



Controller jurídico, el detective más útil para la empresa

La reforma del Código Penal de 2010 introdujo la responsabilidad penal corporativa: las empresas pueden ser culpables de cometer delitos. Para prevenirlos y quedar exentas de esa responsabilidad, deberán cumplir unos requisitos recogidas en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que entrará en vigor el 1 de julio. Esta norma les exigirá implantar un sistema de control que gestionará un *controller* jurídico o *compliance officer*. Él representará a la empresa ante un eventual juicio



Susana de Pablos

Redacción Estrategia Financiera

Las empresas, como personas jurídicas, pueden incurrir en responsabilidad penal ante determinados riesgos potenciales y de muy diversa índole, entre otros: infringir la normativa sobre medio ambiente; incumplir las normas de seguridad en el trabajo o comercializar los datos personales de sus clientes, sin estar autorizadas por ellos. Entre los delitos estrictamente económicos, que son los más numerosos, los más habituales son la apropiación indebida de activos, el soborno, la corrupción y la manipulación contable, según recoge el estudio "Encuesta sobre fraude y delito económico 2014", elaborado por la firma PwC.

Y aunque según este informe haya aumentado el número de empresas que han sufrido un delito económico, hay dos conclusiones positivas: la primera, que existe una creciente preocupación en las organizaciones por el fraude económico; y la segunda, que se observa una mayor implantación y efectividad de medidas de detección. Cabe destacar un apunte tecnológico: "La utilización de técnicas basadas en tecnologías de análisis predictivo de datos (*Big Data*) están jugando un papel importante en el campo de la prevención y detección del fraude".

Según parece, empieza a dar sus frutos el entorno regulatorio derivado de la Reforma del Código Penal de diciembre de 2010 -Ley Orgánica 5/2010-, que hizo extensiva la responsabilidad penal a las personas jurídicas. De aquella reforma, "el cambio fundamental fue el paso del principio *societas delinquere non potest* al *societas delinquere potest*", aclara Marc Molins Raich, doctor en derecho y profesor de la escuela de negocios ESADE. Y explica: "Desde que entró en vigor la reforma del Código Penal de 2010, ante determinados delitos no solamente responderán las personas físicas que los hayan cometido, sino también la persona jurídica, para la que se prevé un catálogo de penas específico y consecuente con su naturaleza incorpórea. Así, por ejemplo, si un consejo de administración decide no pagar los impuestos que gravan a la mercantil, no solo cometerán el delito sus

miembros, sino también la persona jurídica que se ha beneficiado de esa decisión".

Y ANTES DE LA REFORMA, ¿QUIÉN CONTROLABA?

"La preocupación del legislador antes de la reforma se asentaba en la existencia de un descontrol organizado. Había quien aseguraba que no sabía exactamente cómo se tributa en la empresa -'porque lo tengo delegado', decía-. Se generaban lagunas de impunidad, zonas de penumbra, de ceguera voluntaria... Formalmente, asumían la responsabilidad el empresario y los órganos de formación de la voluntad social -consejo de administración, administradores, en solitario o mancomunados-, pero esta forma de asumirla traía como consecuencia problemas de autoridad, de competencia y de responsabilidad sobre aquello que generaba un reproche penal", recuerda Molins.

"Antes de la reforma, existía una muralla en virtud de la cual se decía que las sociedades mercantiles no podían delinquir, pues solo las personas físicas, los seres humanos, podían hacerlo. Desde 2010, hemos roto esa muralla que suponía un límite conceptual que veníamos empleando desde muy antiguo, y en la actualidad estamos urbanizando la nueva ciudad: diseñando calles, avenidas... los terrenos de extramuros. ¿Qué significa esto? Que en realidad todo está por definir. Todos tenemos preguntas y solamente con el tiempo, con el trabajo de la doctrina, de la jurisprudencia y de la práctica diaria iremos definiendo las respuestas...", continúa Molins.

