

Compliance y riesgos penales en el sector naviero

María M. Cózar y Beatriz Bustamante.
Asociadas Senior en J&A Garrigues

El *Compliance* o cumplimiento normativo ha cobrado un progresivo protagonismo en nuestro país en los últimos años. El "riesgo de cumplimiento" es un riesgo más, "el de que la empresa pueda enfrentarse a sanciones, tanto penales como administrativas, multas económicas, pérdidas financieras o daños de reputación, como consecuencia del incumplimiento de las leyes, regulaciones, normas de autorregulación o códigos de conducta que se apliquen en la actividad" ⁽¹⁾. Por lo que se refiere al daño reputacional, sin duda la difusión pública y la publicidad negativa que conllevan los escándalos financieros y los delitos que pueden cometer las personas jurídicas, pueden ser potencialmente incontrolables y su impacto para la empresa muy alto y grave.

Para determinados sectores con amplia exposición a derecho regulatorio (banca, farmacéuticas, el propio sector naviero), los modelos de *Regulatory Compliance*, es decir, de gestión de los riesgos específicos del sector, existen desde hace tiempo. Se trata de sectores acostumbrados a gestionar riesgos específicos de cumplimiento.

Para el sector naviero, la regulación internacional emanada fundamentalmente de la OMI, en forma de Convenios, Protocolos, Anexos, Enmiendas, ha configurado internamente auténticos departamentos y unidades operativas cuya misión es

cumplir y hacer cumplir dichas normas, muy especialmente en materia de seguridad y lucha contra la contaminación y el terrorismo. Los Códigos ISM e ISPS imponen obligaciones específicas de organización y control en los buques y en las empresas que explotan tales buques.

Igualmente, las navieras con actividad en Estados Unidos o Reino Unido, deben tener ya implantadas políticas y programas para cumplir con normativas anticorrupción como la FCPA norteamericana (*US Foreign Corrupt Practices Act*) y la *Bribery Act* británica, tanto si contratan con empresas privadas como si participan en licitaciones públicas en tales territorios.

"La regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en España se introdujo en la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal, vigente desde el 23 de diciembre de 2010"

En cuanto al protagonismo que ha alcanzado el *Compliance* en España, podemos decir que ha sido paralelo a la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la reforma operada en el año 2010 en el Código Penal (en adelante CP). Así, desde el 23 de diciembre de 2010, se puede hablar

de delincuencia corporativa o criminalidad de empresa toda vez que las empresas pueden cometer delitos y pueden ser condenadas penalmente por ello. El legislador entiende que la prevención de tal criminalidad es crucial, y que debe ser la propia empresa la que establezca las medidas de prevención para evitar o reducir el riesgo de comisión de determinadas conductas delictivas. El Estado le dice a las empresas "cuídate de que los tuyos no delincan en tu favor".

La referida voluntad del legislador se plasma en la nueva reforma del CP que entró en vigor el 1 de julio de 2015, con la configuración legal del *Compliance* penal como una medida preventiva y correctora, y, desde el punto de vista penal, como una posibilidad de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las empresas.

Tales cambios normativos en el ámbito penal, de enorme calado en nuestro sistema jurídico, han tenido ocupados a todos los actores (fiscalía, jueces y magistrados, profesores, profesionales, abogados, consultores, responsables de cumplimiento, etc.) en la interpretación y análisis del régimen dispuesto en el CP y su evidente paralelismo con el *Compliance* en cualquier otro ámbito.

La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016, se refiere al *Compliance* como el reflejo de una auténtica cultura de exigencia ética y de cumplimiento en la empresa, lo que revela el compromiso corporativo. Aboga por la creación de dicha cultura con modelos de organización y control idóneos y eficaces que prevengan la comisión de delitos, tanto por los máximos directivos de las empresas, como por los sometidos a la autoridad de aquellos que deben ejercer sobre los subordinados los deberes de supervisión, vigilancia y control. En un marco de *Compliance* penal eficaz, el delito cometido en el seno de una empresa debe ser la excepción, un mero accidente.

El Tribunal Supremo, en las primeras sentencias² desde la entrada en vigor de la reforma de 2015, establece, entre otros, que "(...) parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal", y que "la determinación del actuar de la persona jurídica (...) ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito

Tribuna Profesional cuenta con el patrocinio de:

DNV·GL

⁽¹⁾ Esta definición del riesgo de cumplimiento, del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea en 2005, nos parece muy acertada y omnicomprensiva de cualquier riesgo de cumplimiento específico.

cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica".

Tener una cultura de cumplimiento, con una organización y medidas idóneas y eficaces para la prevención de la delincuencia en el ámbito de las empresas de cualquier sector, es una realidad cada vez más extendida en nuestro país.

