

**PROGRAMA DE PREVENCIÓN DE DELITOS PARA EL GRUPO EMPRESARIAL
SEMAICA**

**Modelo de organización y gestión que incluye las medidas de vigilancia y
control**

**GESTIÓN DE COMPLIANCE PENAL ELABORADO CON BASE EN EL ANÁLISIS
JURÍDICO DE LA NORMATIVA PENAL DE REFERENCIA (COIP) Y LOS
CRITERIOS DE LA NORMA UNE 19601**



ÍNDICE

1. El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador. Las previsiones de los arts. 49 y 50 del COIP.....	7
1.1. La introducción en las legislaciones penales española y ecuatoriana de una fórmula de responsabilidad penal de las personas jurídicas	7
1.2. Razones formalmente alegadas para la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y fundamento o ventajas atribuidas a la co-responsabilidad penal del ente	8
1.3. La adopción de un sistema de numerus clausus: tipos penales seleccionados...	11
1.4. Ventajas desde un punto de vista material atribuibles a la responsabilidad penal de la empresa	13
1.5. Requisitos de los modelos de responsabilidad: criterios de transferencia o conexión.....	14
1.5.1 Doble hecho de conexión o criterio de transferencia	14
1.5.2 Elementos comunes a ambos hechos de conexión	15
1.6. Cláusula de independencia y compatibilidad de la responsabilidad de la persona física y de la persona jurídica	20
1.7. Sanciones aplicables y otras cuestiones.....	22
1.8 Propuesta de reforma del COIP: Introducción de nuevos delitos y regulación legal del compliance	24
1.9. Anexo: Cuadro comparativo	25
2. Defensa penal preventiva: análisis (previo) dirigido al conocimiento de SEMAICA cuestionario y entrevista con los directivos	29
2.1 Información solicitada a la empresa para la evaluación de riesgos de comisión de delitos (Primera Fase).....	29

2.2 cuestionario básico (con respuestas)	32
2.3 cuestionario detallado	39
3. Gestión de compliance. La norma UNE 19601. Sistemas de gestión de compliance penal (y su aplicación a SEMAICA)	47
3.1 Objetivos de la norma	47
3.2 Contexto de la empresa evaluada	47
3.2.1. Entendimiento de la empresa y su contexto.....	47
3.2.2 Entendimiento de las necesidades y expectativas de las partes interesadas	47
3.2.3 Determinación del alcance del sistema de Compliance penal.....	49
3.2.4 Sistema de Gestión de Compliance penal.....	49
3.3. Liderazgo/compromiso	50
3.3.1 Órgano de gobierno	50
3.3.2 El órgano de cumplimiento (compliance officer u oficial de cumplimiento)	51
3.3.3 El órgano de dirección.....	52
3.3.4 Política de prevención de delitos	53
3.3.5 Roles, responsabilidades y autoridades	54
3.3.6 Delegación de facultades.....	54
3.4 Planificación	55
3.4.1 Acciones (mapa de riesgos). Identificación, análisis y evaluación de riesgos [UNE-EN 31010:2011 Gestión del riesgo. Técnicas de apreciación del riesgo]...	55
3.5 Elementos de apoyo.....	60
3.5.1 Cultura de compliance.....	60
3.5.2. Recursos.....	61
3.5.3 Competencia.....	61
3.5.4 Formación y concienciación.....	63
3.5.5 Comunicación y documentación del sistema.....	64
3.6 Operación.....	65

3.6.1 Planificación y control.....	65
3.6.2 Diligencia debida (mapa de riesgos)	65
3.6.3 Controles financieros.....	66
3.6.4 Controles no financieros.....	67
3.6.5 Implementación de controles en las filiales y en socios de negocio.....	67
3.6.6 Cláusulas contractuales	68
3.6.7 Gestión de deficiencias en los controles.....	68
3.6.8 Comunicación de incumplimientos e irregularidades	68
3.6.9 El canal de denuncias o canal ético	69
3.6.10 Investigación de incumplimientos e irregularidades.....	69
3.7 Evaluación del programa y su funcionamiento (verificación).....	70
3.7.1 Seguimiento, medición, análisis y evaluación.....	70
3.7.2 Informes de compliance penal.....	71
3.7.3 Auditoría interna.....	71
3.7.4 Revisión por el órgano de compliance penal.....	71
3.7.5 Revisión por el Órgano de dirección	72
3.7.6 Revisión por el órgano de gobierno (verificación).....	73
3.8 Mejora (verificación)	74
4. Regulación penal: Los modelos de "organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control".....	75
4.1 Texto legal (modelo a seguir).....	75
4.2. Introducción de previsiones específicas en la reforma de 2015 y su valoración	77
4.3 Condiciones legales de adopción del modelo de organización y control para la exención de responsabilidad	77
4.4. El oficial de cumplimiento o compliance officer	80
4.6 Requisito para la exención de responsabilidad de la empresa: "los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención".....	83

4.7 Requisito para la exención de responsabilidad de la empresa: “no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano”	84
4.6 Atenuación de la responsabilidad por cumplimiento parcial de las condiciones legales de adopción del modelo	86
5. Requisitos legales que debe cumplir el modelo de organización y control (interpretación de la normativa penal)	87
5.1 Necesidad de identificar y gestionar adecuadamente los riesgos, estableciendo las medidas para neutralizarlos. El Mapa de Riesgos.	88
5.2 Necesidad de establecer los protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la persona jurídica (adopción y ejecución de decisiones).	88
5.3 Necesidad de disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos (31 bis 5.3º).	88
5.4 Obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención.	89
5.5 Necesidad de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo (31 bis 5.5º)	89
5.6 Deber de verificar la eficacia del modelo	89
6. Mapa de riesgos de SEMAICA	91
6.1 Explicación y planteamiento metodológico (remisión)	91
6.2 Delitos identificados en el proceso de valoración de riesgo	91
6.2.1 DELITO: Trabajos forzados u otras formas de explotación laboral (Artículo 105 COIP)	91
6.2.2 DELITO: Ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras (artículo 201)	95
6.2.3. DELITO: Insolvencia fraudulenta (art. 205 COIP)	98
6.2.4. DELITO: Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos (art. 235 COIP)	102
6.2.5. DELITO: Contra la seguridad Social (art. 242)	112
6.2.6 DELITO: Contra el medioambiente y la naturaleza o Pacha Mama	115
-Biodiversidad- (245)	115
-Patrimonio genético- (248)	115

-Recursos naturales- (251, 252, 253)	115
-Gestión ambiental- (254, 255)	115
6.2.7. DELITO. Responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la administración pública -delito de cohecho- (art. 280 COIP)	133
6.2.8. DELITO: Defraudación tributaria (art 298).....	140
6.2.9. DELITO: Simulación de exportaciones o importaciones (art. 320)	151
6.2.10. DELITO: Lavado de activos (317 y 319 COIP)	154
6.3 Cuadro de delitos (riesgo).....	161
6.5 Pautas recomendables en relación con los proveedores	162
7. Manual explicativo de los delitos que podrían dar lugar a la responsabilidad penal de la empresa (formación y evaluación de su conocimiento). Remisión al apartado 6.....	163
8. Valoración e instrucciones para la configuración del canal de denuncias de SEMAICA	164
9. Designación y configuración de las competencias del oficial de cumplimiento de SEMAICA.....	167
10. Consecución del compromiso de los trabajadores	168
11. Identificación del esfuerzo realizado en prevención (medios materiales e inversión)	168
12. Cláusulas de conocimiento del programa y compromiso de cumplimiento.....	169
13. Protocolo de funcionamiento por el que se concretan los procesos de formación de la voluntad.....	171
14. Los supuestos de ausencia de extinción de la responsabilidad penal -ARTS. 50/71 COIP-	171
15. Requisitos de verificación-actualización del programa.....	172
16. Cuadros identificativos de las medidas adoptadas.....	173
18. Índice documental-	176

1. El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador. Las previsiones de los arts. 49 y 50 del COIP.

1.1. La introducción en las legislaciones penales ecuatoriana y española de una fórmula de responsabilidad penal de las personas jurídicas

El 14 de febrero del 2014, la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, aprobó el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en reemplazo del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, con un periodo de transición de seis meses contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, y con definitiva entrada en vigor el 10 de agosto del citado año. En concreto, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en sus artículos 49 y 50 ahora, y por primera vez en la historia ecuatoriana, sanciona a las personas jurídicas como responsables de ilícitos penales. En la Exposición de motivos del nuevo texto legislativo no existe ninguna referencia expresa a las razones ni a las características de una modificación de tan amplio calado, limitándose a otorgar explicaciones genéricas sobre la necesidad de reformar el texto penal: *“el Código Penal vigente, antiguo, incompleto, disperso y retocado, ha sido permanentemente modificado. La codificación de 1971 ha soportado, en casi cuarenta años -desde octubre de 1971 hasta la producida en mayo del 2010- cuarenta y seis reformas. A esto hay que sumar más de doscientas normas no penales que tipifican infracciones”*. Resulta extraño que un cambio tan significativo, seguramente el más importante, en materia penal durante muchos años, no haya merecido una mínima atención expositiva.

Previamente, en España, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ya había incorporado a la legislación española un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJs) —personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y determinadas personas jurídico públicas-. La referida decisión legislativa supuso una ruptura total con una tradición histórica largamente mantenida. Ciertamente es que ya se habían producido algunas intervenciones legislativas vinculadas a la actuación delictiva desde ámbitos de empresa, pero todas ellas evitaron recurrir a fórmulas que sugiriesen la responsabilidad de ésta; me refiero, en concreto, a las consecuencias accesorias contenidas en el artículo 129 Código penal (CP) en su versión anterior a la reforma de 2010 y a la fórmula de responsabilidad solidaria de la persona jurídica en el pago de la multa impuesta a la persona física autora del delito (antiguo artículo 31.2 CP) que la misma reforma 5/2010 suprimió. Más allá de lo acertado o desacertado de tales medidas, tras ellas subyacía una lógica preocupación por la necesidad de intervenir de un modo complementario, cuando el delito se ejecutaba desde una estructura societaria, pero dejando claro que la responsabilidad era únicamente personal e individual.

A la vista de la **similitud entre ambas regulaciones** (en particular del nuevo modelo ecuatoriano con la redacción inicial implantada en España en el año) puede afirmarse que la fórmula española ha sido clara inspiradora de la nueva regulación ecuatoriana. Sin embargo también debe advertirse que la legislación española fue modificada de forma relevante a través de la Ley Orgánica 1/2015, incorporando una serie de novedades que han sido reconocidas en algunos aspectos por la legislación ecuatoriana gracias a recientes reformas. De todas ellas la más relevante es la **regulación de las principales características que debe tener un modelo de organización y control** (instrumento conocido habitualmente como “compliance”, “compliance penal” o compliance penal corporativo”). El compliance es el instrumento que posibilita una exención de responsabilidad por ausencia del defecto de organización.

El Ecuador cuenta con normativa reciente sobre Compliance y de esta manera, debido a su corta expedición, se utilizan lineamientos de países con similar sistema, como se ha entendido en España. Cabe mencionar que la ausencia de una regulación específica del compliance en absoluto debe entenderse como la inexistencia de la cláusula (independientemente de su naturaleza jurídica) de exención de responsabilidad, pues la misma **es inherente a cualquier modelo de responsabilidad de las personas jurídicas** y así se entendió en España entre el año 2010 y 2015, periodo en el que no se contaba con una regulación específica.

Por lo tanto, también en Ecuador se reducirá potencialmente la responsabilidad penal de la empresa, o incluso se exonerará completamente, si la misma **ha adoptado un modelo adecuado de prevención de delitos o compliance penal corporativo, que pueda ser considerado judicialmente como “eficaz”** (*aquel con capacidad potencial para evitar la comisión del delito, independientemente de que por determinadas razones, en el caso concreto no lo haya podido evitar*). La dificultad que tendrán por lo tanto los operadores judiciales ecuatorianos estriba en la ausencia de referencias legales para determinar cuándo un compliance está bien construido. Dado que la regulación y sus nuevas reformas del modelo de responsabilidad está muy basada en la española, parece razonable esperar que los jueces de Ecuador se apoyen también en la comprobación de la presencia de las condiciones y requisitos presentes en los apartados 2 a 5 del art. 31 bis del Código penal español.

1.2. Razones formalmente alegadas para la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y fundamento o ventajas atribuidas a la co-responsabilidad penal del ente

En virtud de lo explicado y de la inspiración del modelo español en la legislación ecuatoriana, cuando tratamos de buscar las razones originales que motivaron la decisión político-legislativa en España, ahora comentada, observamos que en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, al igual que ocurre en el texto ecuatoriano, no se detallan razones materiales o argumentos relativos a la “necesidad” real de proceder al castigo penal de los entes sociales, cuestión que sin duda habría merecido mayor atención. Por el contrario, se afirma (como ocurre cada vez con más frecuencia) que lo que fundamentalmente ha motivado esta intervención son los numerosos “instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara frente a las personas jurídicas” para, a continuación, concretar una serie de figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas “se hace más evidente” (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de dinero, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, etc.).

Pese a que la Exposición de Motivos de las normas que introducen el modelo no se pronuncian al respecto, las razones o argumentos alegados en defensa de la fórmula de RPPJs tienen por lo general un carácter pragmático, bajo la idea de que la sociedad actual necesita implicar seriamente a este tipo de entes en la lucha contra la criminalidad económica.

En particular, de entre las razones que harían aconsejable el castigo penal de las empresas, creo que pueden destacarse al menos cuatro. Así, en primer lugar, dado que las sociedades son sujetos que intervienen en el tráfico jurídico y contraen obligaciones, la única forma de evitar los excesos y la lesión para bienes colectivos y de terceros sería acudir, al igual que se hace con las personas físicas, a la forma de intimidación más contundente, que no es otra que la constituida por el Derecho penal. Siendo las personas jurídicas sujetos de derechos y de deberes jurídicos, no habría razón para que no aparezcan también vinculados por los deberes, obligaciones y sus contundentes respuestas jurídico-penales. La amenaza penal se presenta como fórmula para motivar a las personas jurídicas a cumplir la ley y a desarrollar sistemas de *compliance* como forma de autorregulación privada. Se pretende, de este modo, la implicación de las sociedades en la prevención del delito, razón por la que precisamente la colaboración de la empresa sería la forma legal ordinaria de rebajar o excluir su propia culpabilidad. Por ello, se haría necesario el desarrollo de un modelo de *compliance* realmente efectivo, **evitando los llamados “mercados de certificaciones”**, en el que la ejecución, desarrollo y venta de este tipo de instrumentos se convertiría en un proceso más o menos formal, alejado de las realidades de cada sociedad.

En segundo lugar, la responsabilidad de la propia empresa vendría a plantearse como una solución para atenuar la insatisfacción derivada de la frecuente imposibilidad de

sancionar al delincuente económico, esto es a la persona o personas físicas responsables del delito ejecutado desde el ámbito de una empresa; las dificultades unas veces para identificar al autor, otras para imputarle el delito y más aún para que sea penalmente condenado son más que evidentes. En efecto, el trayecto que debería llevar a la imposición de una pena en el ámbito del Derecho penal económico está en efecto sembrado de obstáculos; se trata básicamente de dificultades probatorias en la determinación de los autores de la conducta delictiva, pero también de aquellas otras derivadas del recurso a instrumentos de autodefensa cada vez más desarrollados frente a la acción de la justicia. Pero además existen significativas limitaciones dogmáticas de imputación a la hora de atribuir responsabilidades penales a través de los instrumentos jurídicos. Una parte de estas últimas han tratado de ser resueltas unas veces, a través de la inclusión de mecanismos específicos en el derecho positivo y, otras, mediante la elaboración de nuevas construcciones dogmáticas.

Con el objeto de hacer frente a tal situación, la fórmula propuesta determina la plena compatibilidad entre la RPPJs y la de las personas físicas (**arts. 49 Y 50 COIP ecuatoriano y art. 31 ter CP español**). De hecho, parece que en la reforma subyace la idea de que, en aquellos casos en que no resulte posible identificar a los autores del delito, “al menos”, pueda sancionarse penalmente a la persona jurídica. Si se demuestra que se ha cometido el delito, aunque no se pueda averiguar quién es el autor, o no se le puede condenar penalmente (al no poder dirigir contra él el procedimiento penal, por ejemplo, por fallecimiento del mismo) la persona jurídica sí podrá ser sin embargo penalmente condenada. En este punto es donde encontramos una diferencia esencial con el modelo norteamericano de responsabilidad de los entes corporativos, en el que esta forma de responsabilidad es un instrumento de presión jurídico para que se determine quien es el autor o autores (persona/s física/s) de los hechos. Por el contrario, el modelo adoptado por el legislador español supone el reconocimiento del fracaso de un sistema penal incapaz, en la mayoría de las ocasiones, de castigar eficazmente al delincuente económico y que se ha de conformar con la responsabilidad propia del ente. Esto ha sido motivo de inspiración para el ecuatoriano.

Sin embargo, sería otro factor el que habría de resultar más relevante para justificar la intervención legislativa. En concreto, los objetivos político-criminales aducidos por los valedores de la reforma se apoyan de manera insistente en su presunta eficacia para combatir la delincuencia económica ejecutada desde ámbitos empresariales. Se trataría de razones de prevención general materializadas en una amenaza que estimularía el cuidado de los titulares de la sociedad (de su capital social) respecto a la designación de personas con capacidad suficiente para ejecutar de modo diligente, y sobre todo legal, las funciones de gestión de la sociedad y control del resto del personal de él dependiente y para adoptar medidas de *management* necesarias para la obtención de objetivos basados en la supresión o minoración al máximo de comportamientos antijurídicos. De modo paralelo los socios o accionistas (los titulares del capital) se

implicarían en el control de quienes ejercen la gestión de la sociedad (autoregulación), dado que sus excesos repercutirían indirectamente en su inversión. En concreto, al ser de contenido económico (directo o indirecto) las sanciones penales previstas para la empresa su imposición supondría un empobrecimiento del valor de sus acciones o participaciones en la sociedad. Evidentemente este tercer argumento podrá operar de forma significativa en algunos tipos de sociedades, pero estará más bien diluido en otras, en particular en aquellas (especialmente las de gran tamaño) en la que el accionista es un mero inversor, sin interés ni capacidad real de implicarse en el control del funcionamiento de la sociedad.

En cuarto lugar, tampoco deben obviarse otras ventajas del sistema de responsabilidad del ente, como las significativamente mayores posibilidades de que se haga frente a las obligaciones civiles derivadas del delito (responsabilidad directa y solidaria de la empresa). El castigo de la propia entidad debe servir para tratar de asegurar las responsabilidades civiles derivadas del delito, en la medida en que la condena de la empresa –en principio- está sometida a menos dificultades teóricas y materiales que la de la persona física (a las que ya hemos aludido) y recordemos, que sin la condena de la persona física autora del hecho delictivo no es posible activar la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

1.3. La adopción de un sistema de *numerus clausus*: tipos penales seleccionados

El legislador ecuatoriano ha optado por establecer un **sistema de *numerus clausus*** con respecto a los delitos a los que se les puede aplicar el modelo, que son identificados en los concretos tipos de la parte especial. Dicho de otro modo, **la empresa** no puede ser considerada **responsable** de cualquier delito, sino sólo de alguno de los que **expresamente prevén dicho régimen de responsabilidad**. Se trata de una decisión de política legislativa mayoritaria en los modelos de RPPJs, pero que tiene excepciones¹.

En la regulación penal ecuatoriana se identifican 26 categorías delictivas (**algunas múltiples**) en el COIP.

