.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

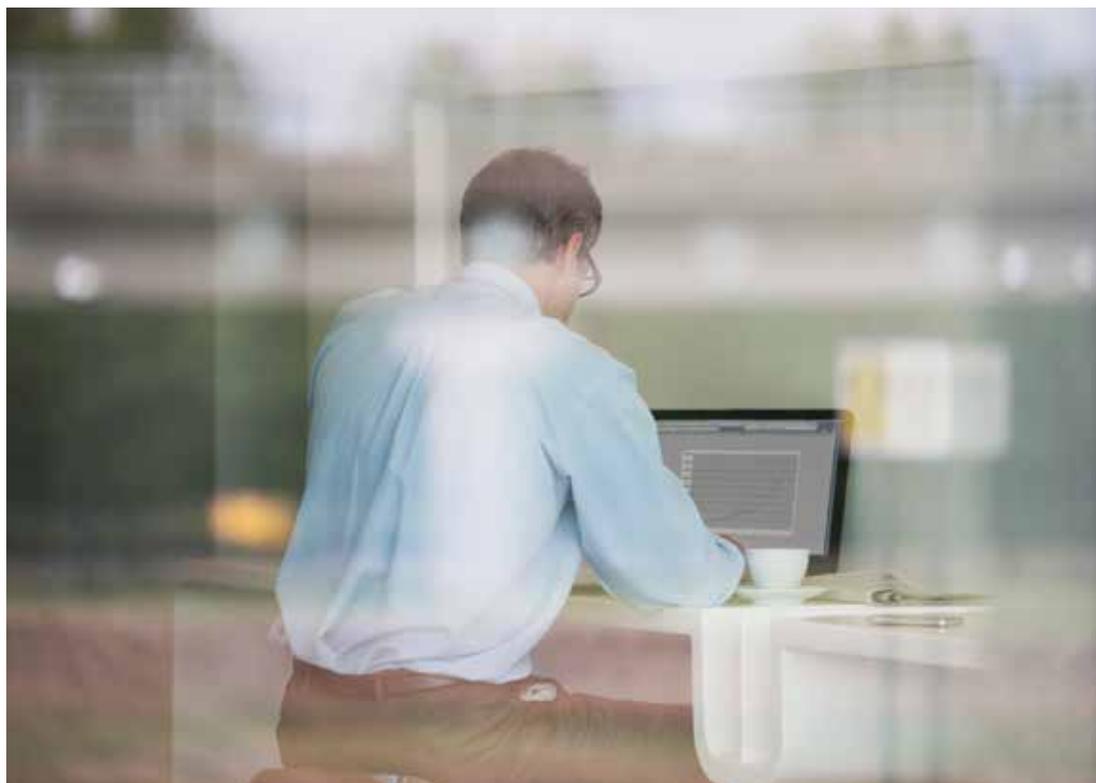
...

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

...

Este requisito se gestiona bien en los **sistemas jurídicos anglosajones**, dotados de notable flexibilidad a la hora de fijar sistemas disciplinarios. Ahora bien, en los sistemas de tradición jurídica continental y, en particular, España, articular un sistema con capacidad de sancionar a los empleados precisa respetar el marco y procedimientos tuitivos de la normativa laboral. Tal circunstancia conduce a que disponer de un sistema disciplinario sea un objetivo notablemente ambicioso para muchas organizaciones, si pretenden trascender de lo establecido en el **Estatuto de los Trabajadores** o en los **convenios colectivos** de aplicación. Cuando esta complejidad constituye una barrera, más sencillo será enlazar con lo regulado en dichos textos y articular, en todo caso, un sistema de medición del perfil de riesgo de las personas de la organización (**risk metrics**), que facilite valorar su evolución laboral (capacidades de promoción a determinados puestos, incentivos, etc), motivando a quienes observen comportamientos alineados con los objetivos de cumplimiento.

Para responder a esta pregunta del Test, comprueba si el modelo de prevención penal hace referencia al régimen sancionador aplicable. Otorga una mayor valoración de la respuesta si existen mecanismos adicionales como sistemas de ***risk metrics***.



## 7. ¿Se verifica periódicamente el modelo?

### Claves de interpretación

Las circunstancias **internas** y **externas** de las organizaciones **varían** con el transcurso del tiempo, siendo preciso adecuar sus estructuras de vigilancia y control a esos cambios. Esta realidad afecta también a los modelos de prevención penal.

Cambios en las **circunstancias internas** pueden ser el desarrollo de nuevos negocios, cambios significativos en el equipo directivo o la plantilla, etc; mientras que los que afectan a las **circunstancias externas** pueden consistir en variaciones en las normas o su interpretación, situación de los mercados, etc.

Según su **naturaleza**, la **verificación** del modelo de prevención penal puede proyectarse:

- Sobre la adecuación de su **diseño**, en el sentido de que se hallen adecuadamente representados los elementos o componentes necesarios de un modelo de prevención penal.
- Sobre su nivel de **implementación**, comprobando si los principios generales representados se han desarrollado mediante políticas, procedimientos y controles cuyo diseño es adecuado para responder a los riesgos que pretenden prevenir, detectar o gestionar.
- Sobre su **eficacia**, contrastando mediante pruebas sustantivas (tests de eficacia) si las políticas, procedimientos y controles se aplican de manera consistente durante un periodo de tiempo. En relación con ello, puede recurrirse a **técnicas de aseguramiento** (auditoría) limitada o razonable.