Compromiso corporativo con la prevención de los delitos

Se hace, por tanto, necesario que la empresa naviera asuma su compromiso con la prevención y evitación de los delitos que puedan cometerse en su seno, no solo por sus máximos responsables y empleados, sino también, por parte de terceros con los que la empresa se relaciona en el normal desarrollo de sus actividades - autónomos, subcontratados, filiales, agentes comerciales, etc.- y que pueden generar también la responsabilidad penal de la persona jurídica en determinadas ocasiones.

Las consecuencias de no hacerlo pueden ser muy serias, desde el punto de vista penal, pero también, desde el punto de vista de su reputación, como hemos avanzado. La prevención se convierte en elemento clave en el proceso hacia la creación de una verdadera cultura de cumplimiento.

En nuestra opinión, alineada con lo dispuesto en el CP, lo esencial para cualquier empresa será determinar, en primer lugar, qué riesgos debe prevenir y su tipología dentro de la empresa. Dotándose de un modelo de organización y control idóneo y eficaz que mitigue los riesgos identificados, y en particular, los penales, la empresa podrá resultar eximida de responsabilidad penal. A efectos prácticos, tener una adecuada cultura de cumplimiento será determinante para que la empresa pueda justificar que el delito se produjo pese a ella, y que no existió un déficit de control o supervisión.

Es sensato pensar que dicho proceso sea progresivo, con una implantación escalonada en función de las necesidades de la empresa, y siempre desde un acercamiento orientado al riesgo. Se empezará por lo que más exponga; se priorizará. De ahí que un buen análisis de riesgos, y en concreto de los riesgos penales, será una de las primeras tareas a realizar.

Desde nuestra experiencia, puede acometerse una adaptación e integración del *Compliance* penal en los propios sistemas de organización y gestión que ya tenga implementados la empresa, aprovechando los procesos y tecnología que emplee la empresa para su negocio. Y es que, los mejores estándares internaciona-

"La empresa puede enfrentarse a sanciones, tanto penales como administrativas, como consecuencia del incumplimiento de leyes u otras normas que se apliquen en su actividad"

les establecen la conveniencia de coordinar e integrar los distintos sistemas de gestión de riesgos preexistentes, de modo que la gestión de riesgos penales no suponga una revolución interna difícil de manejar. Igualmente, un eficiente empleo de las posibilidades que ofrece el *big data*, será determinante para la función de *Compliance* en las empresas.

Riesgos penales: Catálogo de delitos de la persona jurídica

Los riesgos penales a los que nos hemos referido antes, pueden concretarse en una serie de delitos que puede cometer la persona jurídica, a través de las personas físicas vinculadas a ella.

El CP ha establecido una lista cerrada de los delitos por los que una empresa puede ser declarada penalmente responsable y que permitirán configurar el mapa de riesgos (penales) de cualquier naviera atendiendo a su actividad.

El riesgo de cometer alguno de los delitos de ese catálogo cerrado es prácticamente descartable para una empresa "al uso", y en concreto para una naviera, atendiendo al tipo de actividad o actividades desarrolladas por empresas que, claro está, no han sido específicamente constituidas para delinquir. Éste sería el caso, por ejemplo, del delito relativo al tráfico ilegal de órganos humanos o aquellos que cas-

tigan la prostitución, la explotación sexual o la corrupción de menores, la falsificación de moneda, o los delitos de odio o enaltecimiento, entre otros.

Sin embargo, hay otros delitos del catálogo que en modo alguno pueden descartarse atendiendo, por un lado, a la actividad que realiza toda empresa por el hecho de serlo, y, por otro, a la actividad que, en particular desarrollan las empresas en determinados sectores. Intentaremos identificar a continuación aquellos delitos que podrían entrañar un mayor riesgo para las empresas que desarrollan su actividad en el sector naviero, como son:

● Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

La prevención de la contaminación ha sido absolutamente prioritaria en el ámbito marítimo. Las normas internacionales más importantes han pivotado sobre la prevención de la contaminación, ya sea por vertidos o por emisiones. De hecho en el horizonte de 2020 en nuestro país entrarán en vigor los límites de emisiones del Capítulo V del SOLAS, que obligará, entre otras medidas, a una adaptación y modernización de los sistemas de propulsión de los buques, para cumplir con los estrictos límites de emisiones.

Establece el artículo 325 del CP que "será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indi-

(2) Sentencias 514/2015, de 2 de septiembre de 2015; Sentencia 154/2016, de 29 de febrero de 2016; y Sentencia 221/2016, de 16 de marzo de 2016.

rectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas".

Asimismo, el artículo 328 dispone: "Serán castigados con las penas previstas en el artículo anterior, en sus respectivos supuestos, quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen residuos, o no controles o vigilen adecuadamente tales actividades, de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales".

Una de las características de estos delitos es que pueden ser cometidos de forma imprudente, por lo que es lógico pensar que la gestión de estos riesgos implicará la adopción de medidas especiales de diligencia debida y controles adecuados para su prevención.