Delito	Artículo COIP
--------	---------------

¹ Como ocurre por ejemplo en el modelo francés. Su ley del 9 de marzo de 2004 suprimió las previsiones del artículo 121-2 CP que reconocía la responsabilidad “en los casos previstos por la ley o reglamento”, siendo posible desde diciembre de 2005 la condena penal de las empresas por cualquier infracción, salvo que se excluya expresamente.

1	- delitos de lesa humanidad	(89 y 90)
2	- trata de personas	(91 y 94)
3	- delitos de diversas formas de explotación	(95 a 109)
4	- ocupación ilegal de suelo o trafico de tierras	(201)
5	- insolvencia fraudulenta	(205)
6	- trafico ilícito de migrantes	(213)
7	- producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados	(217)
8	- desatención del servicio de salud	(218)
9	- engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos	(235)
10	- destrucción de bienes de patrimonio cultural	(237)
11	retención ilegal de aportación a la seguridad social	(242)
12	- falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica	(243)
13	- delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama	(245 a 267)
14	- cohecho	(280)
15	- enriquecimiento privado no justificado	(297)
16	- delitos económicos (corrupción entre privados)	(307 a 325)
17	- lavado de activos * -Las normas de lavado de activos también hacen responsables a las personas jurídicas: a) ley de prevención de lavado de activos y del financiamiento de delitos (registro oficial suplemento 802 de 21-jul.-2016 (modifica el art. 298 CP) b) Reglamento ley de lavado de activos y del financiamiento de delitos (Decreto Ejecutivo 1331-Registro Oficial Suplemento 966 de 20-mar.-2017. Art. 2.- Ámbito.- Las disposiciones de este Reglamento rigen para las instituciones y personas naturales y jurídicas determinadas en los artículos 4 y 5 de la Ley.	(317)

1.4. Ventajas desde un punto de vista material atribuibles a la responsabilidad penal de la empresa

Ni el Preámbulo de la L.O. 1/2015 ni el COIP publicado en el registro oficial N. 180 del 10 de febrero de 2014 se pronuncian al respecto. Las razones o argumentos alegados en defensa del modelo de RPPJs tienen por lo general un carácter pragmático, bajo la idea de que cada vez resulta más urgente implicar seriamente a este tipo de entes en la lucha contra la criminalidad económica (y de otro tipo).

En particular, de entre las razones que harían aconsejable el castigo penal de las empresas podrían destacarse las siguientes.

- En primer lugar, dado que las sociedades son sujetos que intervienen en el tráfico jurídico y contraen obligaciones, la única forma de evitar los excesos y la lesión de bienes colectivos y de terceros sería acudir, al igual que se hace con las personas físicas, a la forma de intimidación más contundente, que no es otra que la constituida por el Derecho penal. Siendo las personas jurídicas sujetos de derechos y de deberes jurídicos, no habría razón para que no aparezcan también vinculados por los deberes, obligaciones y sus contundentes respuestas jurídico-penales.

- En segundo lugar, la responsabilidad de la propia empresa vendría a plantearse como una solución para atenuar la insatisfacción derivada de la frecuente imposibilidad de sancionar al delincuente económico, esto es a la persona o personas físicas responsables del delito ejecutado desde el ámbito de una empresa; las dificultades unas veces para identificar al autor, otras veces para imputarle el delito y más aún para que sea penalmente condenado son más que evidentes. El trayecto que debería llevar a la imposición de una pena en ese ámbito está en efecto sembrado de obstáculos; se trata básicamente de dificultades probatorias en la determinación de los autores de la conducta delictiva, pero también de aquellas otras derivadas del recurso a instrumentos de autodefensa cada vez más desarrollados frente a la acción de la justicia. Pero, además, existen significativas limitaciones dogmáticas de imputación a la hora de atribuir responsabilidades penales a través de los instrumentos jurídicos clásicos. Una parte de estas últimas han tratado de ser resueltas unas veces, mediante la inclusión de mecanismos específicos en el derecho positivo y, otras, a través de la elaboración de nuevas construcciones dogmáticas sin, por cierto, demasiado éxito hasta la fecha.

- En directa relación con lo anterior, otra ventaja del sistema de responsabilidad del ente, se concretaría en las significativamente mayores posibilidades de que se haga frente a las **obligaciones civiles derivadas del delito** (responsabilidad directa y solidaria de la empresa). El castigo de la propia entidad debe servir para tratar de asegurar las responsabilidades civiles derivadas del delito, en la medida en que la condena de la empresa –en principio- está sometida a menos requisitos materiales que la de la persona física.

- Sin embargo, es otro factor el **decisivo** para justificar la intervención legislativa. En concreto, los objetivos político-criminales aducidos por los valedores de la reforma se

apoyan de manera insistente en su presunta eficacia para combatir la delincuencia económica ejecutada desde ámbitos empresariales. Se trataría de razones de **prevención general, materializadas en una amenaza que estimularía el cuidado por parte de los titulares de la sociedad (a través de sus gestores sociales) respecto al establecimiento de mecanismos dirigidos a la designación y control de personas con capacidad suficiente para ejecutar de modo diligente, y sobre todo legal, las funciones de gestión de la sociedad y control del resto del personal de él dependiente y para adoptar medidas (como parte del *management*) necesarias para la obtención de objetivos basados en la supresión o minoración al máximo de comportamientos antijurídicos. Al tener todas las consecuencias jurídicas previstas para la empresa un contenido económico (directo o indirecto) su imposición supondría un empobrecimiento del valor de su participación en la sociedad.**

1.5. Requisitos de los modelos de responsabilidad: criterios de transferencia o conexión

Como puede verse en el cuadro que aparece al final, las coincidencias entre ambos modelos son sustanciales.

1.5.1 Doble hecho de conexión o criterio de transferencia

En ambos modelos se activa la responsabilidad de la entidad, a partir de la comisión de delitos por determinadas personas físicas con poderes de gestión y representación o por aquellos dependientes de estos, cuando no se ha ejercido un adecuado control sobre los mismos. Existe por lo tanto un "*doble hecho de conexión*" capaz de activar esta forma de responsabilidad.

En efecto, los preceptos encargados de establecer las bases del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP y 49 COIP) configura un **doble criterio de transferencia** o doble vía de imputación (también denominado doble hecho de conexión). La doble vía de imputación expuesta tiene su origen en la traslación del contenido del art. 5 del Decreto Legislativo italiano de 8 de junio de 2001.

Así el texto ecuatoriano de un modo muy similar al español establece este doble criterio:

(A) *quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión.*

(B) y, en general, por *quienes actúen bajo ordenes o instrucciones de las personas naturales citadas.*

1.5.2 Elementos comunes a ambos hechos de conexión

a) El significado de la expresión “delitos cometidos”

La responsabilidad de la propia entidad se activa, según lo expuesto, cuando una de las personas físicas enunciadas, comete un delito (“responderá (...) de los delitos cometidos”) de entre los específicamente habilitados para activar el mecanismo de imputación a la persona jurídica (art. 49 COIP y 31 bis CP).

La cuestión a la que ahora tratamos de dar respuesta es si es necesaria o no la presencia de todos los elementos del delito cometido por la persona física en los términos indicados. Si es condición *sine qua non* la condena penal de dicha persona física y, en caso de que la respuesta sea negativa, si deben estar presentes todos o sólo algunos, y en cuyo caso cuáles, de los requisitos que conforman el delito (la acción típica, antijurídica, culpable y, en su caso punible).

Pues bien, aparece parcialmente resuelta a través de lo dispuesto en el art. 31 ter CP Español, que prevé expresamente la posibilidad de castigo de la persona jurídica, “aun cuando la concreta persona física responsable *no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*” (primer apartado) o incluso “*hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia*” (segundo apartado). A partir de ahí ya sabemos que tiene que constar la comisión de un delito, pero no es preciso saber quien ha sido su autor o, aún sabiéndolo, no haya sido posible su persecución penal. En consecuencia, para que la persona jurídica pueda ser considerada penalmente responsable no tiene que haber recaído sentencia condenatoria sobre la persona física ni –consiguientemente- pena. En el caso del COIP, dispone el artículo 49 (...) que *la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u*

omisiones en la comisión del delito y añade el art. 50 que (...) la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento.

Sigue, sin embargo aún pendiente determinar cuál o cuáles de los elementos delito deben estar meridianamente acreditados, aunque sea fuera del proceso penal.

A la vista del contenido de los preceptos enunciados, tampoco parece necesaria la constatación de la culpabilidad de la persona física para que la persona jurídica pueda responder penalmente. A partir de ahí, y ya en un sentido positivo, la primera conclusión que se obtiene es que no parece haber demasiadas dudas en torno a la necesaria presencia de un contenido mínimo, que es el *desarrollo por alguna de las personas indicadas de una acción (u omisión) recogida como delito (objetivamente típica)* por alguna de las figuras que autorizan este modo de responsabilidad.

Más dudas surgen aún, en torno a la exigencia de la necesaria constatación de dolo (o en su caso imprudencia) en el comportamiento del autor persona física. Así, en España, una parte de la doctrina se ha manifestado en sentido negativo, considerando que es suficiente la presencia de un hecho objetivamente típico; de ese modo la mera lesión o puesta en peligro del bien jurídico podría constituir una condición objetiva de punibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En mi opinión, la presencia de dolo (o, en su caso, imprudencia) en la persona física, cuyo comportamiento, a su vez activa la responsabilidad penal de la persona jurídica, sí parece necesaria, pues resulta inherente a los concretos tipos de la parte especial a los que puede aplicarse el modelo. Parece indispensable la necesaria presencia de los presupuestos establecidos en el art. 31 bis CP y 49 COIP, cuya referencia a “delitos” se proyecta sobre los tipos de la parte especial y estos incluyen un comportamiento típico generalmente doloso y, en algunas ocasiones, imprudente.

Ciertamente, a la vez, esto debe coordinarse con el dato expresamente previsto en el art. 31 ter y 49 COIP, según el cual la posible responsabilidad de la persona jurídica puede determinarse sin saber quién ha sido el autor (persona física) del delito -o pudiendo estar éste ilocalizable, o incluso ya no existir por haber fallecido-, con lo que careceríamos de la prueba directa del referido aspecto subjetivo. De este modo, debería ser suficiente (si no existe la posibilidad de traer al proceso a la persona física

por cualquiera de las razones antedichas) con la constatación de la presencia de un hecho que por su naturaleza y características concomitantes presenta caracteres claros de haber sido realizado voluntariamente (o en su caso de forma negligente).

Finalmente debe destacarse que el legislador parece haber tenido en cuenta únicamente la intervención de los diferentes sujetos que cometen el hecho delictivo, a título de autor (*delitos cometidos*), no activándose la responsabilidad de la propia entidad cuando su comportamiento haya consistido en intervenir en hechos (distintos de los enumerados por el precepto) de otros a título de inductor o cooperador.

b) Personas con capacidad para activar el hecho de conexión

Desde otro punto de vista, los preceptos reguladores del modelo han previsto **un número significativo de las personas físicas capaces de activar el hecho de conexión** que da lugar a la responsabilidad de la entidad. En el caso español esas personas están identificadas como: a) *"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) *quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso*. En la **fórmula ecuatoriana** dichas categorías aparecen descritas del siguiente modo: a) quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por **b)** quienes actúen bajo ordenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

c) Exigencia de que la conducta se realice en beneficio de la persona jurídica

Otro de los requisitos del hecho de conexión es la actuación (de la persona física) en beneficio de la persona jurídica, que en el caso del art. 49 COIP se extiende además a las actuaciones en beneficio de "su asociados".

El primer efecto que tiene la expresión **"en beneficio directo o indirecto"** (art. 31 bis CP) o **"en beneficio de la persona jurídica"** (art. 49 COIP), aunque resulta obvio y podrá obtenerse también de otros elementos descriptivos, es que, desde un punto de vista negativo, permite descartar el castigo de las personas jurídicas, *cuando ellas sean las principales o una de las víctimas del comportamiento delictivo* llevado a cabo por sus gestores sociales.

A partir de ese mínimo, una de las cuestiones con mayor trascendencia práctica y que ya se suscitaba antes de la reforma, es la relativa a la determinación de la naturaleza, subjetiva u objetiva (y un dentro de esta efectiva o potencial –también llamada tendencial-), que debe darse a la referida expresión. El delito (cometido por la persona física) tiende a producir (idoneidad o aptitud objetiva de la conducta) un beneficio a la sociedad, sin que sea sin embargo preciso que el mismo tenga lugar.

Esa es también a mi juicio la interpretación correcta. La conducta potencial (y normalmente) idónea para producir ese resultado (beneficio). Sin embargo, como ya se apuntó, el beneficio, no tiene por qué producirse y tampoco es necesario que sea buscado expresamente por el autor (pensemos por ejemplo, en un delito fiscal o en un delito medio ambiental por ahorro de medidas de control). Sobre el rechazo a dotar de un carácter subjetivo a la referida expresión, parece que si el legislador hubiera querido otorgarle este sentido, probablemente hubiera optado por expresiones más directas, tales como *"con la intención de beneficiar"*, o *"para beneficiar"*, *"para beneficio"* (*propio o de sus asociados*) lo que, por otra parte, comportaría serias dificultades de prueba.

El sentido objetivo de la referida expresión parece ser, por otra parte, el único que permite la compatibilidad con los delitos imprudentes (culposos), capacitados para activar la responsabilidad de la propia entidad. La persona física puede actuar de forma imprudente "en beneficio directo o indirecto de la sociedad". Dado el carácter objetico-tendencial que le hemos atribuido no habría inconveniente: pensemos por ejemplo en el desconocimiento inexcusable de una medida de control de vertidos o emisiones que termina en un delito medio ambiental. Ese desconocimiento supuso el ahorro de una serie de medidas de control (el autor persona física habrá actuado en beneficio indirecto de la sociedad). En efecto, la existencia dentro del elenco de delitos que activan esta forma de responsabilidad de delitos imprudentes no es más que otra evidencia de la dificultad, cuando no imposibilidad, para atribuir a la expresión "en beneficio" un carácter subjetivo (entendida como búsqueda de beneficio).

Es por otra parte, el criterio también defendido por la Sentencia del Tribunal Supremo español (STS) 54/2016, que describe el significado de tal expresión como *"objetiva"*

tendencia a conseguir una ventaja para la persona jurídica”, lo que requiere la constatación *ex ante* de la idoneidad (abstracta) de la conducta (aptitud) para que el ente corporativo obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella, aunque tal beneficio no fuese directo o inmediato.

El comportamiento delictivo del representante no tiene que obedecer a una confluencia de intereses con los de la sociedad, independientemente de que a ésta su comportamiento le pueda beneficiar; así, pensemos por ejemplo en la remuneración variable que con frecuencia reciben gestores en función del beneficio obtenido por la entidad. De este modo, la búsqueda de un beneficio (directo) para la sociedad (a través del delito) podría venir motivado por el beneficio indirecto que del mismo se puede derivar para el representante; al no tratarse de un beneficio necesariamente constatable, evitamos las enormes dificultades que podría plantear en ocasiones la prueba de la relación causa-efecto entre el hecho delictivo y el beneficio obtenido por la sociedad.

El beneficio al que se viene aludiendo (se diga o no expresamente –como sí sucede en el modelo español-) puede ser tanto *directo* como *indirecto*. Desde un punto de vista económico, el carácter directo del beneficio implica la (posibilidad de) obtención de ingresos para la sociedad. Por el contrario, el beneficio *indirecto* puede referirse a otros aspectos como ahorro de costes (por ejemplo, un delito fiscal, que implica el abono de menos impuestos, o un delito medioambiental derivado del ahorro en medidas preventivas medioambientales obligatorias).

Pero además, como apunta la Sentencia del Tribunal Supremo español 154/2016, el beneficio indirecto puede dar cabida a cualquier tipo de ventaja, incluidas las expectativas de mejora de posición respecto a otros competidores, beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales y también permite dar cabida, como antes se apuntó los comportamientos en los que el autor actúe con el objeto de mejorar la parte variable de su retribución, beneficiando indirectamente a la sociedad. También se pueden calificar como indirectos los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto, como ocurre en los supuestos en que se recurra a cadenas de sociedades.

El beneficio no tiene por que tener necesariamente, aunque será lo habitual, un contenido estrictamente económico. Esta circunstancia permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, como es el caso de las fundaciones.

El referido requisito se completa, en el caso del art. 49 del COIP del siguiente modo: No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, **en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica**. Se trata por lo tanto de una cláusula restrictiva de la responsabilidad de la entidad que, sin embargo, habrá que entender que viene referida a aquellos supuestos en lo que el tercero beneficiado no tenga ninguna relación o conexión con la persona jurídica o sus directivos.

1.6. Cláusula de independencia y compatibilidad de la responsabilidad de la persona física y de la persona

Tanto en el art. 31 ter del CP español como en los arts. 49, segundo inciso, y 50 del COIP ecuatoriano se establece la **independencia** y, a la vez, la **compatibilidad**, entre la responsabilidad de la persona física y la de la jurídica.

El artículo 31 ter CP español dispone lo siguiente: *1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. (...) 2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.*

De un modo similar, el art. 49 COIP dispone que *la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. Por su parte, el art. 50 establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento.*

En la **redacción española** se contienen dos cuestiones claramente diferenciadas: a) En primer lugar una cláusula de independencia y compatibilidad entre ambas

responsabilidades que determina que, una vez presente el hecho de conexión estudiado, la responsabilidad de la persona jurídica ya no dependerá de las vicisitudes procesales de la de la persona física. De tal manera la persona jurídica podrá responder igualmente, aunque: - la concreta persona física responsable no haya sido individualizada, - no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, a3- haya fallecido, - se hayan sustraído a la acción de la justicia, - sea inimputable b) En segundo lugar, las circunstancias que agraven o atenúen (por razones de culpabilidad) la responsabilidad de la persona física, tampoco tendrán transcendencia en la responsabilidad de la persona jurídica y su determinación.

En el primer apartado se mezclan causas de extinción de la responsabilidad penal como la muerte del reo, con causas de inimputabilidad, y otras vicisitudes procesales: ha huido, se desconoce quién es el autor del hecho, está ilocalizable, etc. La independencia y autonomía entre la responsabilidad de la persona física y de la jurídica, en la medida en que ésta es susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la primera, es precisamente una de las características definitorias y que da sentido al modelo. La responsabilidad es directa y acumulativa y no subsidiaria o alternativa.

.....

En cuanto a los efectos prácticos que puede producir esta cláusula, el primero –ya apuntado- es que facilita de forma significativa el castigo de la persona jurídica. Ello debiera permitir reducir el número, tan alto en el ámbito de la criminalidad a la que va dirigido el modelo, de casos no resueltos, lo que debiera ayudar a alcanzar uno de los objetivos últimos: tratar de asegurar las responsabilidades civiles derivadas del delito, en la medida en que la condena de la empresa –en principio- está sometida a menos dificultades teóricas y materiales que la de la persona física.

Por el contrario, como posible efecto negativo, en base a lo expuesto, si bien la compatibilidad de ambas responsabilidades no obstaculiza en el plano teórico la persecución penal del responsable directo del delito; sin embargo, no sería de extrañar que la presencia de una solución como la que aquí se analiza (castigo de la propia persona jurídica) termine por relajar aún más los esfuerzos (nada despreciables) de identificar, perseguir y castigar al autor del delito, especialmente cuando se trata de un gestor de la sociedad. Por el contrario, en sentido positivo y como antes se apuntó, si bien la compatibilidad de ambas responsabilidades no obstaculiza en el plano teórico la persecución penal del responsable directo del delito; sin embargo, no sería de extrañar que la presencia de una solución como la que aquí se analiza (castigo de la propia persona jurídica) termine por relajar aún más los esfuerzos (nada despreciables) de identificar, perseguir y castigar al autor del delito, especialmente cuando se trata de un gestor de la sociedad.