Atendiendo a quién lleva a cabo la verificación, puede hablarse de **first party reviews** (la propia área/organización afectada), **second party reviews** (otra área/organización de su entorno) o de **third party reviews** (una organización independiente). El nivel de confort de esas revisiones suele seguir este orden.

Finalmente, desde una perspectiva **temporal**, la verificación del modelo de prevención penal puede ser:

- **Programada**, cuando se realiza periódicamente.
- **Sobreenvenida**, cuando viene provocada por un cambio de circunstancias (internas o externas) o la materialización de un incidente penal.

Como verás, en el numeral 6º del apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal sólo se refiere a verificaciones desde esta última perspectiva **temporal**:

### **Código Penal. Artículo 31 bis, apartado 5 numeral 6º.**

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

...

6.º 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.

Aunque esta circunstancia puede amparar revisiones de alcance muy variado, debes contrastar si son **razonables** atendidas las circunstancias de la organización, evitando enfoques **deliberadamente condescendientes** en personas jurídicas capaces de asumir retos mayores en la verificación de su modelo.

En relación con esta pregunta del Test, comprueba si el modelo de prevención penal articula su régimen de revisiones, y solicita documentación para contrastar que se esté ejecutando adecuadamente.

# Serie

## *Test de Compliance*

### Test 1

Cinco cuestiones clave sobre:

#### **Evaluación de la solvencia del modelo de *Compliance***

Existen algunos elementos significativos a la hora de evaluar la solidez de un modelo de *Compliance* tanto transversal (superestructuras de *Compliance*) como específico (sobre un bloque de cumplimiento o aplicable a un sector de actividad). Este test aborda cinco de ellos, que te permitirán formarte rápidamente una idea preliminar sobre la solvencia del modelo.

### Test 2

Cinco cuestiones clave sobre:

#### **La adecuación de una superestructura de *Compliance***

Implementar una superestructura de *Compliance* que permita coordinar de manera sinérgica diferentes áreas de cumplimiento es un objetivo perseguido por cada vez más organizaciones. Sin embargo, estos proyectos de implantación pueden derivar en estructuras poco eficientes cuando no se observan algunas pautas metodológicas. Este test te ayudará a valorar algunos aspectos importantes en el diseño de superestructuras de *Compliance*, que son determinantes de su eficacia.

### Test 3

Cinco cuestiones clave sobre:

#### **Evaluación del modelo de *Policy Management***

La proliferación desordenada de políticas de empresa constituye un fenómeno que afecta negativamente a grandes organizaciones, viendo cómo aquéllas se multiplican y terminan contribuyendo a la confusión más que al orden. Este test versa sobre algunos aspectos esenciales sobre el modo de producir, aprobar, difundir y archivar las políticas de empresa. Atendiendo a estas cuestiones esenciales, podrás conocer hasta qué punto una organización dispone de un modelo de *Policy Management* eficiente.

### Test 4

Cinco cuestiones clave sobre:

#### **La adecuación de los ciclos formativos**

Uno de los cometidos de *Compliance* que gana importancia a pasos agigantados consiste en estructurar ciclos formativos. El diseño y desarrollo de la formación, junto con la ejecución de campañas de sensibilización, constituyen factores de éxito reconocidos en los marcos de referencia sobre *Compliance*. Este test contempla algunos aspectos relevantes para que te permitirán valorar la razonabilidad de los ciclos formativos en este ámbito, y cuáles son sus consecuencias.

### Test 5

#### Cinco cuestiones clave sobre: **La adecuación del *Welcome Pack***

Es importante que las personas que se incorporan en una organización dispongan, tan pronto como sea posible, de la información necesaria acerca de sus valores y directrices de trabajo, incluyendo aquellas que se refieren al ámbito del *Compliance*. Sin embargo, no siempre los *Welcome Packs* establecidos para ello contribuyen a adquirir consciencia de los aspectos realmente importantes sobre el cumplimiento de las normas y los estándares éticos. Este test aborda algunas cuestiones importantes a la hora de definir su contenido y gestionar su entrega.

### Test 6

#### Cinco cuestiones clave sobre: **Evaluación de los reportes de cumplimiento**

La mayor parte de marcos de referencia en materia de *Compliance* no sólo recomiendan un fácil acceso de la función a los órganos directivos de máximo nivel, sino también el reporte periódico de las labores que desarrolla la función. Los reportes de cumplimiento constituyen uno de los pilares de todo modelo de *Compliance* bien estructurado. En este test se tratan cuestiones que ayudan a conocer el nivel de adecuación de estos reportes.

### Test 7

#### Cinco cuestiones clave sobre: **Evaluación del modelo anti-corrupción (estándares internacionales)**

La corrupción en el contexto de las actividades empresariales viene siendo un foco de preocupación constante a nivel internacional, habiéndose emitido un buen número de directrices y normas al respecto. Existen, por lo tanto, guías específicas de *Compliance* que se proyectan en la prevención y detección de conductas corruptas, de aplicación tanto en el sector público como en el privado. A través de este test se abordarán algunas cuestiones básicas que resultan muy indicativas de su aptitud.