La contaminación por vertidos o por emisiones contaminantes, o la gestión ilegal de residuos son situaciones de riesgo real para cualquier naviera. Para aquellas que transportan hidrocarburos, el riesgo se multiplica, por lo que las medidas preventivas deberán ser reforzadas. Solo en términos de reputación negativa, basta recor-

dar el impacto mediático de accidentes como el Prestige o el Erika.

- **Delito de corrupción de funcionario para la realización de actividades económicas internacionales.**

Este delito, tipificado en el artículo 286 ter del CP, tiene la especial característica de que puede perseguirse extraterritorialmente, aunque se cometa en el extranjero.

Si una naviera española comete en el Canal de Suez este delito, por ejemplo porque ofrezca alguna ventaja a un funcionario público, favores a cambio de algún beneficio, un juez en España podrá atraer para sí la competencia para investigar y enjuiciar el caso, y la empresa española podrá ser condenada por el delito en cuestión. Todo ello si probada la comisión del delito y la responsabilidad de la empresa, esta no pudiera acogerse a la exención de responsabilidad por no poder acreditar el cumplimiento de las condiciones y requisitos que, para ello establece el artículo 31 bis del CP.

Los pagos de facilitación han sido una realidad conocida desde antiguo en el mundo marítimo, cuando el comercio y los grandes flujos migratorios se realizaban mayoritariamente por mar y la llegada a un puerto de un buque extranjero activaba toda una suerte de pagos en cadena.

- **Delitos de fraude de subvenciones.**

Tiene dos modalidades, el fraude de subvenciones en sentido estricto, que consiste en la obtención fraudulenta de subvenciones, desgravaciones, o ayudas de la Administraciones públicas. Y la malversación de las subvenciones, que consiste en el incumplimiento de las condiciones de la

subvención, alterando sustancialmente los fines para los que fue concedida.

El transporte marítimo de pasajeros está subvencionado en algunas rutas, por razones de utilidad pública, estableciéndose bonificaciones en las tarifas a los residentes en los archipiélagos y Ceuta y Melilla. Cualquier malversación de aquellas, podría exponer a la empresa a un delito de este tipo. Deberá tener establecidos los controles adecuados para evitar su comisión.

- **Delitos contra la propiedad intelectual.**

El proceso de digitalización en el sector naviero es imparable. El uso de programas informáticos, protegidos por derechos de propiedad intelectual, sin haber obtenido la preceptiva licencia puede ser una circunstancia de riesgo real para las navieras.

"Se puede hablar de delincuencia corporativa o criminalidad de empresa, toda vez que las empresas pueden cometer delitos y pueden ser condenadas penalmente por ello"

A los riesgos derivados de los delitos anteriores, deberán añadirse aquellos otros derivados de delitos que podríamos denominar como "comunes" para cualquier empresa, y que, por tanto, no pueden descartarse en el caso de las navieras; así por ejemplo, los delitos fiscales y contra la Seguridad Social, estafa, alzamiento de bienes, corrupción entre particulares, daños informáticos, delitos relativos a la información personal y de tipo empresarial (espionaje industrial), etc.

Modelos de Compliance penal

Así, y tal como ha venido a establecer el CP, para hacer frente a los riesgos penales y poder solicitar la apreciación de una circunstancia de exención de responsabilidad penal en el contexto de un eventual procedimiento judicial, las empresas deberán elaborar, adoptar e implantar con eficacia un modelo de organización y gestión (podemos llamarlo plan de cumplimiento penal, un *Compliance* penal o programa de prevención de delitos) que incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir -o reducir significativamente el riesgo de comisión- de los delitos respecto de los que se ha identificado un riesgo de comisión en atención a la actividad o actividades desarrolladas.

El CP establece una serie de requisitos mínimos que debe reunir ese programa de prevención de delitos para que la empresa pueda solicitar la antedicha circunstancia eximente o atenuante. Dicho modelo, cuyo funcionamiento y cumplimiento deberá ser supervisado por un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control dentro de la empresa (un órgano de cumplimiento, *Compliance Officer*), deberá cumplir e incluir, como mínimo:

- Un análisis de las actividades con riesgo penal: es decir, un mapa de riesgos penales.
- Una definición de las reglas de formación, adopción y ejecución sobre los riesgos de delitos detectados.



- Adecuación de los recursos financieros (técnicos y humanos) destinados a prevenir delitos.
- Obligación de denunciar riesgos e incumplimientos al órgano supervisor del funcionamiento y cumplimiento del modelo.
- Implantación de un sistema disciplinario que sancione los incumplimientos del modelo.
- Verificación periódica del modelo ante infracciones o cambios en la organización.