1.7. Sanciones aplicables y otras cuestiones

Finalmente, ambas regulaciones prevén una **clausula de no-extinción de la responsabilidad de la persona jurídica (arts. 50/71 COIP y 130.2 CP)**. En los **tipos de penas** que se pueden imponer también existen similitudes significativas (art. 71 COIP y 33.7CP), que se extienden a la adopción de medidas **cautelares (art. 550 COIP y 33.7 CP)**.

En el modelo ecuatoriano, el catálogo de las sanciones aplicables se encuentra determinado en el artículo 71 del Código Orgánico Penal Integral; y, las medidas cautelares en el artículo 550, estableciendo penas como: multa, comiso penal, clausura temporal o definitiva de establecimientos, ejecución de actividades en beneficio de la comunidad, remediación de daños ambientales, disolución de la persona jurídica, prohibición de contratar con el Estado y como medida de seguridad, entre otras, la intervención de la organización.

En concreto, el art. 71 dispone que las penas específicas aplicables a las personas jurídicas, son las siguientes:

1. **Multa.**

2. **Comiso penal.** Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, que se reconocen, liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial.

3. **Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos**, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.

4. Realizar **actividades en beneficio de la comunidad** sujetas a seguimiento y evaluación judicial.

5. **Remediación integral de los daños ambientales causados.**

6. **Disolución de la persona jurídica**, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontratación o de reactivación de la persona jurídica.

7. **Prohibición de contratar con el Estado** temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.

En el modelo español, las **penas** que se pueden imponer a la empresa son multas o medidas limitativas de la actividad. En concreto, según el apartado 7 del art. 33 del CP son las siguientes:

Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen –todas- la consideración de graves, son las siguientes:

- **a)** Multa por cuotas o proporcional.
- **b)** Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- **c)** Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- **d)** Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- **e)** Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- **f)** Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- **g)** Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

1.8 Propuesta de reforma del COIP: Introducción de nuevos delitos y regulación legal del compliance

Actualmente se encuentran aprobadas las reformas al Código Orgánico Integral Penal. El informe para Segundo Debate del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal, en concreto en su apartado 4.6, titulado "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas" dispone lo siguiente:

Entre las innovaciones que trajo el Código Orgánico Integral Penal consta la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta innovación, supuso la diferenciación de la responsabilidad personal de quienes administran una persona jurídica, con la responsabilidad de la entidad cuando esta actúa como parte de una política empresarial en algún ilícito. Por principio de legalidad se incorporaron sanciones penales en algunos delitos, siendo posiblemente única en estos en los que procede la responsabilidad penal de estas sociedades.

Con ese antecedente **se ha revisado la necesidad de incorporar sanciones en otros tipos penales en los que podría determinarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

Es así que **resulta necesario incorporar un capítulo que regule las sanciones de las personas jurídicas acorde a estándares internacionales y sobre todo un adecuado lineamiento de compliance, el cual " se configura por una serie de pautas, líneas, directrices o reglas que deben cumplirse para que el actuar pueda ser considerado en armonía con le ordenamiento jurídico".**

Sobre esto, abogados especializados en la materia recibidos en la comisión han manifestado que **la regulación debe ser integrada en el COIP y complementarse con normativa relacionada en el ámbito de las empresas como las Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.**

Para hablar de la responsabilidad penal de la persona jurídica es indudable que se presupone un acto cometido por la persona natural ya que esto constituye el hecho de conexión necesario, pero este acto siempre será cometido en beneficio de la empresa caso contrario no resulta un delito de la persona jurídica sino un delito propio de la persona natural. En otras palabras, la responsabilidad penal de a persona jurídica es autónoma e individual de la persona natural, si no se alcanza a identificar o individualizar la responsabilidad de la persona natural, no significa que no se pueda procesar a la persona jurídica.

Con este antecedente, **la Comisión de Justicia recomienda al Pleno modificar el Código Orgánico Integral Penal para establecer sanciones para las personas jurídicas en algunos tipos penales en los que no se encuentra previsto en la actualidad sanción alguna,** además de modificar el régimen aplicable para la determinación de la responsabilidad individual de la persona jurídica, estableciendo

reglas que hagan posible determinar con precisión en qué casos se podrá sancionar y en que casos no.

1.9. Anexo: Cuadro comparativo

Código Orgánico Integral Penal (ECUADOR)	CÓDIGO PENAL (ESPAÑA)
Artículo 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de (A) quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por (B) quienes actúen bajo ordenes o instrucciones de las personas naturales citadas. (...) No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, <u>en beneficio de un tercero ajeno a la</u>	Artículo 31 bis 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 aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

<u>persona jurídica.</u>	
Artículo 49 (...) La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. (...) Artículo 50.- Concurrencia de la responsabilidad penal.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento.	Artículo 31 ter 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.
Artículo 50.- Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.	Artículo 130.2 2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado

	de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. .
Artículo 71.- Penas para las personas jurídicas.- Las penas específicas aplicables a las personas jurídicas, son las siguientes: 1. Multa. 2. Comiso penal. Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, que se reconocen, liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial. 3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado. 5. Remediación integral de los daños ambientales causados.	Artículo 33.7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes a) Multa por cuotas o proporcional. b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener

6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, Código Orgánico Integral Penal 53 en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de reconstrucción o de reactivación de la persona jurídica. 7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.	subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.
Artículo 550.- Medidas cautelares para personas jurídicas.- - La o el juzgador podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas cautelares: 1. Clausura provisional de locales o	Artículo 33.7 La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

establecimientos. 2. Suspensión temporal de actividades de la persona jurídica. 3. Intervención por parte del ente público de control competente. La intervención se podrá suspender previo informe del interventor. La medida cautelar dispuesta por el juzgador tendrá prelación frente a cualquier otro procedimiento administrativo, aún si este último, se inició con anterioridad a la providencia judicial.	
---	--

2. Defensa penal preventiva: análisis (previo) dirigido al conocimiento de SEMAICA cuestionario y entrevista con los directivos

2.1 Información solicitada a la empresa para la evaluación de riesgos de comisión de delitos (Primera Fase)

ACTA DE LA PRIMERA REUNIÓN COMPLIANCE SEMAICA C.A.

1) A través de la plataforma electrónica Zoom, a las 10:00, hora de Ecuador, del cuarto día del mes de junio de 2020 se realizó la Primera Reunión de coordinación, conforme al cronograma propuesto, para la ejecución del Compliance de la Empresa Sevilla y Martínez Ingenieros SEMAICA C.A., contando con la presencia de las siguientes personas por parte de García Falconí & Asociados:

- Dr. Ramiro García Falconí
- Abg. María Mercedes Arévalo
- Dr. Javier Fernández Teruelo

A su vez, por parte de SEMAICA C.A. y en calidad de administradora del Contrato, se contó con la siguiente persona:

- Dra. Inés María Baldeón.

2) Los puntos tratados en esta reunión fueron los siguientes:

- A) Propuesta de nuevas fechas de las acciones propuestas para el Compliance debido a la situación mundial por la pandemia del COVID-19.
- B) Acuerdo de replantear el cronograma de trabajo (priorizando trabajo telemático).
- C) Necesidad de reuniones periódicas vía Zoom para mantener la comunicación.
- D) Existencia de un contacto directo de SEMAICA C.A. con el Dr. Javier Fernández.

3) Se resolvieron de esta forma los puntos tratados:

- A) Desde la siguiente semana estará realizado el cronograma por el Dr. Javier Fernández, quien lo estructurará con fechas y metas según la necesidad de avanzar fases, recopilar información y construir las partes necesarias para que sean analizadas y completadas, tomando en cuenta todas las vicisitudes que puedan darse por la situación mundial.
- B) La aplicación de WhatsApp servirá como un medio de comunicación directa entre todos los comparecientes, pudiendo acceder a otros medios de ser necesario, como la plataforma Zoom, para realizar una o dos reuniones al mes, o cuando sea necesario, entre los comparecientes o entre los comparecientes con la parte directiva de SEMAICA C.A.
- C) El contacto directo de SEMAICA C.A. con el Dr. Javier Fernández será la Dra. Inés María Baldeón.

Con todo esto, se clausuró la Primera Reunión por el Compliance de la empresa SEMAICA C.A. con los miembros del Estudio Jurídico García Falconí & Asociados.

Para constancia de lo aquí señalado, se remite este documento a los correos electrónicos de todos los comparecientes: ramiro_garcia70@hotmail.com, mmercedesarevalo@gmail.com, xteruelo@uniovi.es y ibaldeon@ceas.com.ec, mismos quienes deberán confirmar su recibido.

El 30 de julio de 2020 se envió a SEMAICA el cuestionario inicial para la elaboración del compliance



JAVIER GUSTAVO FERNANDEZ TERUELO NUÑEZ

viernes, 3 de julio de 2020, 16:34

Para: Ines Baldeon B.

CC: 'Ramiro García F'; 'Maria Mercedes Arevalo Espinoza'; 'andres donoso'; 'Andrés Mariño Cárdenas'

SEMAICA cuestionario inicial 3_7_2020.pdf (154,7 KB) [Vista previa](#)

Traductor

Message Header Analyzer

Administrar aplicaciones...

Estimada Inés y resto de colegas,

Adjunto, cumpliendo el plazo previsto en el cronograma, el test inicial, con cuyas respuestas (una vez recibida) podré empezar a desarrollar la primera parte del trabajo y preparar las preguntas específicas, referidas a cada uno de los delitos y dirigidas a valorar el riesgo inicial.

Antes de hacerlo definitivo, los compañeros de Falconí asociados deberían revisar cuestiones terminológicas o pequeños ajustes. Si se procede a cualquiera de ellos, agradecería me envíen la versión última.

Un saludo muy cordial

Prof. Dr. Javier G. Fernández Teruelo

Catedrático de Derecho penal

Decano de la Facultad de Derecho

Abogado (ICAO) 3.456

Director del TP en Compliance Penal

Campus de "El Cristo" s/n. 33006 Oviedo

xteruelo@uniovi.es 985104721



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

El 30 de julio de 2020 se recibe respuesta al cuestionario inicial con los documentos adjuntos, que pasan a ser examinados para realizar el primer análisis de riesgo y poder preparar y remitir a la empresa las preguntas relativas al riesgo existente respecto a cada uno de los delitos.

Cuestionario SEMAICA



Maria Mercedes Arevalo Espinoza

jueves, 30 de julio de 2020, 17:40

Para: JAVIER GUSTAVO FERNANDEZ TERUELO NUÑEZ; 'Andrés Mariño Cárdenas'; adonosow; Ramiro García F

Cuestionario SEMAICA compilado.docx (34,2 KB); Proceso de Gestión de Compras.pdf (95,1 KB);

Procedimiento de Evaluación y homologación de proveedores y subcontratistas.pdf (68,6 KB); propósitos y valores.pdf (438,5 KB);

Certificado ISO 9001V2015.pdf (206 KB); Organigrama Semaica V1.3 2020.pdf (196,8 KB); CODIGO DE ETICA.pdf (1,2 MB);

REGLAMENTO DE HIGIENE Y SEGURIDAD.pdf (3,4 MB); MANUAL DE POLITICAS PARA LA GESTION DEL AREA DE TALENTO HUMANO.pdf (5,1 MB);

REGLAMENTO INTERNO.pdf (5,3 MB); MANUAL INTERNO DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS.pdf (7,8 MB) [Vista previa de todo](#)

A continuación se exponen las preguntas y respuestas del cuestionario básico, limitando las cuestiones del cuestionario avanzado a aquellas que se consideraron relevantes para el desarrollo del programa de prevención. Las respuestas se recibieron por correo electrónico y las mismas han quedado integradas en este documento. Todo ello ha posibilitado un conocimiento de las principales características de la empresa, cuyas respuestas más relevantes se recogen a continuación.

2.2 cuestionario básico (con respuestas)²

Texto de remisión: *En relación con las conversaciones mantenidas al respecto y con la aceptación de la Carta Propuesta presentada para efectuar el análisis de la situación de SEMAICA, que permita realizar un diagnóstico orientativo de posibles riesgos delictivos generados en su funcionamiento normal y de posibles imputaciones en base a las diferentes competencias profesionales asumidas por sus miembros, teniendo en cuenta el conocimiento que tenemos de vuestra empresa y actividad hemos elaborado un cuestionario que os solicitamos nos respondáis (indicándonos si existe documentación al respecto y en qué términos³) del modo más preciso posible⁴. Las cuestiones formuladas están dirigidas a la elaboración del programa de prevención en estricto cumplimiento de las condiciones⁵ y requisitos⁶ legales.*

² Acompañar los anexos que desarrollen la respuesta o acrediten lo alegado

³ En el caso de que constaran actas o documentos relativos a la delegación o atribución de poderes o funciones concretos dentro de la empresa que se considerara que por su contenido concreto pudieran resultar de interés para delimitar responsabilidades, sería conveniente su examen.

⁴ La documentación recibida tendrá carácter confidencial y se utilizará únicamente a los efectos de la evaluación solicitada, sirviendo para orientar acerca de los delitos de posible comisión en el funcionamiento normal de la empresa, la explicación de sus características principales, el diagnóstico sobre los riesgos que pueden conducir a los mismos y el estudio de su posible imputación a empleados, administradores o directivos de la misma, con propuesta, en su caso, de medidas que podrían ayudar a corregir las principales deficiencias detectadas y evitar o minimizar posibles imputaciones y/o responsabilidades penales.

⁵ 1.^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 o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a 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;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

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

⁶ Requisitos legales de los modelos de organización y control

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.

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.

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

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.

CUESTIONARIO BÁSICO DE SEMAICA

1. Describir la estructura de la sociedad (dirección/personal), así como las competencias de cada uno, etc. (APORTAR TEXTO Y ORGANIGRAMAS).

ORGANIGRAMA (ANEXO 1)

2. Descripción detallada de la actividad de SEMAICA 2.

- Construcción en general: construcción de edificaciones, túneles, puentes infraestructura, remodelaciones, etc.
- Diseño
- Administración de contratos de construcción.

DECLARACION DE PROPOSITOS Y VALORES ANEXO 2

3. Describir el procedimiento de toma de decisiones en la empresa (acompañar los anexos necesarios). Especificar además si la compañía dispone de un procedimiento documentado de toma de decisiones. Lo relevante de la cuestión es conocer quién y cómo se toman las decisiones relevantes que afectan a la gestión diaria en cada uno de los ámbitos de riesgo.

La toma de decisiones la realiza desde la Gerencia General

Para tomar una decisión la Gerencia se basa en los lineamientos establecidos en la planificación estratégica de la empresa. Se utiliza también para sus decisiones un documento interno de la empresa denominado matriz de partes interesadas y el FODA empresarial.

4. Citar las normas de cualquier tipo (fundamentalmente administrativas) que afectan al ejercicio de la actividad societaria (que sean conocidas).

	A	N/A
Ley de Compañías	X	
Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de	X	

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

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.

Activos y del Financiamiento de Delitos.		
Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno	X	
Ley de Seguridad Social	X	
Código Orgánico Integral Penal	X	
Código del Trabajo	X	
Código de Comercio	X	
Código Orgánico del Ambiente	X	
Reglamento a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno	X	
Reglamento General a la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos	X	
Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Otros Delitos Resolución No. SCVS- DSC – 2018 – 0041 publicada en el segundo Suplemento del Registro Oficial No. 396 de 28 de diciembre de 2018	X	
Otras:		

5. Describir el historial sancionador de la empresa (si alguna vez fue objeto de sanciones o mera apertura de procedimientos sancionadores o informativos, demandas penales, actas de inspección fiscal, etc.).

- No tiene demandas penales
- La empresa lo que ha tenido en los últimos años son 2 auditorías realizadas por el SRI por los años 2014 y 2015
- Por la auditoria del 2014 ya tiene resultados y se pagó la multa establecida
- Por la auditoria del año 2015 aún no hay informe final.
-

6. Hacer constar si algún trabajador, cliente o tercero se ha puesto en contacto con la empresa, a través de cualquiera de sus directivos, empleados u otros para denunciar alguna actuación de la empresa o de alguno de sus empleados? (situaciones de acoso, accidentes laborales, deficiencias del producto, etc.). Describir historial. Este proceso, al igual que en anterior, permite determinar puntos débiles de riesgo, demuestra sinceridad y ánimo de corrección en el caso de que haya deficiencias concurrentes.

- No tengo conocimiento de demandas presentadas a la empresa por situaciones de acoso

- Tampoco se ha recibido una denuncia de un cliente por deficiencia de un producto o mala calidad de una obra.
- En ocasiones se han recibido reclamos laborales
- Producto de un accidente que sufrió un trabajador en una obra, actualmente hay un expediente abierto en el departamento Riesgos Laborales del IESS

7. Indicar si la empresa tiene algún servicio de atención al cliente y, en caso afirmativo, desarrollar sus características y resultados.

La empresa no cuenta con un departamento de atención al cliente como tal, pero las personas que están para atender algún requerimiento que se presente son los responsables del área comercial y de licitaciones.

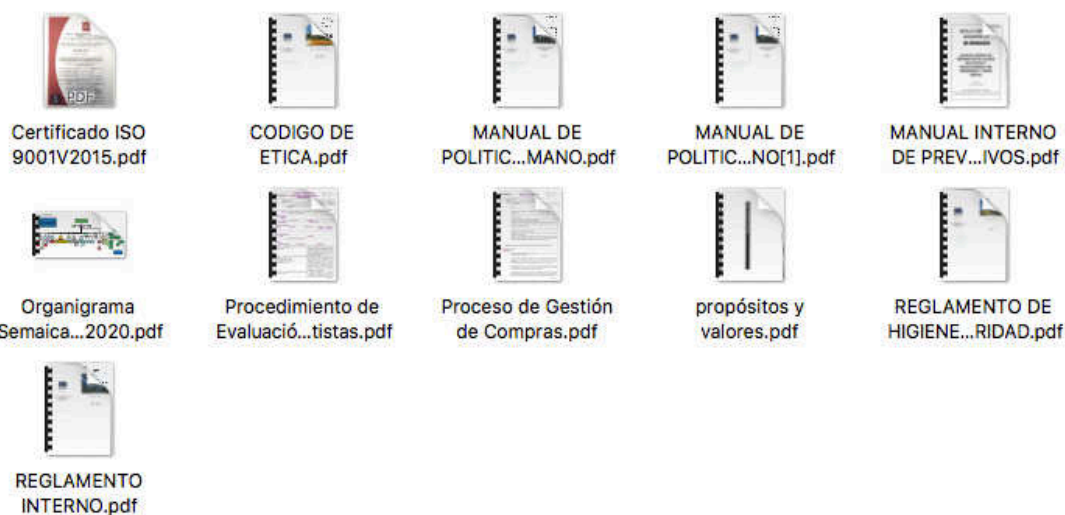
8. Describir si la empresa tiene algún mecanismo de prevención de cualquier tipo de riesgos (incluidas las ISO).

- **Cuentan con la ISO 9001:2015 relativa a Gestión de Calidad**
- **Están trabajando para certificarse en:**

ISO 14001:2015 de Gestión Medioambiental

ISO 45001:2018 de sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo

Documentos recibidos y que han sido objeto de análisis:



9. Identifique en qué ámbito o ámbitos penales percibe que, por el tipo de actividad, funciones existe un mayor riesgo y que por lo tanto deberían adoptarse medidas específicas de protección

Sin respuesta

10. Describir cuáles son los criterios de selección y promoción de personal de los empleados y si reciben formación específica dirigida al conocimiento y respeto de la normativa existente en su ámbito de actuación laboral.