Mientras tanto se empiezan a producir cambios en positivo. Señala el informe publicado el año pasado por PwC que, tres años después de promulgarse la Ley Orgánica 5/2010, "el 41,8% de las organizaciones en España han implantado un modelo de prevención y detección de delitos, y un 51,9% han realizado algún tipo de evaluación de riesgo de fraude en los últimos 24 meses". Queda patente, según

El *controller* jurídico debe ser independiente, estar formado específicamente en esta materia, conocer muy bien la norma y contar con los medios suficientes

PwC, "el esfuerzo que las compañías han realizado para adaptarse al nuevo marco legal y, por lo tanto, indica un aumento de la preocupación por el desarrollo de mecanismos de prevención y detección de delitos económicos".

Adicionalmente, la recién aprobada 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, establece dos principios fundamentales: primero, que la persona jurídica podrá evitar la responsabilidad penal si prueba que cuenta con un modelo de prevención eficaz; y segundo, que los administradores de las sociedades deberán llevar a cabo dicha prevención, de manera que, en caso de omisión, se aplicarían sanciones y multas.

De esta forma, el marco normativo establece que las empresas deberán contar con un protocolo de actuación en caso de delito, un código ético y un canal de denuncias, entre otros, que permitan mitigar el riesgo penal de la persona jurídica. De este modo, determinados mecanismos de prevención y detección de delitos pasan a tener carácter de imperativo legal.

Estos son los requisitos mínimos que, tal y como establece la nueva ley, debe tener el modelo de prevención de delitos para ser exigente de la responsabilidad penal de la persona jurídica: un mapa de riesgos penales; unos protocolos de actuación; recursos financieros asignados a este fin; un código ético, un canal de denuncias y, finalmente, un sistema disciplinario. La implantación de un canal de denuncias, que permita a los empleados o terceros de una sociedad denunciar conductas irregulares, potencialmente delictivas o que vulneren políticas, procedimientos u otras normas internas y externas aplicables, se convierte en una necesidad.

CONTROLLER JURÍDICO O COMPLIANCE OFFICER

Y será precisamente el *controller* jurídico o *compliance officer* quien se responsabilice de diseñar ese sistema de prevención interno y vigilar que se cumpla. Y las empresas que no cuenten con ese sistema, y con un *controller* jurídico que lo implemente y mejore continuamente, se podrán considerar responsables de los delitos que se cometan en su seno. En opinión de Molins, "lo que pretende el legislador

es estimular al máximo la implementación de los mecanismos de previsión y de prevención. Prevé anticipos en la punición a los supuestos en los que no haya el esfuerzo de prevención".

En resumen, existía la necesidad de humanizar a la sociedad mercantil porque, finalmente, "aunque sea a los meros efectos de representar a la mercantil, alguien se tendrá que sentar en el banquillo, declarar por cuenta de la persona jurídica y tomar decisiones importantes durante el curso de la causa... A pesar de que existen dudas fundamentadas de que el *controller* pueda ser esa persona, puesto que a priori parece que su posición en el plenario debería ser la del testigo, lo cierto es que en todo el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica tiene un papel fundamental", sostiene Molins.

FUNCIONES DEL CONTROLLER

En palabras del profesor de ESADE: "Es fundamental entender que la responsabilidad de la persona jurídica es cumulativa, es decir, responden las personas físicas que han tomado la decisión y la pena también se dirige a la persona jurídica. Por tanto, en la decisión de defraudar impuestos responderá el consejo de administración que haya tomado la decisión, personalmente, y también la persona jurídica. Pero esta será representada por una persona física, el *controller*, que en la medida en que actúe por cuenta de la jurídica nunca asumirá riesgos personales, sólo representará a la mercantil".

En definitiva, el *controller* tiene la función de evitar los riesgos. Vigilará el posible descontrol en el contexto del cual se puede cometer el delito. "Debe establecer los protocolos internos, contratar a los auditores, revisar las auditorías, valorar de qué forma se mitiga un determinado riesgo... Su cometido es establecer los planes anuales de prevención, de sujeción, de cumplimiento...", expone Molins.