Señala expresamente el camino que las empresas deberán seguir para, en el indeseable caso de no haberse podido evitar la comisión de un delito, resultar eximidas de responsabilidad penal reduciendo con ello, los efectos del incuestionable impacto de reputación que se deriva de una imputación en el seno de un procedimiento penal que, en nuestra opinión, constituye la pena tácita más grave a la que se enfrentan la mayoría de las empresas ante este, aún novedoso, régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Si bien la ley no hace referencia a ninguna metodología específica, ni estándar internacional, limitándose únicamente a enunciar una serie de requisitos, la Fiscalía General del Estado sí ha señalado características precisas de los modelos basados en los mejores estándares internacionales. Así, no limita el modelo o programa de organización y gestión a un modelo de prevención penal exclusivamente, sino que los analiza desde un punto de vista integral, que abarca el cumplimiento normativo y ético en un sentido amplio y global.

Por su parte, la jurisprudencia vendrá a interpretar y perfilar las funciones y responsabilidades del *Compliance Officer* llamado a supervisar y gestionar el sistema. Los expertos en la materia abogan por la creación de un estatuto para el mismo, en línea con las importantes funciones que le otorga el CP como garante de la legalidad interna y el buen orden en las empresas.

Modelo de *Compliance* penal en una naviera

Se puede diseñar e implementar un proceso simple pero eficaz, que necesariamente debe estar adaptado al tamaño y a las circunstancias particulares de cada organización como un "traje a medida".

Las navieras tienen implantados sistemas de cumplimiento ISM e ISPS, por lo que cualquier acercamiento en materia de *Compliance* penal deberá ser congruente y estar alineado con aquellos, aprovechando las sinergias, la metodología, los procedimientos ya implementados, y coordinando a las personas.

Es decir, utilizar una metodología integrada que ya se emplea en la compañía para el normal desarrollo del ne-

"Dotándose de un modelo de organización y control idóneo y eficaz que mitigue los riesgos identificados, y en particular, los penales, la empresa podrá resultar eximida de responsabilidad penal"

gocio y para gestionar otro tipo de riesgos, no necesariamente penales. En el ámbito marítimo, pueden combinarse los mejores estándares internacionales en *Compliance* (ISO 19600, ISO 37001, en proceso de aprobación), con los sistemas de gestión de riesgos ISO ya implementados (ISO 9001, ISO 14001, etc.) y los estándares estrictamente marítimos, como los que contienen los Anexos del ISM y el ISPS. Todos ellos siguen una metodología perfectamente integrable en un único sistema de *Compliance* que aborde asimismo, y junto con los otros, la gestión de riesgos penales.

Por poner algún ejemplo, señalaremos a continuación cómo existen elementos comunes entre las metodologías empleadas por todos los anteriores estándares, que no dejan de ser sino sistemas de gestión de riesgos diversos:

- "Modelo organizativo". Coinciden en todos los estándares.
- En todos ellos hay una "persona encargada" del modelo. *Designated person* en el ISM.
- Referencia a los riesgos: identificación, análisis y evaluación.
- Pivotan sobre la "prevención".
- Establecen un sistema de "respuesta" ante "incumplimientos".
- "Comunicación y formación". Son elementos esenciales en todos los estándares.
- Igualmente, coinciden en priorizar la "mejora continua", los pro-

cesos de "auditoria", "las certificaciones", y siguen el principio de que "toda la información debe estar documentada".

Todos son modelos alineados, basados en un acercamiento *Plan, Do, Check, Act* (Planear, Hacer, Verificar, Actuar), por lo que la integración de la gestión de los diversos riesgos a los que normativamente están expuestas las empresas es asumible y permitirá un modelo eficiente y eficaz.

Por último, algunas actividades de la función de *Compliance* podrán ser externalizadas según las necesidades de cada empresa, lo cual puede ser útil analizar. Es más, en el ámbito penal la Fiscalía ha confirmado en la anteriormente referida Circular que "*muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad*".

Conclusión

A la luz de todo lo anterior, incorporar progresivamente la gestión de riesgos penales en el día a día de las navieras no será un reto difícil, toda vez que se trata de un sector que en modo alguno parte de cero en el ámbito de *Compliance*.

Ello, sin duda, permitirá a las empresas del sector adoptar (o poner en valor, en caso de que existan) las medidas que resulten idóneas y eficaces para la prevención de la delincuencia en su seno y avanzar en la creación de una verdadera cultura ética empresarial y de cumplimiento, realidad a la que, en los tiempos que corren, ninguna empresa, del sector que sea, puede resultar ajena.

ANAVE, como editora del Boletín Informativo, no comparte necesariamente las opiniones y conclusiones vertidas en los artículos de esta sección, que corresponden exclusivamente a sus firmantes. Se autoriza la reproducción total o parcial de estos artículos, siempre que se cite a ANAVE como fuente y el nombre del autor.