Ver Manual de Políticas para la Gestión del Área de Talento Humano

Del Reglamento Interno de Trabajo: Capítulo IV, V, XII,

Adicional al código de ética la empresa cuenta y se socializa con el trabajador los siguientes documentos:

- **Reglamento interno de trabajo**
- **Manual Interno de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos**
- **Reglamento Interno de Higiene y Seguridad**

11. Indicar y describir en su caso si la empresa tiene servicios externalizados (tributario, laboral, u otros).

- **ASESORIA TRIBUTARIA**
- **ASESORIA LEGAL**

12. Indicar si la empresa tiene servicios jurídicos propios o si existe alguna persona con conocimientos jurídicos en la empresa y/o en alguno de los servicios externalizados.

La empresa cuenta con asesores externos

13. Indicar quién y cómo se gestiona la página web de la compañía⁴ y si tiene activo en canal de denuncias anónimo en la web.

El manejo de la web de Semaica está a cargo de la Srta. Andrea Mosquera del Departamento de Comunicación de Semaica.

NO cuenta con dicho apartado.

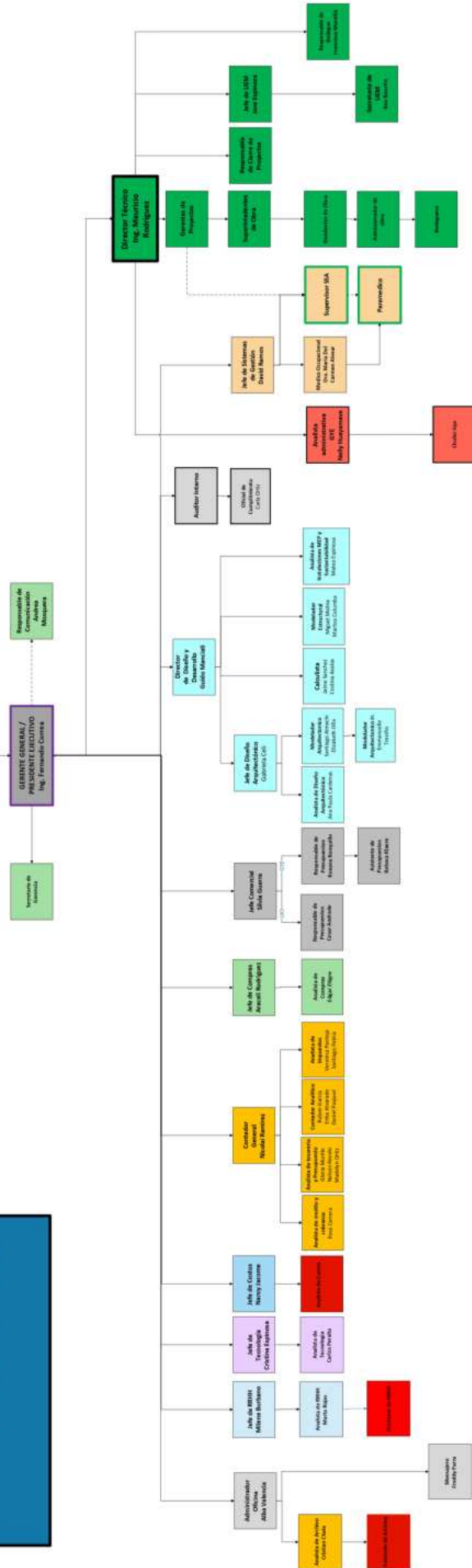
14. Hacer una cuantificación económica de lo que la empresa invierte en la previsión de cualquier tipo de riesgo.

Sin respuesta

ANEXO ESQUEMA ORGANIZATIVO (ESTRUCTURA)

ORGANIGRAMA SEMAICA CONSTRUCCIONES 2020

CORPORATIVO



Aprobado por: Ing. Fernando Correa Sevilla
 Aprobación: 03/12/2020

2.3 cuestionario detallado

El cuestionario detallado, que a continuación se adjunta, se ha limitado a aquellas cuestiones que pueden tener una directa incidencia en la configuración del programa de prevención de delitos. Las respuestas a las cuestiones seleccionadas se realizan de forma oral y han sido integradas en los distintos apartados de interés.

A título informativo se transcribe la totalidad del cuestionario realizado.

1. Organigrama de la empresa, indicando:

1.1. Naturaleza de la Sociedad (tipo de Sociedad).

1.1.1. Vinculación con otras empresas de la Sociedad (social, financiera o productiva).

1.1.2. Vinculación con otras Sociedades (social, financiera o productiva).

1.1.3 Detalle del lugar donde se prestan los servicios de colaboración de las entidades vinculadas y explicación de la relación de dependencia existente con ellas.

1.2. Estructura directiva (desde la Presidencia hasta la jefatura de la jerarquía inferior, indicando naturaleza de la relación con la Empresa).

1.2.1. Normas de gobierno (si existen).

1.2.2. Método de toma de decisiones: unipersonalidad, pluripersonalidad, régimen de mayorías.

1.2.3. Relación de personas con poder de representación (documentada).

1.2.4. Ubicación física -jurídica y de hecho- de la empresa (Centro/s de trabajo y Centro/s de toma de decisiones).

1.2.5. Manual de Procedimiento en la empresa.

1.2.3.1. Responsable de su redacción.

1.2.3.2. Responsable de su supervisión.

1.3. Grado de descentralización interna de la gestión.

1.3.1. Estratégica.

1.3.2. Operativa.

1.3.3. Documentación de delegación, encargo o asignación de funciones.

- 1.3.4. Política de comunicaciones sobre competencias a asumir y decisiones a tomar.
- 1.3.5. Competencias en la organización de descentralización, con identificación de las personas que adoptan las decisiones.
- 1.3.6. Competencias de supervisión.
- 1.4. Grado de descentralización externa de la gestión.
 - 1.3.1. Funciones externalizadas.
 - 1.3.2. Documentación de descentralización.
- 1.3.3. Política de comunicaciones sobre competencias a asumir y decisiones a tomar, con aclaración de la constancia documental de las mismas (mail, acta, etc.).
- 1.3.4. Competencias en la contratación del servicio descentralizado.
- 1.3.5. Competencias de supervisión.

2. Estructura societaria patrimonial.

- 2.1. Estructuración de las participaciones e intervención de los partícipes en las decisiones de la Empresa.
- 2.2. Régimen económico.
 - 2.2.1. Política de financiación: responsables y ejecutores.
 - 2.2.2. Política de pagos: responsables y ejecutores.
 - 2.2.3. Política de cobros: responsables y ejecutores.
 - 2.2.3.1. Competencias en el tráfico empresarial ordinario.
 - 2.2.3.2. Competencias en la toma de decisiones sobre cumplimiento de normativa extra-penal (blanqueo, etc.).
 - 2.2.4. Política de contratación (comercial), selección y relación con clientes (solventes, insolventes y solventes con patrimonio de procedencia no contrastada): responsables y ejecutores.
 - 2.2.5. Política de inversiones y decisiones sobre patrimonio societario.
 - 2.2.5.1. Responsables jurídicos.
 - 2.2.5.2. Responsables de hecho.
 - 2.2.6. Política fiscal y contable: responsables y ejecutores.

- 2.2.6.1. Régimen de habilitaciones legales y empresariales para actuar como administrador de derecho en materia fiscal y contable, dentro de la empresa.
- 2.2.6.2. Régimen de toma de decisiones fiscales y contables de hecho: responsables contables y responsables de cumplimiento tributario.
- 2.2.6.3. Responsabilidad en la interlocución con asesores externos.
- 2.3. Historial sobre responsabilidad fiscales y patrimoniales contenciosas.

3. Protocolos de atenciones comerciales, regalos e incentivos.

- 3.1. A particulares (para ventas, prestación de servicios u otro tipo de relación comercial contractual).
- 3.2. De particulares (para compras y ventas).
- 3.3. En el Sector público (Funcionarios).
- 3.4. En acuerdos comerciales y distribución de mercados.

4. Régimen laboral.

- 4.1. Historial de conflictividad laboral.
- 4.2. Convenios de aplicación.
 - 4.2.1. Convenios colectivos.
 - 4.2.2. Convenio de la empresa.
 - 4.2.3. Acuerdos no escritos.
- 4.3. Régimen de condiciones de contratación.
 - 4.3.1. Salarios, cobertura de Seguridad Social y contingencias comunes, duración de contratos y personal contratable (menores, inmigrantes, cualificación exigible, etc....)
 - 4.3.2. Condiciones laborales (horarios, régimen de movilidad, vacaciones).
 - 4.3.3. Condiciones personales de trabajo (protocolos en relación con la garantía de respeto al trabajador, a su honor, integridad moral y libertad).
 - 4.3.4. Política de tratamiento de la intimidad de los trabajadores.
 - 4.3.4.1. Existencia de sistemas de video/audio- y responsables de la decisión y ejecución de su puesta en marcha.

4.3.4.2. Existencia de inspecciones en ámbitos privados del trabajador (taquillas, ordenadores) y responsables de la decisión y ejecución de su puesta en marcha.

4.4. Política de relaciones laborales (sindicales).

4.4.1. Estructura de la representación de los trabajadores.

4.4.2. Política de resolución de conflictos laborales.

4.4.3 Política de actuación con los sindicatos (mayoritarios-minoritarios).

4.4.4. Política de actuación en caso de huelga.

5. Régimen de seguridad en el trabajo.

5.1. Programa de identificación de riesgos laborales: Plan de prevención de riesgos.

5.2. Programa de gestión de riesgos laborales.

5.3. Historial de siniestrabilidad y responsabilidad laboral.

5.4. Organigrama específico en funciones de seguridad y salud laboral.

5.4.1. Particular referencia a la capacidad decisoria en elaboración y contratación de medidas de seguridad y salud y a la capacidad para asignar partidas presupuestarias para la adopción de dichas medidas.

5.4.2. Particular referencia a la capacidad organizativa en elaboración y contratación de medidas de seguridad y salud.

5.4.2.1. Personal responsable.

5.4.2.2. Comités responsables.

5.4.3. Particular referencia a la capacidad organizativa en ejecución de medidas de seguridad y salud y a la capacidad para informar de déficits presupuestarios para poder ejecutar correctamente las medidas preventivas decididas.

5.4.3.1. Personal responsable.

5.4.3.2. Responsabilidad específica en entrega de EPIs, formación de trabajadores e información de riesgos a los mismos.

5.5. Seguros contratados.

5.5.1. Coberturas contratadas.

5.5.2. Contingencias contratadas.

5.6. Contratos de delegación de detección de riesgos.

5.7. Contratos de delegación de gestión de riesgos.

5.8. Política de comunicación con Entidades aseguradoras y Entidades de evaluación de Riesgos.

6. Ámbito de actividad empresarial.

6.1. Ámbito de actuación principal.

6.1.1. Política y Responsables de Compras.

6.1.1.1. Encargados de las decisiones sobre la seguridad y características del producto comprado.

6.1.1.2. Encargados de la gestión sobre la seguridad y características del producto comprado.

6.1.1.3. Encargados de la gestión sobre la supervisión del producto comprado.

6.1.2. Política y Responsables de Ventas.

6.1.2.1. Encargados de las decisiones sobre qué producto se vende, cómo se vende, cuándo se vende y a quién se vende.

6.1.2.2. Encargados de realizar, autorizar y controlar la tramitación de pedidos.

6.1.2.3. Encargados de las decisiones sobre la seguridad y características del producto vendido.

6.1.2.4. Encargados de la gestión sobre la seguridad y características del producto vendido.

6.1.2.5. Encargados de la supervisión de la seguridad y características del producto vendido.

6.1.3 Política y Responsables de Prestación de Servicios.

6.1.3.1. Encargados de las decisiones sobre la seguridad y características del servicio prestado.

6.1.3.2. Encargados de la gestión sobre la seguridad y características del servicio prestado.

6.1.3.2. Encargados de la gestión sobre la supervisión del servicio prestado.

6.1.4. Política y Responsables en la realización de otro tipo de operación comercial-contratual.

6.1.4.1. Encargados de las decisiones sobre la seguridad y características del servicio prestado.

- 6.1.4.2. Encargados de la gestión sobre la seguridad y características del servicio prestado.
- 6.1.4.3. Encargados de la gestión sobre la supervisión del servicio prestado.
- 6.1.5. Política de obtención de autorizaciones, licencias o permisos.
 - 6.1.5.1. De instalación.
 - 6.1.5.1.1. Responsables de su solicitud.
 - 6.1.5.1.2. Responsables de su supervisión legal.
 - 6.1.5.1.3. Responsables de informarlas para su obtención.
 - 6.1.5.2. De actividad.
 - 6.1.5.2.1. Responsables de su solicitud.
 - 6.1.5.2.2. Responsables de su supervisión legal.
 - 6.1.5.2.3. Responsables de informarlas para su obtención.
 - 6.1.5.3. De funcionamiento.
 - 6.1.5.3.1. Responsables de su solicitud.
 - 6.1.5.3.2. Responsables de su supervisión legal.
 - 6.1.5.3.3. Responsables de informarlas para su obtención.
- 6.1.6. Política de disposición de medios de cobro y de pago.
 - 6.1.6.1. Responsables de medios de cobro y de pago (facturas, letras, pagarés).
 - 6.1.6.2. Responsables del control de los medios de cobro y pago (facturas, letras, pagarés): responsabilidad contable y responsabilidad de su control.
- 6.1.7. Política de acuerdos comerciales con competidores.
 - 6.1.7.1. Responsables jurídicos.
 - 6.1.7.2. Responsables de hecho.
- 6.2. Posibles ámbitos secundarios.
- 6.3. Estructura decisoria de producción.
- 6.4. Estructura operativa en la producción.
- 6.5. Encargo de cumplimiento de normas técnicas.
- 6.6. Estructura de delegación en el ámbito de actividad estrictamente empresarial (productiva o de servicios).

6.7. Régimen de toma de decisiones en el ámbito de actividad estrictamente empresarial (productiva o de servicios).

7. Régimen de seguridad ambiental.

7.1. Programa de identificación de riesgos ambientales: Plan de prevención de riegos.

7.2. Programa de gestión de riesgos ambientales.

7.3. Historial de accidentes y responsabilidades ambientales.

7.4. Organigrama específico en funciones de seguridad ambiental.

7.4.1. Particular referencia a la capacidad decisoria en elaboración y contratación de medidas de seguridad.

7.4.2. Particular referencia a la capacidad organizativa en elaboración y contratación de medidas de seguridad.

7.4.2.1. Personal responsable.

7.4.2.2. Comités responsables.

7.4.3. Particular referencia a la capacidad organizativa en ejecución de medidas de seguridad.

7.4.3.1. Personal responsable.

7.4.3. Particular referencia a la capacidad organizativa en supervisión de medidas de seguridad.

7.4.4.1. Personal responsable.

7.5. Seguros contratados.

7.5.1. Coberturas contratadas.

7.5.2. Contingencias contratadas.

7.6. Contratos de delegación de detección de riesgos.

7.7. Contratos de delegación de gestión de riesgos.

7.8. Contratos de delegación de supervisión de riesgos.

7.9. Política de comunicación con Entidades aseguradoras y Entidades de evaluación de Riesgos.

8. Servicio de auditoría interna para el cumplimiento de la normativa (*Compliances Programs*).

- 8.1. Departamentos competentes.
- 8.2. Especificación de normas de control de calidad.
- 8.3. Protocolos de auditoría interna y externa en los diferentes ámbitos (estratégicos y operativos).
 - 8.3.1. Societario.
 - 8.3.2. Económico.
 - 8.3.3. Productivo.
 - 8.3.4. Laboral (recursos humanos).
 - 8.3.5. De seguridad.
 - 8.3.5.1. Interna (en el trabajo).
 - 8.3.5.2. Externa (otros riesgos: p. ej., ambientales).
 - 8.3.6. Existencia de sistemas de denuncia internos (*Wisthleblowers*).
 - 8.3.6.1. Previsión y modo de funcionamiento.
 - 8.3.6.2. Aplicación de los informes presentados.
 - 8.3.6.3. Políticas de respeto al trabajo desarrollado.

9. Política de trazabilidad, rastreo o seguimiento de las decisiones tomadas y de las operaciones realizadas: reflejo documental.

- 9.1. Responsabilidad en la seguridad informática.
- 9.2. Responsabilidad en la seguridad documental.
- 9.3. Políticas de confidencialidad.
- 9.4. Responsabilidad en la privacidad informática.
- 9.5. Responsabilidad en la privacidad documental.

10. Otros aspectos específicos que la Empresa considere de interés o que entienda que deben ser comunicados para un chequeo orientativo de posibles riesgos delictivos.

3. Gestión de compliance. La norma UNE 19601. Sistemas de gestión de compliance penal (y su aplicación a SEMAICA)

3.1 Objetivos de la norma

La norma UNE 19601 establece los requisitos para definir, implantar, mantener y mejorar un sistema de gestión al objeto de:

- a) prevenir la comisión de actos constitutivos de delitos que puedan cometerse bajo la cobertura de la persona jurídica, y que lleven aparejada responsabilidad penal para la misma,
- b) facilitar la supervisión y control que permita detectar y disminuir los efectos de los delitos cometidos,
- c) La mejora continua, reduciendo el riesgo penal de las organizaciones
- d) Facilita la verificación externa periódica del modelo
- e) Ayuda a atenuar/eximir la responsabilidad penal

3.2 Contexto de la empresa evaluada

3.2.1. Entendimiento de la empresa y su contexto

- a) La empresa debe determinar los factores internos y externos que son relevantes a efectos del sistema de compliance penal. A tal efecto se han mantenido una serie de reuniones y recabado información que, a grandes rasgos, obra en la primera parte de este documento.
- b) La norma propone una serie de factores que deben ser tenidos en cuenta, pero no son excluyentes, siendo preciso valorar si hay otros que son relevantes. En efecto, se trata de una norma flexible, que permite valorar otras situaciones y realizar otros enfoques no previstos en la misma.
- c) Esta determinación es el punto de partida del sistema y ha sido en cuenta para delimitar el alcance del mismo o para abordar acciones orientadas a riesgos y oportunidades.

3.2.2 Entendimiento de las necesidades y expectativas de las partes interesadas

La organización debe determinar:

- Las partes interesadas relevantes a efectos del sistema de compliance penal: Directivos, accionistas, empleados, proveedores, clientes y Administraciones entre otros.
- A la hora de establecer los requisitos, se pueden tener en cuenta tanto los obligatorios como los que la organización asume voluntariamente o lo que se consideran expectativas.
- Tanto el análisis del contexto como lo referente a partes interesadas ha de ser revisado periódicamente, dejando evidencia del resultado de esta revisión (la verificación es una exigencia de la regulación penal, que sin embargo no se vincula tanto a periodos de tiempo como a cambios sustancial en la organización). Esta cuestión se desarrollará en la segunda parte del documento

PARTE INTERESADA	REQUISITO (NECESIDAD/EXPECTATIVA)	MEDIDA ADOPTADA
Accionistas	Impulsar una organización que cumple con la legislación. Impulsar cultura de cumplimiento. Recibir información suficiente y adecuada del funcionamiento de la organización.	Políticas Formación Dotación de recursos Informes periódicos
Proveedores	Continuidad en la relación con la organización. Transparencia en las condiciones contractuales y de pago, así como en la gestión de los procesos de compra.	Cláusulas contractuales Código de Conducta Procedimiento de compras transparente
Empleados	Continuidad de la organización. Pautas de comportamiento claras y transparentes. Procedimientos objetivos de gestión.	Formación y comunicación al personal. Código de Conducta.
Clientes	Comportamiento ético y adecuado para la prestación del servicio. Continuidad de la organización. Formalización de la relación de forma ajustada a la legalidad.	Cláusulas contractuales Información ajustada y clara sobre el funcionamiento.