De esta forma, su responsabilidad se limita a la esfera laboral. Eso sí, salvo que concurren circunstancias que modifiquen su nivel de implicación en el control o, más aún, en el delito corporativo cometido.

INDEPENDENCIA, CONOCIMIENTOS Y MEDIOS

¿Y qué necesita el *controller* jurídico para cumplir con sus funciones? Según Molins, "lo fundamental es que sea independiente. En segundo lugar, debe estar formado específicamente en esta materia, debe conocer muy bien la norma. Y, por último, debe contar con los medios suficientes".

Con todo, hay que tener en cuenta que, según el nuevo régimen, las funciones del *controller* podría llevarlas a cabo no solo una persona física, también un órgano colegiado o incluso podrían externalizarse.

Cómo evita el *compliance officer* ser cómplice de la empresa

Cuando la empresa es descubierta por cometer un delito, existe el riesgo de que desplace su responsabilidad legal hacia la figura del *compliance officer*, al considerarlo *garante* de las actividades de la compañía. Así lo puso de manifiesto el catedrático de derecho penal de la Universidad de Frankfurt, Cornelius Prittwitz, en una conferencia impartida el año pasado en la Universitat Abat Oliba (UAO) CEU de Barcelona. Allí, Prittwitz lanzó este mensaje: "La dogmática jurídico-penal se debe interesar por la configuración teórica del *compliance officer*, si quiere evitar que se utilice para fines contrarios a los marcados".

En relación a esta advertencia, Xavier Ribas, abogado especializado en Derecho de la TIC y *compliance* tecnológico desde 1987, asegura: "Veo difícil que las empresas consigan desplazar toda la responsabilidad legal a la figura del *compliance officer*. En cada caso, será preciso evaluar la atribución de responsabilidades". En opinión de este experto, fundador de Ribas y Asociados, estos son los elementos principales que habría que valorar:

- **La doctrina jurisprudencial.** Esta establece que "los contratos son los que son y no lo que las partes dicen que son". Análogamente, por mucho que una empresa quiera desplazar su responsabilidad al *compliance officer*, será el juez el que valorará las circunstancias de cada caso y la cuota de responsabilidad de cada una de las personas que forman su estructura de control, incluyendo a la propia empresa.
- **La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado.** En ella se venía a advertir a los fiscales españoles que no se dejaran deslumbrar por el despliegue de medidas de control meramente teóricas y sin acreditación de su efectividad, aportadas por las empresas imputadas como prueba del debido control, esto es: el ya famoso *compliance* cosmético o *make-up compliance*.
- **La cultura real de cumplimiento o incumplimiento de la empresa,** que es la que finalmente debe ser tenida en cuenta, como sucedió en el caso SAC, en el que la empresa se defendió de la acusación de tener una cultura orientada al uso de información privilegiada alegando que tenía 38 *compliance officers*.
- **La concurrencia de factores, como la tolerancia dolosa.** Pueden provocar la derogación del control y, por ello, la ineficacia de un modelo de prevención y control.
- **El criterio de la proximidad del riesgo.** Por ejemplo, aplicado a la prevención de riesgos laborales (PRL). En el caso de los accidentes laborales: se valora la capacidad del responsable del control de evitar el riesgo en función de la distancia funcional o geográfica que le separa del riesgo. Este criterio hace que la responsabilidad derivada de un accidente laboral en una fábrica se depure en ese centro de trabajo y no afecte al consejo de administración, salvo que haya un incumplimiento generalizado de la normativa de prevención de riesgos laborales. El *compliance officer* estaría en una situación de garante genérico parecida a la del consejo, mientras que el delegado de PRL en la fábrica sería un garante específico y mucho más cercano al riesgo.