### Test 8

#### Cinco cuestiones clave sobre: **Evaluación del modelo de prevención penal español - General**

La modificación del Código Penal español que entró en vigor el 23 de diciembre de 2011 introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde entonces, las empresas deben dotarse de mecanismos de vigilancia y control que prevengan la comisión de delitos eventualmente imputables a las mismas en el contexto de sus actividades. A través de este test se abordan algunas cuestiones básicas que ayudarán a formarse una primera idea de la adecuación del modelo de prevención penal, en su conjunto.

### Test 9

#### Cinco cuestiones clave sobre: **Evaluación del modelo de prevención penal español - *Risk Assessment***

Es habitual que los modelos de *Compliance*, incluidos los específicos de prevención penal, sigan una aproximación basada en el riesgo, procurando una asignación de recursos consistente con la calificación de los riesgos penales que les afectan. Un adecuado *Risk Assessment* permite orientar de manera adecuada el modelo de prevención penal y, por ello, constituye un factor determinante de su eficacia. Este test te ayudará a validar algunos aspectos importantes que dotan de solidez al *Risk Assessment*.

### Test 10

#### Cinco cuestiones clave sobre: **Evaluación del modelo de prevención penal español - El órgano de prevención penal**

Todo modelo de *Compliance* lleva asociadas medidas organizativas tendentes a su aplicación efectiva. En el ámbito de la prevención penal, los cometidos propios de prevención y detección de delitos se depositan en órganos dotados de procedimientos diseñados a tales efectos. Este test te permitirá conocer rápidamente si dicho órgano se encuentra adecuadamente definido para acometer sus objetivos.

### Test 11

#### Cinco cuestiones clave sobre: **Las revisiones del modelo de *Compliance***

Cuando los marcos de referencia en materia de *Compliance* se refieren a la monitorización del modelo, lo hacen pensando en que se adapte a sus circunstancias internas y externas, de modo que mejore continuamente y pueda seguir desarrollando con eficacia su cometido a lo largo del tiempo. En este contexto, las revisiones programadas del modelo de *Compliance* constituyen un elemento importante del mismo, y en este test se abordarán algunas de las cuestiones básicas que permiten conocer rápidamente si se están desarrollando de manera razonable.

### Test 12

#### Cinco cuestiones clave sobre: **El rol del *Compliance Officer***

Son los propios *Compliance Officers* quienes, en ocasiones, se preguntan acerca del alcance de sus funciones. El propio modelo de *Compliance* debería clarificar su ámbito de actuación y la coordinación con otras funciones sinérgicas. En este test se tratarán algunas de las cuestiones más importantes a la hora de conocer si los roles del *Compliance Officer* se encuentran adecuadamente enfocados.

## Bibliografía del autor

### **Legal Compliance - Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados**

Alain Casanovas

Prólogo de José Manuel Maza, *Magistrado del Tribunal Supremo*

Editor, Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2013

### **Control Legal Interno**

Alain Casanovas

Prólogo de Pedro Miroso, *Catedrático de Derecho Mercantil, ESADE, Facultad de Derecho*

Editor Grupo Wolters Kluwer

Editorial La Ley, S.A.

Madrid 2012

### **Control de Riesgos Legales en la empresa**

Alain Casanovas

Prólogo de Lord Daniel Brennan Q.C., former President of the Bar of England and Wales

Editor Grupo Difusión

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.

Madrid 2008

## Obra digital del autor

### **Cuadernos sobre Cumplimiento Legal**

Alain Casanovas

[www.kpmgcumplimientolegal.es](http://www.kpmgcumplimientolegal.es)

Madrid 2013

### **Casos sobre errores de *Compliance***

Alain Casanovas

[www.kpmgcumplimientolegal.es](http://www.kpmgcumplimientolegal.es)

Madrid 2014

## Contacto

**Alain Casanovas**

**Socio de KPMG Abogados**

**T:** +34 93 253 29 22

**E:** [acasanovas@kpmg.es](mailto:acasanovas@kpmg.es)



Perfil en  
LinkedIn

© 2015 KPMG Abogados S.L., sociedad española de responsabilidad limitada y firma miembro de la red KPMG de firmas independientes afiliadas a KPMG International Cooperative ("KPMG International"), sociedad suiza. Todos los derechos reservados.

KPMG, el logotipo de KPMG y "cutting through complexity" son marcas registradas o comerciales de KPMG International.

La información aquí contenida es de carácter general y no va dirigida a facilitar los datos o circunstancias concretas de personas o entidades. Si bien procuramos que la información que ofrecemos sea exacta y actual, no podemos garantizar que siga siéndolo en el futuro o en el momento en que se tenga acceso a la misma. Por tal motivo, cualquier iniciativa que pueda tomarse utilizando tal información como referencia, debe ir precedida de una exhaustiva verificación de su realidad y exactitud, así como del pertinente asesoramiento profesional.