En la segunda parte del documento se desarrollarán las medidas adoptadas respecto a SEMAICA en materia de dotación de recursos, cláusulas contractuales, formación y evaluación a trabajadores y directivos.

3.2.3 Determinación del alcance del sistema de Compliance penal

La norma indica que se debe determinar el alcance:

- a) Objetivo/actividades: En tal sentido se ha determinado en los apartados anteriores los ámbitos de actuación de SEMAICA
- b) Subjetivo/sujetos afectados: Del mismo modo, se han precisado la estructura de funcionamiento y la organización de medidas.

Para definir el alcance debe tener en cuenta:

Los resultados de la evaluación de riesgos (se integran en la segunda parte del documento)

La información del alcance:

- a) Debe estar documentada. Se está procediendo a la documentación de todo el plan, así como de todos los documentos generados (correos electrónicos entre las partes, documentos entregados, etc., que se podrán incorporar como anexo). A su vez la propia ejecución del compliance debe generar cierta carga documental.
- b) Estar a disposición: toda la documentación generada se entrega a los directivos, que asumen el compromiso de su custodia, revisión y cumplimiento.

3.2.4 Sistema de Gestión de Compliance penal

La organización debe adoptar implementar, mantener y mejorar continuamente un sistema de gestión de compliance penal, que incluya las políticas, procesos y procedimientos necesarios, así como sus interacciones, de acuerdo con los requisitos establecidos en la norma.

La implementación del sistema es tarea que se desarrolla formalmente en este documento y que se ejecuta mediante las medidas concretas adoptadas que más adelante se definirán.

El mantenimiento y la mejora continua de cara al futuro es competencia de SEMAICA, que debe adoptar las medidas para que dicho proceso se mantenga vivo.

El sistema de gestión de compliance penal debe incluir medidas diseñadas para evaluar el riesgo penal, prevenirlo, detectarlo y gestionarlo de manera temprana. Se trata del "mapa de riesgos", al que ya hemos aludido y se desarrolla en la segunda parte de este documento (05 A y 05 B).

3.3. Liderazgo/compromiso

El compromiso con el sistema tiene que venir desde el órgano de gobierno (Consejo de Administración), no es suficiente con el compromiso del Consejo de Administración. En tal sentido el programa de prevención de delitos debe ser conocido tanto por los Directivos, incluyendo un compromiso de velar por su cumplimiento. Se incluyen a tal efecto una serie de cláusulas de adhesión a los compromisos que refleja el mismo de los distintos órganos.

3.3.1 Órgano de gobierno

El órgano de gobierno debe demostrar su liderazgo y compromiso en relación con el sistema de gestión de compliance penal (coinciden básicamente con lo establecido expresamente en la norma penal):

a) Establecer y defender como uno de los valores fundamentales de la organización que las actuaciones de los miembros de la organización, sean siempre conformes al ordenamiento jurídico, en general, y al de naturaleza penal, en particular, promoviendo una cultura de compliance adecuada en el seno de la organización. Idea básica que **se transmite a la dirección del SEMAICA**, en el sentido de que no basta limitarse a cumplir las directrices del presente programa, sino que es imprescindible establecer un compromiso personal (que se recogerá en un documento al efecto), en el sentido de mantener un comportamiento basado en el cumplimiento normativo y adopción de una cultura dirigida a evitar cualquier irregularidad o infracción de carácter jurídico o meramente ético.

b) Adoptar, implementar, mantener y mejorar continuamente el sistema de gestión de compliance penal idóneo para prevenir y detectar delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. El sistema de gestión adoptado es el que se contiene en este documento, con sus anexos y proceso de implantación.

c) Dotar al sistema de gestión de compliance penal, y en concreto al órgano de compliance penal, de los recursos financieros, materiales y humanos adecuados y suficientes para su funcionamiento eficaz. En tal sentido SEMAICA, a través de sus directivos ha hecho un esfuerzo indiscutible. No sólo a través del encargo del presente programa de prevención, situándose dentro del aún reducido grupo de empresas de su tamaño que han dado este paso, sino porque como se ha detallado cuenta con un importante desarrollo de instrumentos de prevención a otros niveles.

d) Aprobar la política de compliance penal de la organización. A tal efecto, el presente documento con sus anexos y todas las medidas que se derivan del mismo ha sido objeto de aprobación por la dirección de SEMAICA, adopción recogida en un documento que también se acompaña como anexo.

e) Evaluar periódicamente la eficacia del sistema de gestión de compliance penal modificándolo, si es preciso, cuando se detecten incumplimientos graves o se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada. En ese sentido, el contrato de implantación del programa de prevención de delitos incluye una evaluación inicial de funcionamiento de las medidas derivadas del mismo y, además, los responsables de SEMAICA se comprometen por escrito a la revisión/actualización del modelo cuando se produzcan cambios sustanciales en el Grupo o en alguna de las empresas que lo componen.

f) Establecer un órgano de compliance penal (el oficial de cumplimiento) al que se encomienda la supervisión del funcionamiento y la ejecución del sistema de gestión de compliance penal, otorgándole poderes autónomos de iniciativa y control a fin de que pueda desarrollar eficazmente su labor. A tal efecto se ha configurado un documento específico que establece las tareas y funciones de dicho órgano, cuyas funciones desarrollará la persona allí identificada, con un compromiso expreso de cumplimiento de todas las funciones derivadas del mismo.

g) Asegurar que se establezcan los procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la organización, de toma de decisiones y de ejecución de las mismas promoviendo una cultura de compliance que garantice altos estándares éticos de comportamiento. Se desarrolla más adelante.

3.3.2 El órgano de cumplimiento (compliance officer u oficial de cumplimiento)

A través de este documento (y anexos) se procede a la creación de la figura del oficial de cumplimiento (órgano plural o unipersonal) y a la asignación de funciones a través del correspondiente **manual de funcionamiento (02 Guía del Compliance Officer)**. En virtud de las reformas al Código Orgánico Integral Penal, junto con la consideración de que SEMAICA no es una empresa ni mediana o pequeña, es necesario que este órgano sea plural.

a) Funciones:

1) Debe impulsar y supervisar la implementación del sistema de gestión de compliance penal en los distintos ámbitos de la organización;

2) Debe velar porque se proporcione apoyo formativo continuo a los miembros de la organización;

3) Debe promover la inclusión de las responsabilidades de compliance penal en las descripciones de puestos de trabajo y en los procesos de gestión del desempeño de los miembros de la organización;

4) Debe poner en marcha un sistema de información y documentación de compliance penal;

5) Debe adoptar e implementar procesos para gestionar la información, tales como las reclamaciones y/o comentarios recibidos de líneas directas, a través del canal de denuncias u otros mecanismos análogos (sea creado un documento de implantación y una circular informativa para que todos los actores entiendan su funcionamiento);

6) Debe identificar y gestionar los riesgos penales (mapa de riesgos como apartado incorporado a este mismo documento y otro específico más una matriz de riesgos en formato Excel) **(documentos 05A y 05B)**.

7) Debe asegurar que el sistema de gestión de compliance penal se revisa cuando se den las circunstancias para ello (cuestión a la que ya nos hemos referido).

8) Debe asegurar que se proporcione a los empleados acceso a los recursos necesarios para cumplir las obligaciones establecidas en el documento de compliance (se les ha informado y formado sobre todos y cada uno de los aspectos relevantes).

9) Debe informar al órgano de gobierno sobre los resultados derivados de la aplicación del sistema de gestión de compliance penal (obligación que ha sido atribuida al órgano encargado de su seguimiento –oficial de cumplimiento-).

En el proceso de implantación se debe considerar la forma de evitar la influencia de eventuales conflictos de intereses y que ha demostrado capacidad y competencia para la gestión eficaz del compliance (todos estos factores han sido tenidos en cuenta en particular respecto a la autonomía del oficial de cumplimiento).

- El órgano de compliance penal debe personificar la posición de máximo garante de la supervisión, vigilancia y control de las obligaciones de compliance penal en la organización, tanto hacia dentro como hacia fuera de la misma, por lo que debe disponer de suficientes recursos y contar con personal que tenga las competencias, estatus, autoridad e independencia adecuadas.

- El órgano de compliance penal debe tener acceso directo e inmediato al órgano de gobierno en caso de que sea preciso elevar hechos o conductas sospechosas o asuntos relacionados con los objetivos de compliance penal y, por lo tanto, con la política de compliance penal y el sistema de gestión de compliance penal.

- El órgano de compliance penal (debe ocupar una posición en la organización que le acredite para solicitar y recibir la colaboración plena de los demás órganos de la misma).

3.3.3 El órgano de dirección

El Órgano de dirección debe demostrar compromiso con respecto al sistema de gestión de compliance penal de la organización.

Para ello, en el ejercicio de su función ejecutiva el Órgano de dirección debe:

- a) Garantizar que el sistema de gestión de compliance penal se implemente de forma adecuada para conseguir los objetivos de compliance penal establecidos en la política de compliance penal y afrontar de manera eficaz los riesgos penales de la organización;
- b) Garantizar que las exigencias derivadas del sistema de gestión de compliance penal se incorporan a los procesos y procedimientos operativos de la organización;
- c) Garantizar la disponibilidad de recursos adecuados y suficientes para la ejecución eficaz del sistema de gestión de compliance penal;
- d) Cumplir y hacer cumplir, tanto interna como externamente, la política de compliance penal;
- e) Comunicar internamente la importancia de una gestión eficaz de compliance penal, coherente con los objetivos y requisitos de la política de compliance penal, así como del sistema de gestión de compliance penal;
- f) Dirigir y apoyar al personal a fin de lograr la observancia de los requisitos y la eficacia del sistema de gestión de compliance penal de acuerdo con su rol en la organización;
- g) Promover la mejora continua y apoyar los diversos roles de gestión para demostrar liderazgo en la prevención de delitos y en la detección de riesgos penales en lo concerniente a sus áreas de responsabilidad;
- h) Fomentar el uso de procedimientos para la puesta en conocimiento de conductas potencialmente delictivas que puedan afectar a la organización y sus actividades;
- i) Garantizar que ningún miembro de la organización es objeto de represalia, discriminación o sanción disciplinaria por comunicar de buena fe violaciones, o sospechas fundadas de violaciones, de la política de compliance penal, o por rehusar participar en actuaciones delictivas, incluso si ello conduce a una pérdida de negocio de la organización.

3.3.4 Política de prevención de delitos

El órgano de gobierno debe impulsar y aprobar una política de compliance penal que:

- a) Exija el cumplimiento de la legislación penal aplicable a la organización, prohibiendo expresamente la comisión de hechos delictivos (cláusula).
- b) Identifique las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos (mapa de riesgos)
- c) Minimice la exposición de la organización a los riesgos penales (adopción de medidas para dificultar la posible comisión de delitos)

d) Incluya un compromiso para cumplir con los requisitos de la política de compliance penal y del sistema de gestión de compliance penal

h) imponga la obligación de informar sobre hechos o conductas sospechosas relativas a riesgos penales, garantizando que el informante no sufrirá represalias (mapa de riesgos con garantías de anonimato al denunciante).

i) Explícite la autoridad e independencia del órgano de compliance penal, si éste no coincide con el órgano de gobierno.

k) Exponga las consecuencias de no cumplir los propios requisitos de la política de compliance penal, así como de los derivados del sistema de gestión de compliance penal (respuesta sancionatoria del sistema y respuesta interna por incumplimiento)

La política de compliance penal debe:

- estar disponible como información documentada;
- comunicarse con un lenguaje e idioma adecuados al personal de la organización, así como a las partes asociadas que puedan representar riesgos penales;
- estar disponible para las partes interesadas según proceda

3.3.5 Roles, responsabilidades y autoridades

El Órgano de dirección debe asegurarse que la responsabilidad y autoridad en las funciones relevantes se asignen y comunican en todos los niveles de la organización.

Los responsables de cada nivel deben asegurarse de que los miembros de la organización adscritos a sus departamentos, funciones o proyectos cumplan, observen y hagan cumplir y observar los requisitos del sistema de gestión de compliance penal.

Los miembros de la organización son responsables de comprender, observar y aplicar dichos requisitos en lo concerniente a su rol en la organización.

Debe haber evidencia de que se han comunicado los roles especialmente a las personas que ocupan funciones relevantes en el sistema. La organización debe valorar la inclusión de funciones relacionadas con el sistema en la descripción de los puestos de trabajo.

3.3.6 Delegación de facultades

En los casos en que el órgano de gobierno, el órgano de compliance penal (oficial de cumplimiento) o el Órgano de dirección delegue la responsabilidad o autoridad para la toma de decisiones en ámbitos en los que exista riesgo penal mayor que bajo, la organización debe establecer y aplicar un procedimiento y un sistema de controles que garanticen que el proceso de decisión y el nivel de autoridad de los decisores sean adecuados y estén libres de conflictos de interés reales o potenciales.

Por lo tanto, la delegación de las obligaciones de compliance se entiende como excepcional.

3.4 Planificación

3.4.1 Acciones (mapa de riesgos). Identificación, análisis y evaluación de riesgos [UNE-EN 31010:2011 Gestión del riesgo. Técnicas de apreciación del riesgo]

EVALUACIÓN DE RIESGOS PENALES (anexo documentos 05A y 05B)

La evaluación de riesgos es un proceso que implica:

- a) Identificación (cuáles son)
- b) Análisis (cómo son y por qué se producen)
- c) Valoración (cómo pueden evitarse)

Para la realización del mismo es necesario:

- El conocimiento de los tipos penales: Se describen y analizan en este documento
- El conocimiento de la organización: Se ha diagnosticado en la primera parte del documento.

A) IDENTIFICACIÓN:

La norma exige identificar los riesgos penales que la organización puede, razonablemente, **anticipar**, teniendo en cuenta los factores identificados en el análisis de contexto.

También ha sido preciso identificar **controles ya existentes** en la organización, valorando la adecuación de su diseño y su eficacia.

B) ANÁLISIS:

Este análisis considera,

- Las **causas y fuentes** de incumplimiento
- La **gravedad** de sus consecuencias
- La **probabilidad** de que ocurran

Se trabaja con los criterios de **probabilidad e impacto** (limitado en este caso a las consecuencias del delito).

C) VALORACIÓN:

Consiste en establecer los criterios para valorar el nivel de riesgo penal.

Para completar el proceso de evaluación, la organización debe establecer su umbral de riesgo.

La evaluación de riesgos es un instrumento o herramienta que nos ha permitido hacer un **pronóstico razonable** de cuáles son los riesgos penales que se pueden materializar en la organización.

Por eso, ha sido preciso:

- **Definir los criterios a aplicar** de la forma más objetiva posible, ya que eso permitirá que podamos aplicarlos de la misma forma en las sucesivas revisiones.
- Hacer partícipes a las personas o puestos que están cerca del riesgo y que nos pueden ayudar en la identificación tanto de las situaciones o eventos, como de los controles existentes.
- Coherencia del resultado obtenido en la evaluación con los riesgos reales de la organización.
- Diferenciar entre el **riesgo inherente (inicial)** y el **riesgo residual**. El riesgo residual inicial es el que queda teniendo en cuenta los controles que ya han sido establecidos (previamente).
- La **existencia de controles también ha sido valorada**, estableciendo criterios, para justificar la minoración del riesgo inherente.
- La evaluación también comprende la **metodología** para evaluar la eficacia de los controles.

CRITERIOS DE ANALISIS Y VALORACIÓN

Ejemplos para la valoración de la **PROBABILIDAD**:

- Actividad de la empresa (materialización del riesgo en el sector)
- Frecuencia con que se realiza la actividad que implica el riesgo (diaria, semanal, mensual, anual)
- Personas de la organización que pueden realizar esa actividad (porcentaje de personas)
- Existencia de procesos externalizados (bajo control)
- Volumen de operaciones / Situación económica
- Antecedentes (incidentes previos)

Ejemplos para la valoración del **IMPACTO**:

- Importe de sanción / Pena aplicable
- Daño operacional en caso de paralización
- Estimación del daño reputacional (presencia en medios locales, nacionales, etc.)

EJEMPLO DE METODOLOGÍA BASE:

- El **riesgo inherente** es el que esta asociado a la actividad y a la organización.
- El **riesgo residual** es el que queda tras la valoración de los controles que tengo.
- Es necesario **establecer criterios para valorar los controles**.
- El **umbral de riesgo** se debe definir sobre el riesgo residual, ya que sobre este es sobre el que se puede realmente actuar.

DELITO	ACTIVIDAD ASOCIADA AL RIESGO	PROBABILIDAD			IMPACTO	RIESGO INICIAL
		Ha ocurrido en el pasado	Probabilidad de que ocurra	nº de empleados		
Insolvencias punibles	a) pago de acreedores;	NO	BAJA	MEDIO	ECONOMICO	1,5
	b) cobro de deudores;					
	c) situaciones de falta de liquidez					
	d) Operaciones vinculadas					
Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente	A) Vertido de residuos o emisiones a la atmósfera con perjuicio ambiental	Sí	MEDIO	MEDIO	REPUTACIONAL	4,5
	B) Desobediencia a ordenes expresas de la autoridad sobre corrección o suspensión de actividades					
	c) falseamiento de información medioambiental u obstaculización de la actividad inspectora					

DELITO	ACTIVIDAD ASOCIADA AL RIESGO	PROBABILIDAD			IMPACTO	RIESGO INICIAL	controles	EFICACIA DEL CONTROL	VALORACION CONTROLES	RIESGO FINAL
		Ha ocurrido en el pasado	Probabilidad de que ocurra	nº de empleados						
Insolvencias punibles	a) pago de acreedores;						A. Confección y mantenimiento de libros, registros y asientos contables que, con un razonable detalle, reflejen de forma precisa y fiel las transacciones y disposiciones de activos de la Empresa. Estos libros, registros y cuentas deben ser confeccionados	ALTO		
	b) cobro de deudores;									
	c) situaciones de falta de liquidez	NO	BAJA	MEDIO	ECONOMICO	1,5	Registro documental de las operaciones, contratos y negocios jurídicos cuyo importe sea superior a (1.000 euros) de los que la organización sea parte	MEDIO	ALTA	ACEPTABLE
	d) Operaciones vinculadas						Comunicación previa al Comité de Cumplimiento de cualquier operación, contrato o negocio jurídico del que se vaya a ser parte y cuyo importe sea superior a 100.000 euros.	ALTO		
Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente	A) Vertido de residuos o emisiones a la atmósfera con perjuicio ambiental						A. Cumplimiento del Código de Conducta.			
	B) Desobediencia a ordenes expresas de la autoridad sobre corrección o suspensión de actividades	SÍ	MEDIO	MEDIO	REPUTACIONAL	4,5	B. Cumplimiento de Política de gestión ambiental y procedimientos	MEDIO	MEDIA	MODERADO
	c) falseamiento de información medioambiental u obstaculización de la actividad inspectora						c. Auditoría interna y externa de Gestión Ambiental			

3.5 Elementos de apoyo

3.5.1 Cultura de compliance

CULTURA

La norma ofrece una definición de que considera cultura de compliance: Valores, ética y creencias que existen en una organización y que interactúan con las estructuras y sistemas de control de la organización para producir normas de comportamiento que conducen a obtener los objetivos derivados de la aplicación de la Norma UNE.