- **Los recursos asignados por la empresa al *compliance officer*.** De manera parecida a la responsabilidad del delegado de PRL, el *compliance officer* no podrá ser declarado responsable si la empresa no le ha asignado recursos suficientes para realizar su función.
- **La forma en que se ha realizado la delegación de las funciones de control.** La jurisprudencia define los requisitos que debe cumplir una delegación de funciones por parte del Consejo, de manera que una delegación incompleta o imperfecta podría exonerar de responsabilidad al *compliance officer*. Para ello, habría que valorar la descripción del puesto de trabajo (*job description*), así como las políticas, normas, procedimientos, manuales, instrucciones y órdenes directas en las que figure una asignación expresa de funciones de control al *compliance officer*.
- **La posibilidad de que el consejo haya delegado funciones de control indelegables.** De acuerdo con la nueva ley, esta circunstancia también eximiría de responsabilidad al *compliance officer*, especialmente en el caso de sociedades cotizadas.
- **La posición que ocupa el *compliance officer* en la estructura de control de la empresa** y, de acuerdo con ello, la posibilidad de que no tenga asignada una función directa de control, sino de coordinación de los diversos responsables de control de la empresa, que por su proximidad al riesgo y por sus conocimientos especiales en la prevención de cada tipo de riesgos son los verdaderos garantes y por ello responsables en caso de omisión de un deber específico de control.

Según Xavier Ribas, habría que evaluar también "la posible falta de adaptación de los estándares internacionales a la realidad española y a su sustanciación en los tribunales". Y destaca también este jurista que pueden existir otros argumentos, "como la imposibilidad de tener todos los conocimientos necesarios para realizar de forma eficaz la función de control en las diferentes áreas de la empresa".

Pruebas irrefutables

Ribas explica que el conflicto de intereses se materializa claramente en el momento de crear pruebas de la diligencia del responsable del control. Y añade: "En los casos de discrepancia sobre la legalidad o el nivel de riesgo de la actividad sujeta a control, todas las pruebas que el responsable del control genere a su favor pueden inculpar a la empresa si esta no hace nada".

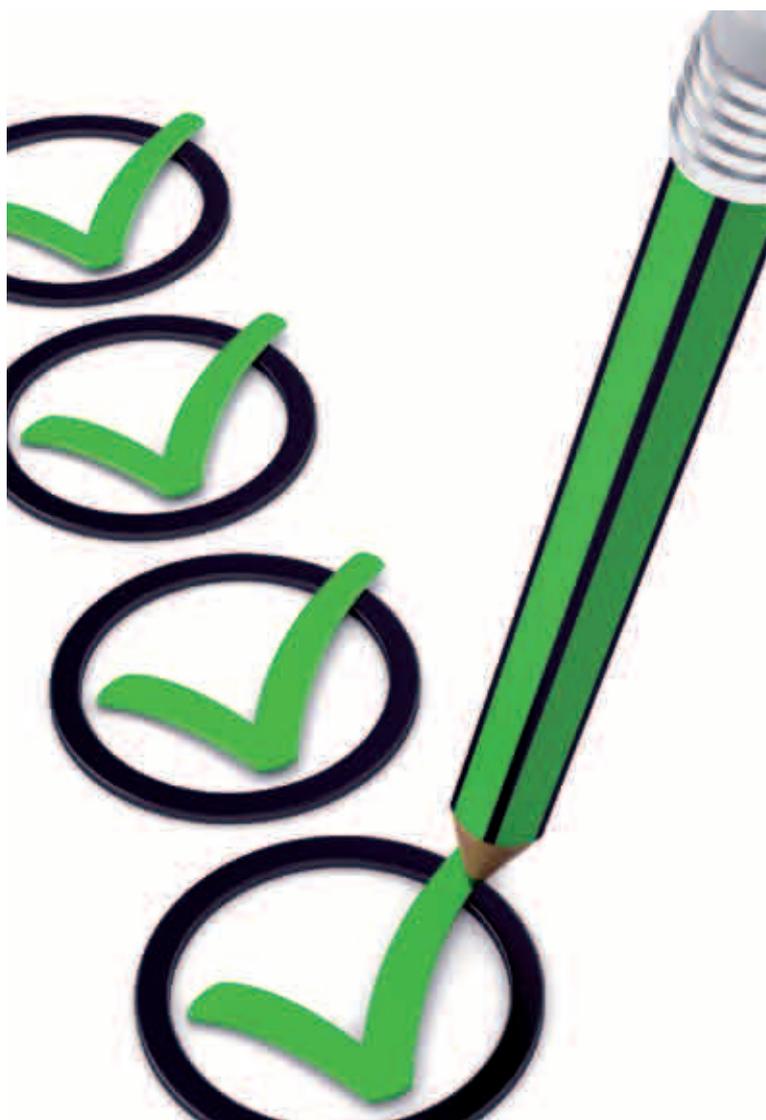
Es crucial que el responsable del control ponga en evidencia que no ha omitido su deber de vigilancia y control, y que ha alertado sobre la existencia de un riesgo. Esto se consigue, como destaca Ribas, mediante el envío de un correo electrónico que, al mismo tiempo, constituye una prueba inculpatoria para otros directivos o para la propia empresa.