Por lo tanto;

- El objetivo más relevante del sistema de gestión de compliance penal es **conseguir y consolidar esa cultura de compliance**.
- Que se integre dentro de la cultura de la organización, como parte de la misma.
- La Circular 1/2016 de la FGE española menciona esta cultura de compliance como fundamental para dar **credibilidad** al modelo de prevención de delitos.
- La norma identifica una serie de elementos que pueden ser evidencias de que esa cultura existe (la lista no pretende incluirlos todos, puede haber otros). Los elementos que a continuación se describen han sido incorporados y sistematizados en el presente programa de prevención de delitos. Para el efecto de este segmento, se han considerado principalmente las reformas al COIP de acuerdo a la Ley Reformatoria en Materia Anticorrupción

ELEMENTOS CLAVE

- Política
- Código de Conducta/ Código Ético
- Formación continua
- Compromiso de la dirección
- Predicar con el ejemplo
- Comunicación continua, abierta y adecuada
- Valoración del rol de órgano de compliance
- Evaluación a potenciales empleados antes de su contratación, etc.
- Sistemas de remuneración que valoren el logro de objetivos de compliance penal

- Medidas disciplinarias en caso de actuaciones no conformes...

3.5.2. Recursos

La organización debe determinar y proporcionar los recursos necesarios para la adopción, implementación, mantenimiento y mejora continua del sistema de gestión de compliance penal de acuerdo con los parámetros que se indican en el apartado 4.1 de la Norma UNE. Los recursos incluyen, como mínimo, los financieros, tecnológicos y humanos, así como el acceso, en su caso, a asesoramiento externo.

En este requisito se tendrá en cuenta:

- Si la organización formaliza mediante una **partida presupuestaria** la asignación de los recursos para el sistema. A tal efecto, se acredita la inversión empezando por la propia contratación del programa de prevención, además de los otros servicios de seguridad identificados en la primera parte.

3.5.3 Competencia

Dentro del apartado de Competencia, la norma establece requisitos;

- En relación con el personal de compliance
- En relación con las medidas de diligencia debida con los miembros de la organización
- Medidas comunes a todo el personal
- Medidas para el personal especialmente expuesto

a) Requisitos en relación con la competencia del personal de compliance:

La organización debe:

- Determinar la competencia necesaria de las personas que realizan tareas relacionadas con el compliance penal, bajo el control de la organización;
- Asegurarse de que estas personas sean competentes, basándose en una educación, formación o experiencia adecuadas;
- Cuando sea aplicable, tomar acciones para que esas personas adquirieran la competencia necesaria, y evaluar la eficacia de las acciones tomadas;

- Conservar la información documentada apropiada, como evidencia de la competencia existente o adquirida.

b) Diligencia debida con los miembros de la organización:

Se deben establecer, implementar y mantener actualizados procedimientos tendentes a que:

- Se entregue a los miembros de la organización en el proceso de incorporación, una copia de la política de compliance o se le facilite el acceso a la misma;
- Se facilite el acceso a la política de compliance vigente a todos los miembros de la organización
- Se requiera que todos los miembros de la organización cumplan con la política de compliance penal y el resto del sistema de gestión de compliance penal;
- Se adopten acciones disciplinarias proporcionales contra aquellos miembros de la organización que incumplan los requisitos derivados de la política de compliance penal o del resto del sistema de gestión de compliance penal.
- No se adopte ningún tipo de represalia contra los miembros de la organización.

Tener en cuenta:

- Concepto de miembro en sentido amplio, organizativo (que intervienen en procesos internos)
- Tener en cuenta en procesos de selección, contratación y promoción, así como el seguimiento constante.
- Dos tipos de medidas: de puesta a disposición y entrega de la política y medidas frente a los incumplimientos.

c) Diligencia debida en relación con personas que ocupan posiciones especialmente expuestas a riesgos penales mayores:

- Realizar un procedimiento de diligencia debida en relación con candidatos a empleados antes de que éstos suscriban el contrato de trabajo, sean trasladados o promocionados por la organización con el objetivo de verificar, de un modo razonable, que su empleo o nueva posición de empleo es apropiado/a.
- Revisará periódicamente los objetivos de rendimiento, las primas por rendimiento y otros elementos de remuneración para asegurarse de que existen salvaguardas razonables para evitar que se incentiven la asunción de riesgos penales o se promuevan conductas inapropiadas en relación con el compliance penal.

- Formalizar una declaración, a intervalos planificados, en proporción al riesgo identificado, confirmando su cumplimiento de la política de compliance penal.

Tener en cuenta:

- Se debe definir de forma clara quién es el personal especialmente expuesto y para eso es necesario tener en cuenta el resultado de la evaluación de riesgos.
- Las cautelas adicionales son requisitos acumulativos respecto a los establecidos en el apartado anterior.

3.5.4 Formación y concienciación

La organización debe fomentar que los miembros de la organización **se conciencien** y se formen adecuada, eficaz y proporcionalmente respecto de los riesgos penales con la finalidad de evitarlos, detectarlos o saberlos gestionar conforme al sistema de gestión de compliance penal.

El proceso de formación (y evaluación) de los directivos y trabajadores debe articularse: a) Sobre cada uno de los delitos e infracciones respecto a los cuales se ha detectado algún riesgo b) Sobre el funcionamiento del programa de prevención (y sus obligaciones).

A tener en cuenta:

- Concienciación, con objetivo más general de creación de cultura de compliance.
- Formación, con objetivos más específicos y orientada a colectivos concretos con contenidos diferenciados.
- Formación en riesgos penales de la organización y ajustada a los puestos.
- Formación continuada.
- Evidencias documentadas de la formación.

La norma hace referencia a lo que se puede considerar el contenido mínimo:

- Política de Compliance, procedimientos, protocolos, Código de Conducta
- Riesgo penal y perjuicio de que ocurra tanto para la persona física como jurídica
- Actuaciones dentro de la organización que pudieran dar lugar a la comisión de un hecho delictivo

- Cómo y a quién reportar denuncias o plantear consultas

3.5.5 Comunicación y documentación del sistema

- Qué comunicar
- Cuándo comunicar
- A quién comunicar
- Cómo comunicar
- Quién comunica
- Lenguaje de comunicación

Respecto a la política:

- Accesible a los miembros y socios con riesgo mayor que bajo
- Publicarse adecuadamente (canales internos y externos)

Documentación del sistema:

- a) El alcance del sistema de gestión de compliance penal.
- b) La política de compliance penal
- c) La identificación, el análisis y la evaluación de riesgos penales, así como la metodología y criterios utilizados.
- d) Los objetivos de compliance penal.
- e) La evidencia de la competencia existente o adquirida en relación con el personal de compliance.
- f) La información acerca de la formación y otros recursos disponibles para mejorar su conocimiento en el ámbito del compliance penal.
- g) La información que la organización ha determinado como necesaria para la eficacia del sistema de gestión de compliance penal.
- h) La información documentada de origen externo que la organización ha considerado como necesaria para la planificación y operación del sistema de gestión de compliance penal

- i) La considerada necesaria para disponer de evidencias que soporten que los procesos, procedimientos y controles se han llevado a cabo según lo planificado. .
- j) La evidencia de los resultados del seguimiento y medición, así como los informes de prevención.
- k) La evidencia de la implementación del programa de auditoría y de los resultados de las auditorías.
- l) La evidencia de los resultados de las revisiones realizadas por el órgano de compliance penal
- m) La evidencia de los resultados de las revisiones realizadas por el Órgano de dirección.
- n) La evidencia de los resultados de las revisiones realizadas por el órgano de gobierno

3.6 Operación

3.6.1 Planificación y control

- La organización debe planificar, implementar y controlar los procesos
- Determinar los recursos necesarios
- Implementar el control de los procesos
- Controlar los procesos externalizados
- Controlar los cambios planificados y revisar las consecuencias de los cambios no previstos

La idea es que los procesos y procedimientos relacionados con compliance penal se integren con lo que ya existe en la organización, que no funcione como un sistema aparte, que no se generen estructuras paralelas. Específicamente el art. 3 numerales 2do y 3ero de la Ley Reformatoria al COIP que reforma el art. 49, habla de este aspecto.

3.6.2 Diligencia debida (mapa de riesgos) (Mencionar el artículo 3 de la Ley reformatoria al COIP en materia anticorrupción. En su reforma al art. 49 numeral 1.)

La organización debe realizar un análisis con el fin de identificar aquellas actividades **en cuyo ámbito puedan materializarse riesgos penales** que deban ser prevenidos, y hacerlo de acuerdo con el apartado 6.2 de la Norma UNE.

Donde el análisis de riesgo realizado por la organización arroje un **riesgo penal superior a bajo** en relación con:

- transacciones, proyectos o actividades específicas
- relaciones de negocio actuales o planificadas con determinados socios de negocio
- categorías de personal en posiciones específicas

Nos referimos a las medidas que deben adoptarse con terceros, tanto para relaciones de negocio con cierta continuidad como para proyectos específicos.

En cualquier caso, el planteamiento de medidas de diligencia debida, sea con los miembros de la organización sea con terceros, siempre debe tener en cuenta que estas medidas deben contemplar tres etapas:

- Selección; medidas relacionadas con posibles indagaciones previas.
- Formalización de la relación; se fijan los compromisos en materia de compliance.
- Continuidad de la relación; medidas de seguimiento y monitorización.

Y no debemos olvidar que la norma no está pensando en la relación con terceros de forma general, sino también en el tipo de actividad o proyecto que voy a llevar a cabo con los mismos. Específicamente el art. 3 numeral 1ero de la Ley Reformatoria al COIP que reforma el art. 49, habla de este aspecto.

3.6.3 Controles financieros

La organización debe disponer de **modelos de gestión de sus recursos financieros** que contribuyan a prevenir, detectar o gestionar riesgos penales de manera temprana.

Este tipo de controles son necesarios para los delitos que teniendo carácter socio económico, dejan rastro en las gestiones financieras.

Ejemplos de este tipo de controles pueden ser:

- Establecimiento de segregación de funciones en los procesos financieros.
- Auditorías de cuentas.
- Establecimiento de niveles de actuación económicos.

Específicamente el art. 3 numeral 4to de la Ley Reformatoria al COIP que reforma el art. 49, habla de este aspecto.

3.6.4 Controles no financieros

La organización debe disponer de controles sobre las compras, la comercialización, las operaciones y otros procesos no financieros que contribuyan a prevenir, detectar o gestionar riesgos penales de manera temprana, en función de la actividad de la organización.

La norma tiene en cuenta que hay delitos que no pueden ser prevenidos mediante controles financieros y por eso deben ser tenidos en cuenta otro tipo de controles como los relacionados con el delito medioambiental, por ejemplo.

Cuestiones generales sobre los controles (financieros y no financieros)

- Pueden ser internos y externos.
- Se puede diferenciar entre controles generales y controles específicos, asociados a situaciones de riesgo concretas.
- Puede haber controles que sirvan para prevenir varias situaciones de riesgo.
- Es fundamental identificar los controles.
- Se debe evaluar la eficacia de los controles: diseño y operatividad

Específicamente el art. 3 numeral 2do de la Ley Reformatoria al COIP que reforma el art. 49, habla de este aspecto.

3.6.5 Implementación de controles en las filiales y en socios de negocio

Deben adoptar el sistema de control de la matriz o sus propios sistemas de control.

La organización debe considerar:

- evaluar si los controles implantados por aquellas son suficientes para evitar, detectar o gestionar adecuadamente la exposición al riesgo penal
- si no existen controles previamente implantados por aquellas, la organización debe:
- requerir la implementación de controles que mitiguen sus riesgos penales
- en caso de no resultar posible la implementación de controles en aquellas, considerar este hecho en la evaluación del riesgo que conlleva desarrollar operaciones con ellas, analizando las distintas opciones.

3.6.6 Cláusulas contractuales

La organización debe requerir cláusulas específicamente orientadas a reducir el riesgo penal en sus riesgos contractuales con socios de negocio que supongan un riesgo penal mayor que bajo para la misma.

- Hay que determinar en qué casos debe haber cláusulas contractuales.
- La redacción de las mismas debe adecuarse al nivel de riesgo penal que se trata de prevenir.
- Pueden ser cláusulas vinculadas a la posible rescisión del contrato si se incumplen.
- Pueden incorporarse en las condiciones generales de compra, por ejemplo, cuando no se trabaja con contratos individualizados.
- En los contratos de adhesión, se pueden tratar de negociar este tipo de cláusulas.

3.6.7 Gestión de deficiencias en los controles

Ante deficiencias identificadas en el sistema de control, la organización debe tomar medidas para remediarlas, por ejemplo, implantando planes de acción que mitiguen los riesgos asociados a los controles deficientes

Si se identifican deficiencias del sistema en transacciones, procesos, actividades o cualquier relación de negocio con socios de negocio donde la organización no pueda o no esté dispuesta a implantar controles adicionales, la organización (debe tomar las medidas necesarias para la mitigación del riesgo penal.

3.6.8 Comunicación de incumplimientos e irregularidades

La organización debe implantar procedimientos para;

- facilitar **canales de comunicación** para que tanto los miembros de la organización como terceros comuniquen de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, aquellas circunstancias que puedan suponer la materialización de un riesgo penal para la organización, así como incumplimientos o debilidades del sistema de gestión de compliance penal.
- garantizar la confidencialidad o el anonimato de la identidad de las personas que hagan uso de dichos canales de comunicación;

- permitir la realización de comunicaciones de manera anónima o confidencial;
- prohibir cualquier tipo de represalia, tomando las medidas necesarias para proteger a aquellos miembros de la organización o terceros que realicen comunicaciones de buena fe y, sobre la base de indicios razonables, a través de dichos canales de comunicación;
- garantizar que los miembros de la organización conocen los canales de comunicación existentes y los procedimientos que regulan su funcionamiento;
- fomentar el uso de los canales de comunicación entre los miembros de la organización
- facilitar asesoramiento a aquellas personas que planteen dudas o inquietudes relacionadas a través de los canales de comunicación establecidos por la organización

3.6.9 El canal de denuncias o canal ético

Cuestiones a tener en cuenta:

- La norma impone que el canal sea para el personal interno, pero también para terceros (sin diferenciar o matizar que terceros)
- Puede haber un canal orientado a los incumplimientos (denuncias) y otro a las consultas o planteamiento de dudas.
- Al personal propio hay que informarle de su existencia y de su funcionamiento.
- Puede ser gestionado externamente, aunque no es obligatorio.
- La norma admite el anonimato del denunciante.
- No es conveniente que las posibles denuncias las reciba solo una persona.
- Hay que adaptar el canal al personal de la organización (buzón físico, por ejemplo, si fuese necesario)

Específicamente el art. 3 numeral 5to de la Ley Reformatoria al COIP que reforma el art. 49, habla de este aspecto.

3.6.10 Investigación de incumplimientos e irregularidades

La organización debe implementar procedimientos que:

- aseguren la investigación de todas las comunicaciones recibidas;

- requieran la adopción de medidas adecuadas y proporcionadas en caso de verificación de dichas comunicaciones;
- garanticen que se dispone de recursos con capacidad, autonomía e independencia para realizar las investigaciones pertinentes, y que todas áreas o funciones de la organización si son requeridas, colaboran con ellos;
- garanticen que el órgano de compliance penal está oportunamente informado del estado y resultados de cada investigación;
- garanticen los derechos del denunciante y del denunciado.

Específicamente el art. 3 numeral 8vo de la Ley Reformatoria al COIP que reforma el art. 49, habla de este aspecto.

3.7 Evaluación del programa y su funcionamiento (verificación)

3.7.1 Seguimiento, medición, análisis y evaluación

La norma contempla el establecimiento de indicadores, pero también habla de fuentes de opinión sobre el desempeño del sistema y de la elaboración de informes y su contenido.

EJEMPLOS INDICADORES:

- Denuncias
- Tiempo de resolución de las denuncias
- Consultas
- Formación sobre el Modelo de Prevención: % de personal formado, horas de formación, acciones formativas realizadas...
- Procedimientos administrativos abiertos
- Sanciones impuestas
- Procesos judiciales abiertos
- % de controles evaluados
- % de controles con incidencias

3.7.2 Informes de compliance penal

Órganos de gobierno y dirección, y órgano de compliance penal, deben asegurarse de estar informados sobre el desempeño del sistema de compliance penal, es por ello que debemos definir los reportes (contenido y periodicidad)

Los informes de compliance penal deben incluir:

- cualquier materia relacionada con riesgos penales (sobre la que la organización haya sido requerida por cualquier regulador o autoridad, incluida la judicial;
- cambios en las obligaciones de compliance penal, en su impacto en la organización y las propuestas para cumplir con las nuevas obligaciones;
- mediciones del desempeño de compliance penal, incluyendo las no conformidades y la mejora continua;
- número y detalle de posible(s) no conformidad(es) y su análisis subsiguiente;
- acciones correctivas adoptadas;
- información sobre la eficacia del sistema de gestión de compliance penal, sus logros y tendencias;
- contactos y desarrollo de las relaciones con los reguladores;
- resultados de las auditorías. así como de las actividades de seguimiento
- la política de compliance penal (debe fomentar el informe inmediato de cuestiones materialmente significativas que surjan fuera de los periodos previstos para el informe periódico.

3.7.3 Auditoría interna

- Importancia de los procesos involucrados
- cambios que afecten a la organización
- Resultados de las auditorías previas
- Definir los criterios de la auditoría y el alcance para cada auditoría
- Seleccionar auditores que aseguren objetividad e imparcialidad

3.7.4 Revisión por el órgano de compliance penal

Como resultado de las actividades de supervisión, el órgano de compliance penal debe evaluar de forma periódica si el sistema de gestión de compliance penal:

- a) es adecuado para gestionar eficazmente los riesgos penales de la organización; y
- b) está siendo eficazmente implementado.

El órgano de compliance penal debe informar a los órganos de gobierno y dirección, o a una comisión o comité delegado de éstos, a intervalos planificados o siempre que sea necesario, sobre la adecuación e implementación del sistema de gestión de compliance penal, incluyendo los resultados de las investigaciones y las auditorías.

La organización debe conservar información documentada como evidencia de los resultados de las revisiones realizadas por el órgano de compliance penal.

A tener en cuenta:

- Definir el contenido y la periodicidad de la información documentada del órgano de compliance penal.
- Pueden ser informes o actas que evidencien los temas tratados.

3.7.5 Revisión por el Órgano de dirección

Información de entrada

- a) el estado de las acciones de las revisiones por la dirección previas;
- b) los cambios en las cuestiones externas e internas que afecten al sistema de gestión de compliance penal
- c) la información sobre el desempeño del compliance penal, incluidas las tendencias relativas a:
 - no conformidades y acciones correctivas,
 - seguimiento y resultados de las mediciones
 - resultados de la auditoría
 - investigaciones
 - denuncias
 - análisis informes de compliance penal
 - comunicaciones relacionadas con las partes interesadas, incluyendo las reclamaciones.

- la naturaleza y la extensión del riesgo penal de la organización
- d) las oportunidades de mejora continua, tanto de la política de compliance penal (como del resto del sistema de gestión de compliance penal);
- e) la adecuación de los protocolos o procedimientos de compliance penal,
- f) el grado en el que se han cumplido los objetivos de compliance penal,
- g) la adecuación de los recursos asignados al compliance penal,
- h) la eficacia (de las acciones adoptadas para gestionar los riesgos penales

Información de salida

Debe incluir también decisiones acerca de:

- 1) la necesidad de cambios en las políticas, procedimientos (o controles asociados al sistema de gestión de compliance penal,
- 2) cambios de los procesos y procedimientos relacionados con el compliance penal para asegurar su integración eficaz con las prácticas operacionales y sistemas de la organización
- 3) áreas sobre las que hacer seguimiento (de no conformidades futuras potenciales);
- 4) acciones correctivas respecto a las no conformidades detectadas;
- 5) lagunas o carencias en la política de compliance penal, en el resto del sistema de gestión de compliance penal e iniciativas de mejora continua, tanto a corto como a medio y largo plazo;
- 6) reconocimiento de comportamientos ejemplares relacionados con la política de compliance penal y el resto del sistema de gestión de compliance penal de la organización.

3.7.6 Revisión por el órgano de gobierno (verificación)

El órgano de gobierno se debe de encargar de examinar periódicamente el sistema de gestión de compliance penal con base en la información proporcionada por el órgano de compliance penal, el Órgano de dirección y cualquier otra información que el órgano de gobierno pueda solicitar u obtener.

La organización debe conservar el resumen de la información documentada como evidencia de los resultados de las revisiones del órgano de gobierno.

Es decir, la organización debe definir:

- La información que ha de llegar al órgano de gobierno sobre el sistema.
- La periodicidad con que debe llegar.

Además, debe tener evidencia del resultado de la revisión y posibles aportaciones del órgano de gobierno.

3.8 Mejora (verificación)

No conformidades y acciones correctivas

- Herramientas de cualquier sistema de gestión para identificar y tratar los posibles incumplimientos del mismo.
- La no conformidad requiere un tratamiento rápido y transparente para tratar la situación y gestionar las consecuencias.
- Valorar la necesidad de abrir acciones correctivas para eliminar las causas que han dado lugar a la no conformidad.
- Llevar seguimiento y mantener evidencia documentada.

Mejora continua

- El sistema tiene que estar orientado a la mejora continua.
- La información que se recoge, se analiza y evalúa es la base para poder identificar acciones o aspectos de mejora.
- Una de las formas de asegurar esa mejora es mediante la revisión periódica del sistema.

Verificación periódica del sistema de prevención:

- Ante infracciones relevantes
- Ante cambios en la organización
- Ante cambios en la actividad desarrollada

Y si no se dan estas circunstancias, establecer una periodicidad mínima de revisión del mismo.

4. Regulación penal: Los modelos de "organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control"

4.1 Texto legal (modelo a seguir)

De acuerdo a la Ley Reformativa en Materia Anticorrupción, en el art. 1 que reforma al art. 45 numeral 7mo literal d del COIP, constituyen circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la consideración de las siguientes cuestiones:

Los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, deberán incorporar los siguientes requisitos mínimos, sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento que se dicte para el efecto, y de otras normas específicas:

- 1. Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo;*
- 2. Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo;*
- 3. Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales;*
- 4. Modelos de gestión financiera;*
- 5. Canal de denuncias;*
- 6. Código Ética;*
- 7. Programas de capacitación del personal;*
- 8. Mecanismos de investigación interna;*
- 9. Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos;*
- 10. Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y,*
- 11. Programas conozca a su cliente o "debida diligencia."*

El modelo español a su vez establece:

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.^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 o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;*
- 2.^a 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;*
- 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y*
- 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a*

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

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. 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 ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

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.*

- 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.
- 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- 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.
- 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- 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.

4.2. Introducción de previsiones específicas en la reforma de 2015 y su valoración

Es precisamente, a través de la reforma de 2015, cuando el legislador español decide construir una eximente basada en la existencia de un modelo organizativo eficaz para la prevención de delitos. De este modo, se afirma en el Preámbulo que *se introduce una mejora (...) con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal*”. El alcance de las obligaciones que conlleva dicho deber se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica. En particular, en el modelo español, el apartado 2 del art. 31 bis establece la exención de responsabilidad de la persona jurídica si se cumplen determinadas condiciones. En el modelo ecuatoriano son circunstancias atenuantes, esto de acuerdo a lo expuesto en el numeral anterior, lo cual no obsta que la persona jurídica pueda ser exenta de responsabilidad, pero eso dependerá del nivel de atenuación de responsabilidad que se verifique de cumplir con todos los requisitos establecidos en el art. 3 de la Ley Reformatoria en Materia Anticorrupción ya explicado. Por las razones ya expuestas, el modelo español es aquel que debe haberse seguido para determinar las condiciones y requisitos de la fórmula ecuatoriana, con sus propias consideraciones.

4.3 Condiciones legales de adopción del modelo de organización y control para la exención de responsabilidad

La regulación establece el modo en que deben ser articulados los programas de prevención o modelos de organización y control. A tal efecto, la condición primera hace referencia al necesario recurso a modelos de organización y gestión que incluyan medidas de *vigilancia y control* idóneas; la segunda se refiere a la *supervisión* del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado y su atribución 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; la tercera alude a la necesidad (para proceder a la exención de responsabilidad) de que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de *prevención* y, finalmente, la condición cuarta exige que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de *supervisión, vigilancia y control* por parte del órgano de la persona jurídica al que se le hayan atribuido tales competencias. Los programas de prevención deben concretar todas las obligaciones de control, vigilancia y supervisión, estableciendo además mecanismos para asegurar su cumplimiento, identificando además cuales son los riesgos a los que están sometidos.

1.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 o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión

La exención de responsabilidad requiere obviamente y en primer lugar la propia adopción del modelo.

a) Requisito temporal

Se especifica que dicha adopción deberá producirse **antes** de la comisión del delito. Recordemos que la adopción a posteriori, pero siempre que se produzcan antes del inicio del juicio oral (*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*), posibilita la aplicación de una circunstancia atenuante.

b) Exigencia de eficacia en su aplicación (adoptado y ejecutado) y falibilidad del modelo

En todo caso lo más relevante de este primer apartado es la exigencia de que el modelo sea *eficaz*, en concreto, debe ser “adoptado y ejecutado con eficacia”. Será eficaz aquel modelo que produce el efecto esperado: la prevención de delitos evitando su comisión o reduciendo significativamente del tal riesgo.

El legislador reconoce por tanto la *falibilidad* de los modelos de prevención, lo que supone que un programa puede no alcanzar su objetivo (evitar el delito) y sin embargo seguir siendo “eficaz”. Es indudable que existen riesgos no controlables, en particular aquellos que dependen de la voluntad de determinadas personas físicas. Lo que hace eficaz al programa es su capacidad para reducir de forma significativa el riesgo de comisión de delitos.

Dicha **eficacia habrá de estar presente en dos momentos distintos** (el de su configuración y el de su efectiva implantación): “*adoptado y ejecutado con eficacia*”. En realidad, en la práctica, *suelen ser tres* los momentos a valorar: elaboración, implantación y cumplimiento. De este modo es posible que existan programas eficaces *sobre el papel* que, después, no son correctamente implantados, perdiendo tal cualidad, lo que desactivaría esta cláusula de exención. Una eficaz y diligente implantación podría corregir defectos detectados en la configuración del programa o modelo de prevención.

En cuanto a los **instrumentos de valoración de la eficacia de los modelos**, la CFGE 2016 española, ha enumerado determinados criterios, encaminados a evitar la proliferación de las llamadas *certificaciones formales*, que no responden a la realidad de cada empresa ni a las necesidades de prevención, y que pueden sintetizarse en las siguientes:

-Acreditación de la *adecuación específica del modelo al concreto delito que se ha cometido*, y cuya persecución penal motiva el análisis de validez modelo.

-Recurso a criterios de valoración referidos a un juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de evitar la comisión de un delito que ya se ha producido⁷.

-Existencia de un compromiso real con el cumplimiento tanto de los directivos, como la inexistencia de márgenes de tolerancia y mucho menos favorecimiento de comportamientos ilícitos hacia sus subordinados o empleados de la sociedad.

-Criterio del beneficio. Recordemos que uno de los requisitos típicos es que la actuación de la persona jurídica se lleve a cabo en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. Pues bien, dentro de ese marco caben supuestos en los que la conducta delictiva tiende a favorecer principalmente a la sociedad y otros en los que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al perseguido por la persona física. El modelo de organización y gestión tiene escasa capacidad frente a ese

⁷ Sobre esta misma idea, exponía ya la CFGE 2011 española que *lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, corporate defense, compliance guide, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica*.

tipo de conductas egoístas individuales, por lo que el nivel de exigencia también deberá ser menor.

-Criterio de selección de personal. La existencia de altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados y su aplicación en el caso concreto deberá ser también valorado especialmente cuando el sujeto ha actuado en beneficio propio, con un beneficio solo indirecto para la persona jurídica.

-Capacidad de detección de delitos. La capacidad de detección de los incumplimientos será tomada en cuenta como un elemento sustancial de la validez del modelo. En realidad este dato apuntado por la Fiscalía aparece incorporado al programa, desde el momento que entre sus requisitos se establece la obligación de que el programa sea capaz de identificar y gestionar adecuadamente los riesgos, estableciendo las medidas para neutralizarlos.

-Historial del comportamiento de la sociedad. De cara a deducir la voluntad de cumplimiento de la persona jurídica es relevante su comportamiento pasado para ver si el delito constituye un hecho excepcional o por el contrario forma parte de una trayectoria desvinculada del respeto a la ética corporativa.

-Eficacia previa del modelo. También deberá valorarse si el modelo de organización y control ha funcionado eficazmente en anteriores ocasiones y con qué firmeza se ha actuado desde la misma frente a previos incumplimientos normativos, así como el historial de sanciones de la persona jurídica.

-Actitud postdelictual. Las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica con posterioridad a la comisión del delito (y su detección por la misma) deben ser también determinantes a los efectos indicados, especialmente valorando las respuestas o medidas adoptadas contra los infractores. En el mismo sentido pueden valorarse las medidas de reparación y preventivas para que el hecho no vuelva a suceder. Todo ello, al margen de la específica previsión de atenuantes orientadas en un sentido similar.

4.4. El oficial de cumplimiento o compliance officer

De acuerdo a las reformas al COIP, específicamente según el art. 1 que reforma al art. 45 numeral 7mo literal d) del COIP en materia anticorrupción, y con base en la magnitud de la empresa SEMAICA, siendo de una extensión considerable, el órgano del oficial de cumplimiento debe ser colegiado, es decir, constituido por más de una

persona, para que pueda suplir a todas las funciones imperativas para una debida ejecución y control del Compliance. En esa consideración SEMAICA debe constituir dicho órgano de cumplimiento que deberá estar conformado por dos o más miembros que cumplan cada uno y en su conjunto con el perfil señalado en el perfil del Compliance Officer (documento integral del compliance No. 02 Guía Compliance Officer). Pueden ser funcionarios que pertenezcan o no a la empresa pero no de la dirección ni miembros del directorio y a los que además se les debe garantizar independencia para realizar sus funciones y que además no deben estar sujetos a ningún tipo de injerencia o influencia por parte de la dirección.

En el modelo español se considera:

2.ª 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 (el oficial del cumplimiento)

i) Nuevo órgano o adaptación del existente: A través de la necesaria creación o adaptación de un órgano, al que se atribuye la completa supervisión y control del cumplimiento del programa. La supervisión se proyecta tanto sobre el *funcionamiento* (para detectar posibles deficiencias) como sobre su cumplimiento (para comprobar que efectivamente se cumple, lo que aparece escrito sobre el papel). Por lo tanto, ha de crearse el órgano, que debe ser plural en vista de la extensión de la empresa como se ha explicado, encargado de las funciones de seguimiento descritas, que se conoce como oficial de cumplimiento o *compliance officer*.

Nada impide que aquellas sociedades que por disposición legal ya tengan un órgano creado a los efectos de desarrollar funciones de control de riesgos, le atribuyan esta nueva función. Ahora bien, en todo caso, para cumplir las obligaciones analizadas, sus funciones deben ser actualizadas y ampliadas a las específicas contenidas en el modelo de organización que, a su vez, debe seguir escrupulosamente las condiciones y requisitos contenidos en el precepto ahora analizado.

ii) Autonomía e independencia: El órgano de la persona jurídica alternativamente debe contar con “**poderes autónomos de iniciativa y control**” o tener “encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica”. El planteamiento de estas dos cuestiones como alternativas aparenta ser un error legislativo, ya que ambas se mueven en planos distintos y las dos se presentan como requisitos cumulativos (no alternativos), todo ello, salvo que entendamos que la segunda presupone la primera. No olvidemos que el oficial de cumplimiento debe vigilar el comportamiento de los propios miembros del

órgano de administración que lo designa, lo que requiere cierto blindaje y protección⁸. En consecuencia, esta se presenta como una de las cuestiones claves para valorar la eficacia en la implantación del modelo, particularmente cuando el delito haya sido cometido por una de las personas a las que se refiere el apartado a) del art. 31 bis CP, lo cual en nuestra normativa se evidencia en el artículo 49 COIP reformado. Si la independencia no es absoluta (entendida como posibilidad de acceder a toda la información para valorar posibles incumplimientos que puedan dar lugar al delito) el programa de cumplimiento no puede ser declarado eficaz. En tales supuestos deberá procederse a una valoración construida sobre una relación de evitabilidad, según la cual si el oficial de cumplimiento hubiese tenido acceso a determinada información (que no pudo conocer) se habría podido evitar la comisión del delito. En el mismo sentido, sería deseable que en el órgano de control no estén integradas personas con capacidad de decisión, que posibilite la comisión de alguno de los delitos integrados en el sistema de *numerus clausus* que se pretenden prevenir.

Es imprescindible que desde la dirección de la empresa se le facilite el acceso a toda la información necesaria para el correcto desempeño de sus funciones. Cualquier limitación en tal sentido puede determinar, a efectos penales, la valoración de ineficacia del modelo de cumplimiento, o de su ejecución. Con el objetivo de facilitar ese contacto permanente con la gestión y puntos clave en materia de control de riesgos, el precepto analizado determina que el oficial de cumplimiento deba necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, independientemente de la posibilidad de externalizar parte de sus funciones.

iii) Funciones: La norma prevé que *tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica*. El precepto no establece específicas *obligaciones* del oficial de cumplimiento, más allá de la genéricamente descrita. Sin embargo, de lo dispuesto en el presente apartado se determina su obligación de participar de forma intensiva en todo el proceso de creación e implantación del modelo de supervisión y, a partir de ese momento, se erige en el principal responsable de constatar su efectivo cumplimiento y en particular de los requisitos establecidos en el apartado 5 del art. 31 bis, detectando las posibles deficiencias del mismo y adoptando o proponiendo la adopción de las medidas necesarias para su subsanación.

La ausencia de cumplimiento de las obligaciones de supervisión y control por parte del oficial de cumplimiento desactiva la posibilidad de recurrir a esta cláusula de exención

⁸ La protección de los denunciantes, es junto a la transparencia, una de las características del Proyecto de Ley Integral de luchas contra la corrupción y protección de los denunciantes, actualmente en tramitación parlamentaria, protección que no debería limitarse al ámbito público.

de responsabilidad penal (*no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano*)

iv) Delegación: El desarrollo de la función del oficial de cumplimiento puede distribuirse con base en a criterios de delegación, siempre que se mantenga por parte del mismo la total capacidad de supervisión y gestión del modelo de organización y control. En lo que respecta a la delegación, bien ejecutada, aumenta la eficacia de los instrumentos de control, al existir específicos órganos o personas directamente vinculadas al foco de riesgo; pensemos, por ejemplo, en los encargados de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, esas personas u órganos deben situarse en la materia descrita bajo la subordinación jerárquica del oficial de cumplimiento en todo lo necesario para el efectivo cumplimiento, cuestión que debe ser específicamente dispuesta a partir de su propio acto de designación.

v) Externalización: Como ya se apuntó, desde el punto de vista de la externalización no sólo es posible, sino que en ocasiones es recomendable; pensemos por ejemplo, en la implantación a través de los correspondientes mecanismos, generalmente de carácter informático, de los canales de denuncia, (*Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*). El anonimato y su percepción son mayores cuando más se aleje del centro de dirección de la persona jurídica.

4.6 Requisito para la exención de responsabilidad de la empresa: "los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención"

El requisito transcrito requiere que las personas físicas incluidas en el apartado a), esto es administradores o directivos con competencias relevantes en la sociedad, hayan sido capaces de burlar el modelo de organización para la comisión del delito y en particular las medidas que tienen por objeto la prevención de la comisión del delito. Aparentemente pretende excluir la aplicación de la cláusula de excepción en aquellos supuestos en los que simplemente el modelo de organización no tenía medios adecuados para prevenir el delito en cuestión (ausencia de eficacia), por lo que su autor no precisó adoptar ninguna estrategia específica para proceder a su ejecución sin ser detectado por los mecanismos implantados en el modelo de organización y gestión. En sentido positivo, se excluye la responsabilidad cuando el directivo autor del hecho delictivo fue capaz de esquivar la aplicación de los mecanismos preventivos establecidos en el modelo de organización, descripción que, por otra parte, y en buena medida, coincide con la segunda acepción del término fraude (acto tendiente a eludir

una disposición legal, en perjuicio del Estado o de terceros). Por otra parte, este requisito, por razones obvias, sólo es compatible con los delitos dolosos.

4.7 Requisito para la exención de responsabilidad de la empresa: “no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano”

El cuarto requisito se formula a modo complementario del anterior, en el sentido de que el programa tampoco podrá ser declarado eficaz *si no se ha ejecutado diligentemente*, insistiendo en la idea de que en un programa válido a los efectos exoneratorios no es el que se elabora de manera *potencialmente* eficaz, sino que debe también implantarse y ejecutarse de modo efectivo, sin dejar de cumplir ninguna de las obligaciones en él contenidas. En tal sentido, el incumplimiento por parte del oficial de cumplimiento (*el órgano al que se refiere la condición 2.ª*) de alguna obligación de supervisión, vigilancia o control contenidas en el modelo de organización, que haya favorecido o propiciado la comisión del delito, desactiva la posibilidad de excluir la responsabilidad penal por esta vía. Dicho incumplimiento puede ser voluntario o imprudente, siendo este último el más habitual.

Como ya se ha expuesto, las funciones de supervisión, vigilancia y control que se omiten o se ejecutan de manera insuficiente son las establecidas en el modelo de organización y gestión que se atribuyen al oficial de cumplimiento y a mecanismos derivados (como el canal de denuncias) y que, por tanto, nada tienen que ver con los deberes de supervisión, vigilancia y control, a los que se refiere al apartado b) (*quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas-art. 49 COIP*).

Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1 (quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas -art. 49 COIP), la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

La cláusula de exención analizada tiene un distinto nivel de eficacia, según nos encontremos ante los supuestos del apartado a) o los del apartado b). Se configura un doble régimen de exención, que determina un marco de exoneración de la persona jurídica algo más amplio para las conductas de los subordinados que no ejercen adecuadamente el control (supuesto del apartado b) (*quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas -art. 49 COIP*). En concreto, frente a la

enumeración de las cuatro condiciones ya analizadas, necesarias para activar la exención de responsabilidad de los supuestos del apartado a) (resto de supuestos del art. 49 COIP), la norma penal prevé únicamente para los supuestos del apartado b) que, antes de la comisión del delito, se haya *adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*.

Por lo tanto, en ambos supuestos (los del apartado a) y los del apartado b) se incluye la necesaria adopción de un modelo de organización y control. Las diferencias consisten en que en los supuestos del apartado a), además de la adopción del modelo de organización y control, se exige la presencia de los tres requisitos ya analizados⁹.

No sólo se ha defendido un distinto tratamiento de quienes tienen el control, total o parcial, de la sociedad a través del ejercicio de tareas de dirección. Como en su momento se apuntó, las condiciones organizativas de los modelos de prevención y control recaen sobre los propios administradores. Si precisamente los obligados al control del delito deciden la comisión de hechos delictivos no parece que pueda excluirse su responsabilidad por la existencia de modelos implantados por ellos mismos (o sus antecesores en el puesto) y que deciden incumplir.