"El riesgo de acumulación de más pruebas inculpatorias que exculpatorias en el correo electrónico está haciendo que los plazos de conservación del mismo sean cada vez menores en los sectores hiper-regulados. En otros, en cambio, se llega a contratar a proveedores que custodian todo el correo electrónico durante años y facilitan el acceso remoto para posibles consultas", concluye este experto.

El *compliance officer* no podrá ser declarado responsable si la empresa no le ha asignado recursos suficientes para realizar su función dentro de la misma

Según Molins, crear un departamento en el seno de la empresa resulta caro: "El esfuerzo de prevención no se puede convertir en un lastre económico. Es fundamental que sea: primero, eficiente, y segundo, asequible desde el punto de vista de gastos y costes. Si no, no tiene ningún sentido".

Por tanto, para Molins, la opción es clara: "Creo firmemente en la externalización de la figura del



controller. Debería ser una persona que, puntualmente, acude y verifica los riesgos penales, los planes de prevención, de cumplimiento, etc. Si tienes un *controller* jurídico que no tiene los conocimientos suficientes, que forma parte de la estructura, pero carece de la independencia suficiente o no tiene los medios adecuados, es una figura adjetiva y entramos en lo que se podría llamar el *cosmetic compliance*, en lugar de hablar del *corporate compliance*".

HABILIDADES PERSONALES

"El *compliance officer* tiene que ser un profesional de corte claramente jurídico, pero también multidisciplinar y de gran versatilidad. Buen comunicador, debe estar acostumbrado a la gestión de conflictos, porque le pueden llegar de todo tipo: un acoso sexual, una posible estafa, etc. Pero, sobre todo, debe tener conocimiento de la norma penal", persiste Molins. Cuando se le pregunta si un abogado penalista sería la mejor opción para el puesto, es tajante: "Un penalista económico sería un perfil óptimo, por el conocimiento que se le presupone de la materia específica. Pero, en cualquier caso, lo esencial es que la persona designada por la empresa, además de conocimiento específico de la materia y de las circunstancias de la mercantil, tenga independencia y medios".

Bien sea una persona física, un órgano colegiado o un profesional externo a la empresa, no se puede esperar del *controller* jurídico o *compliance officer* que cuente con unos conocimientos de tal amplitud, que le permitan llevar a cabo un control realmente experto del diseño y cumplimiento de todas las medidas de prevención requeridas por la empresa. Además, el control será más o menos complejo en función del sector de actividad de la empresa y de su envergadura. Aunque se trate de un especialista en control, su función será de carácter transversal, dado que cada directivo de la empresa deberá asumir unas obligaciones de control: el director financiero o CFO se ocupará del control financiero; el responsable de los datos o DPO, del cumplimiento de la LOPD (Ley Orgánica de Protección de los Datos); el director de tecnología o CIO tendrá entre sus cometidos los controles tecnológicos, etc. ■

Acceda a:	
	El <i>Compliance Officer</i> , retos y oportunidades en la empresa española
	Programa ejecutivo <i>Compliance Officer</i> de WKE Formación
	Encuentro mundial de profesionales del <i>Compliance Officer</i> en Londres
	3 visiones necesarias para sobrevivir en el mercado internacional

SÓLO EN
<http://estrategiafinanciera.wke.es>