Sin embargo, aunque como acabamos de advertir, existen algunas diferencias en los requisitos legales de ambos apartados, éstas no son tan grandes como pudiera parecer. En concreto, a la vista del contenido de la regulación expuesta, pudiera pensarse que para los supuestos del apartado b) (*quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas-art. 49 COIP*) sólo se está exigiendo la primera de las cuatro condiciones requeridas para los supuestos del apartado a) – delitos cometidos por los administradores y directivos- (*resto de supuestos del art. 49 COIP*). Ahora bien, dado que el apartado encargado de establecer los concretos requisitos de los modelos de organización y gestión, por un lado, resulta aplicable tanto a los supuestos del apartado a) como a los del apartado b) y, en la medida en

⁹ Obsérvese que, según la regulación expuesta, en los supuestos del apartado a), los modelos de organización y gestión deben incluir las medidas de vigilancia y control **idóneas** (*que reúne las condiciones necesarias u óptimas para una función o fin determinados*) para prevenir delitos, mientras que en los supuestos del apartado b) ha de haberse adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte **adecuado** (*que se acomoda a ciertas condiciones o resulta conveniente en determinadas circunstancias*) para prevenir delitos. No parece, en todo caso, que la diferencia de matiz vaya a tener trascendencia práctica.

que en los mismos se hace referencia de modo más o menos directo a las restantes condiciones del apartado 2 (las referidas a los supuestos del apartado a)), se estima que la diferencia no será significativa en la práctica.

Así, por ejemplo, se exige que los modelos impongan *la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*. En consecuencia es necesaria la presencia de un órgano (el oficial de cumplimiento), encargado de la supervisión del funcionamiento del modelo, en los términos establecidos en la condición 2ª (*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*).

En lo que respecta a la ausencia de referencia expresa de la condición recogida en el apartado 4º (no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª) también se ha apuntado que el efecto práctico es relativo, en la medida en que si el órgano de control ha omitido o ejercido insuficientemente sus funciones el modelo no habrá sido ejecutado con la eficacia que tanto el apartado 2 como el apartado 4 imponen y necesariamente se habrá incumplido también alguno de los seis requisitos que, para uno y otro modelo de organización, establece el apartado 5.

Quedaría, en consecuencia, únicamente excluido la condición 3ª (*los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención*). Esto teóricamente permite a la persona jurídica eludir su responsabilidad en los supuestos de la letra b) acreditando que su modelo era adecuado, sin necesidad de probar que el dependiente actuó fraudulentamente. Ahora bien, en la práctica, el efecto también debe ser limitado, ya que más que más que una condición específica, parece consecuencia natural. En la misma línea, la CFGE 2016 considera que el efecto será relativo pues, a salvo las conductas imprudentes, difícilmente podrá acreditarse que un programa es eficaz si puede ser quebrado por los dependientes sin la concurrencia de una conducta que comporte algún tipo de fraude.

4.6 Atenuación de la responsabilidad por cumplimiento parcial de las condiciones legales de adopción del modelo

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

La previsión legal expuesta permite atenuar la pena cuando las circunstancias, citadas en los números anteriores “solamente puedan ser objeto de acreditación parcial”.

Habría que entender que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha acreditado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena. Un modelo que sólo parcialmente es eficaz para detectar y evitar la comisión de ilícitos penales, debiendo exigirse en todo caso un mínimo: la presencia de un programa con medidas capaz de acreditar cierta voluntad por el control al que se refieren los apartados del precepto antes estudiados.

5. Requisitos legales que debe cumplir el modelo de organización y control (interpretación de la normativa penal)

Estos requisitos ya han sido analizados en función de lo dispuesto en la **NORMA UNE 19601**. Sin embargo, consideramos preciso hacer referencia expresa a la **REGULACIÓN PENAL** que los determina, dado que la referida norma parece prescindir de algunas cuestiones penales esenciales. Recordemos que en el COIP ecuatoriano son recientes las reformas al respecto, por lo que se toman estos requisitos de la fórmula española complementando la joven ecuatoriana:

Art. 31 bis 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.*
- 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.*
- 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*
- 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.*
- 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.*

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.

5.1 Necesidad de identificar y gestionar adecuadamente los riesgos, estableciendo las medidas para neutralizarlos. El Mapa de Riesgos.

Sobre esta cuestión, nos remitimos a todo lo expuesto, en el apartado 3 de este programa (Gestión de Compliance), así como a las fórmulas de evaluación que se desarrollan más adelante y otros anexos (cuadro, selección jurisprudencial en supuestos equivalentes, Excel de valoración, preguntas específicas, etc.)

Ver desarrollo en apartado 6.

5.2 Necesidad de establecer los protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la persona jurídica (adopción y ejecución de decisiones).

Se trata de incorporar unos criterios y fórmulas de toma de decisiones, que garanticen altos estándares éticos, en todas aquellas decisiones que puedan entrar en contacto con las conductas delictivas identificadas en el mapa de riesgos.

Entre otros objetivos, se trata de poner de manifiesto las eventuales consecuencias delictivas si se actúa de un modo determinado. A tal efecto se establece un sistema documental informativo (cláusula), imponiendo la obligación de que tales decisiones queden documentadas.

También se trata de conseguir, en esos ámbitos de posible colisión con el delito, que no se trate de decisiones individuales, exigiendo el aval escrito (firma) de otros directivos o personas con competencias relevantes en la sociedad.

La identificación de qué tipo de acuerdos deben seguir este formato viene condicionada por el resultado del mapa de riesgos.

5.3 Necesidad de disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos (31 bis 5.3º).

El cumplimiento de este requisito debe efectuarse de distintas formas. Resulta fundamental valorar, cuantificar y determinar si es suficiente la inversión realizada en determinadas actividades que tienden a establecer controles que de algún modo contribuyen a evitar la comisión de ilícitos (protección de datos, seguridad informática,

plan de prevención de riesgos laborales, etc.). Entre ellos se incluye de manera específica el presente programa de prevención de delitos. A tal efecto se solicita a la entidad la cuantificación y características de cada uno de estos factores y se audita y analiza para ver si es suficiente o debe ser ampliado. El resultado/cuantificación de costes se incorporará al presente programa como anexo.

5.4 Obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención.

La obligación afecta tanto a directivos como a empleados.

La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. A través del establecimiento de obligaciones contractuales de denuncia, permite sacar a la luz comportamientos irregulares e ilícitos que pueden derivar en comportamientos delictivos que, de otro modo, no se conocerían.

Para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta **imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante** (*whistleblower*), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones sin riesgo a sufrir represalias.

5.5 Necesidad de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo (31 bis 5.5º)

La eficacia de un programa como el que se plantea presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. El incumplimiento de dichas obligaciones debe contemplar necesariamente un sistema sancionador basado en incumplimiento de obligaciones de tipo laboral.

Las conductas sancionables serán, además de – obviamente- aquellas constitutivas de delito, aquellas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto (ya sea directamente o a través del canal de denuncias).

5.6 Deber de verificar la eficacia del modelo

El texto penal no vincula los procesos de verificación a plazos concretos. No establece plazos ni procedimiento alguno de revisión. Sin embargo, un adecuado modelo de organización debe contemplarlos expresamente.

En todo caso, lo que sí se establece expresamente en la obligación de que el modelo sea revisado inmediatamente si concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo son: cambios relevantes en el tipo de actividad desarrollada, cambios en la estructura personal o de gestión de la sociedad, modificaciones normativas (penales, administrativas u de otro tipo) que afecten a la actividad de la corporación.

6. Mapa de riesgos de SEMAICA (ver documentos 05 A y 05B)

6.1 Explicación y planteamiento metodológico (remisión)

La metodología y proceso de análisis de riesgos se encuentra en los documentos (05 A (documento metodológico y resumen de resultados con base en parámetros usados) y 05B (matriz de riesgo –Excel-)

Es preciso identificar los riesgos penales que la organización puede razonablemente **anticipar**, teniendo en cuenta los factores identificados en el análisis de contexto. Para ello es necesario identificar **controles ya existentes** en la organización, valorando la adecuación de su diseño y su eficacia (anexo).

La detección de riesgos de comisión de algunos delitos implica el desarrollo de un **modelo de prevención**, que incluye formación (de directivos y en algún caso de empleados), así como la adopción de medidas específicas preventivas que se irán exponiendo.

En todo caso, como ya se anticipó, la prevención se extenderá a otras posibles infracciones (básicamente administrativas), cuyo contenido, significado y consecuencias también se expone en la primera parte de este trabajo.

Se expone la metodología utilizada y se utiliza la base conceptual desarrollada en la primera parte del trabajo criterios para determinarlos- (probabilidad, impacto, gravedad de sus consecuencias, etc.) [ver anexos 05 A, 05 B]

6.2 Delitos identificados en el proceso de valoración de riesgo

6.2.1 DELITO: Trabajos forzados u otras formas de explotación laboral (art. 105 COIP)

1.1 Tipo penal: *“La persona que someta a otra a trabajos forzados u otras formas de explotación o servicios laborales, dentro o fuera del país, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años...”*

Habrán trabajos forzados u otras formas de explotación o servicios laborales en los siguientes casos:

1. Cuando se obligue o engañe a una persona para que realice, contra su voluntad, un trabajo o servicio bajo amenaza de causarle daño a ella o a terceras personas.

2. Cuando en estos se utilice a niñas, niños o adolescentes menores a quince años de edad.

3. Cuando se utilice a adolescentes mayores a quince años de edad en trabajos peligrosos, nocivos o riesgosos de acuerdo con lo estipulado por las normas correspondientes.

4. Cuando se obligue a una persona a realizar un trabajo o servicio utilizando la violencia o amenaza.

5. Cuando se obligue a una persona a comprometer o prestar sus servicios personales o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, aprovechando su condición de deudora.

Art. 109.- "Sanción a la persona jurídica.- Cuando se determine la responsabilidad penal de una persona jurídica en la comisión de los delitos previstos en esta sección, será sancionada con la extinción y multa de diez a mil salarios básicos unificados del trabajador en general".

1.2 Breve análisis: El tipo penal del art. 105 se encuentra en la sección tercera de las diversas formas de explotación, en el capítulo primero sobre graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario. Esta sección contiene la disposición del art. 109; por lo tanto, bajo una interpretación estricta se sujetaría a las reglas del art. 109 sobre sanción a la persona jurídica y a la RPPJs. Podría, hipotéticamente, cometer este delito una empresa como la evaluada, al tratarse de temas laborales, si bien por el tamaño y características de la misma, parece poco probable, la problemática se ha constatado en estructuras empresariales de reducido tamaño en donde algunos constructores en Ecuador mantienen una relación laboral precaria y en muchos casos omiten las afiliaciones de ley. Se constata que algunos constructores en Ecuador mantienen una relación laboral precaria y en muchos casos omiten las afiliaciones de ley, si bien se trata por lo general de **estructuras empresariales de reducido tamaño.**

1.3. Casos y jurisprudencia: Recientemente en Ecuador, la Defensoría del Pueblo ha dado a conocer un informe que denunció graves vulneraciones de derechos humanos a grupos familiares (afrodescendientes, en su mayoría) que habrían sido explotados laboralmente por la firma Furukawa, dedicada a la producción y comercialización de abacá (fibra que se usa para fabricación de papeles y otros insumos). La Defensoría del Pueblo instó, entonces, a 10 carteras de Estado a atender a los ciudadanos explotados, a sancionar y atajar el abuso de la empresa y a garantizar el acceso a servicios básicos de los 200 agricultores. La Defensoría concluyó que las instituciones públicas "son responsables por las vulneraciones a derechos humanos que sigan ocurriendo en las haciendas de la empresa Furukawa".

Tras recibir las denuncias de empleados, el Ministerio de Trabajo realizó inspecciones donde se identificaron incumplimientos a los derechos de los trabajadores. Entre ellos están la falta de afiliación y contrato de trabajo, de pago de beneficios sociales, pagos inferiores respecto a la remuneración básica unificada, intermediación, condiciones de

trabajo infrahumanas, trabajo infantil y en personas de la tercera edad, insalubridad. Además, los inspectores señalaron que los trabajadores desarrollan sus actividades en medio de un alto riesgo laboral. La empresa tampoco, según el Ministerio, ha entregado ropa y herramientas de trabajo, no reconoce utilidades, cuenta con un reglamento de trabajo obsoleto y no cancela horas extras.

La Dirección Regional del Trabajo de Guayaquil impuso una multa de USD 10 720 y 21 440 y dispuso la clausura del establecimiento. La Dirección Regional del Trabajo de Portoviejo también dispuso otra multa de USD 10 720 y dispuso la clausura del local ubicado en esa ciudad. En todo caso, **se trata de una entidad que poco tiene que ver con la que ahora se analiza en sus estándares éticos.**

1.4 Medidas existentes:

DELITO (COIP)*	MEDIDAS YA EXISTENTES EN SEMAICA
1. Artículo 105 .- Trabajos forzados u otras formas de explotación laboral.-	• Cuentan con el Código de ética • Manual Interno de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos • Reglamento interno tiene sanciones por el incumplimiento de las normas.

1.5 Preguntas de valoración de riesgo

1. ¿El Reglamento interno sanciona expresamente este tipo de conductas? (en caso afirmativo indicar de qué manera mediante un extracto del texto)

No

2. ¿El Código de ética hace expresa referencia a este tipo de conductas? (en caso afirmativo indicar de qué manera mediante un extracto del texto)

Sí, pero de un manera muy breve e inconcreta (apartado 3.4)

3. ¿El Manual Interno de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos (en caso afirmativo indicar de qué manera mediante un extracto del texto)

No

4. ¿Cuenta SEMAICA con un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo Certificado bajo la Norma Internacional ISO45001:2018? En caso negativo, ¿tiene previsto implantarla?

No, está en fase de implementación.

5. ¿Cuenta SEMAICA con un Reglamento Interno de Trabajo y/o con un Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo?

Sí, cuenta con un Reglamento de Higiene y Seguridad

6. Las personas responsables de dirigir y controlar a los trabajadores (operarios de trabajo manual) han recibido formación específica sobre la normativa administrativa que regula los derechos y condiciones en que los trabajadores deben ejercitar sus funciones? ¿conocen las consecuencias administrativas y penales –art. 105 CP- de un incumplimiento?

Si

7. Tiene SEMAICA un Soporte Legal especializado en el ámbito Laboral por estudios Jurídicos externos o internos?

Si

8. ¿Cuenta SEMAICA con un canal de denuncias en su página web que permitan la denuncia anónima de este tipo de conductas de explotación laboral? En caso afirmativo, qué trámite se sigue con la denuncia?

No, se está preparando su implementación y está previsto socializarlo con todo el personal de la empresa en noviembre del año en curso

9. Si llegara a ocurrir ¿existe en SEMAICA un procedimiento sancionador para quien las lleve a cabo?

Si se aplicarán las sanciones estipuladas en el código de trabajo

10. ¿Considera remotamente posible que las conductas de explotación laboral descritas en el tipo penal se pudieran llegar a llevar a cabo en SEMAICA? Indique por favor el riesgo percibido: Muy alto/alto/medio/bajo/muy bajo/inexistente

Considero inexistente el riesgo ya que la contratación del personal tiene un proceso y todo trabajador de la empresa está afiliado al IESS.

CONCLUSIONES Y MEDIDAS A ADOPTAR

Conclusión: Como ya se indicó, este tipo de comportamientos son más propios de empresas que se sitúan habitualmente fuera de la Ley. La propia entidad considera “inexistente” el riesgo de que la misma se lleve a cabo. La empresa tiene además un Reglamento de Higiene y Seguridad en el que están previstas este tipo de conductas y prevé un catálogo de sanciones aplicables para el caso de que ocurra. Además está

implantado el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo Certificado bajo la Norma Internacional ISO45001:2018. Tiene además un soporte legal que le permite estar al día sobre la legislación. Además los responsables de riesgos y contratación laboral han recibido formación específica.

Medidas a adoptar:

- Incluir en el Código de ética referencia expresa este tipo de conductas y difundir entre directivos y trabajadores la nueva versión.
- Culminar la implantación del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo Certificado bajo la Norma Internacional ISO45001:2018 (su implantación producirá una reducción drástica en el riesgo).
- Formación específica a todos los responsables de la sociedad (quienes pueden establecer las condiciones de trabajo) sobre el delito en cuestión y sus consecuencias penales para ellos (*pena privativa de libertad de diez a trece años*) y para la empresa (*la extinción y multa de diez a mil salarios básicos unificados del trabajador en general*).
- Asegurarse mediante firma escrita que todos los responsables de la sociedad (quienes pueden establecer las condiciones de trabajo) conocen la prohibición y las sanciones contenidas en el Código de Trabajo.

Riesgo resultante: Muy bajo

6.2.2 DELITO: Ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras (art. 201 COIP)

2.1 Tipo penal: *"La persona que para obtener provecho propio o de terceros, promueva u organice la ocupación o asentamiento ilegal en terrenos ajenos, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años..."*.

"...Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica, será sancionada con la extinción y multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general".

2.2 Breve análisis: El tipo penal del art. 201 se encuentra en la sección novena de los delitos contra el derecho a la propiedad, en el capítulo segundo delitos contra los derechos de libertad.

Esta figura jurídica sanciona específicamente al traficante de tierras ajenas, más no a los invasores que están ocupando el predio invadido. La pena se va agravando si no se cuenta con las autorizaciones administrativas necesarias y cuando se realicen los fraccionamientos sin los permisos de los municipios como el de subdivisión y cuando hayan aceptado dinero o patrimonio por la venta de estos lotes.

En el caso de que se justifique la responsabilidad penal de una persona jurídica esta será sancionada con la extinción de la personalidad jurídica y multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

Al respecto, los permisos de construcción, así como la expropiación de terrenos para la construcción de vías son temas delicados en el diario vivir ecuatoriano, por lo que no es de extrañar que una constructora pudiera encontrarse ante un hipotético delito de esta naturaleza. Se trata en todo caso de un comportamiento doloso que por lo general llevan a cabo **personas físicas** y que parece **escasamente compatible con una empresa de gran tamaño como la examinada, por lo que el riesgo inicial es muy bajo**.

2.3 Casos y jurisprudencia: Por el delito de tráfico de tierras se han abierto distintos procesos penales en Ecuador. Por ejemplo, la Fiscalía Provincial del Guayas inició un proceso judicial que obtuvo una sentencia condenatoria para IOG y GYJ. Ambos fueron juzgados por el Tribunal Sexto de Garantías Penales del Guayas, que acogió las pruebas documentales y testimoniales presentadas por la Fiscalía. Una prueba clave en este caso fueron los testimonios de los perjudicados que adquirieron los terrenos en el sector de Monte Sinaí, al noreste de Guayaquil.

Igualmente, la Fiscalía Provincial de Pichincha en octubre de 2018 formuló cargos en contra de cinco ciudadanos ecuatorianos, por su presunta participación en el delito de ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras. Entre los elementos de convicción que la Fiscal Especializada en Delincuencia Organizada Transnacional e Internacional (FEDOTI), presentó durante la diligencia constan: los partes policiales de los agentes investigadores y aprehensores, informes de seguimientos y vigilancia, toma de fotografías, e indicios levantados durante los allanamientos a varios inmuebles, mismos que harían presumir la participación de estos ciudadanos en el delito citado.

2.4 Medidas existentes:

DELITO (COIP)*	MEDIDAS YA EXISTENTES EN <u>SEMAICA</u>
2. Artículo 201.- Ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras.-	No existen

2.5 Preguntas de valoración de riesgo.

1. ¿El Código de ética hace expresa referencia a este tipo de comportamientos? (en caso afirmativo indicar de qué manera mediante un extracto del texto)

No

2. Las personas responsables han recibido formación específica sobre la normativa administrativa que regula el uso legal del suelo? ¿conocen las consecuencias administrativas y penales –art. 201 CP- de un incumplimiento?

No

3. ¿Cuenta SEMAICA con un canal de denuncias en su página web que permita la denuncia anónima de este tipo de conductas? En caso afirmativo, qué trámite se sigue con la denuncia?

No, es necesario configurarlo en el proceso de ejecución del compliance penal

4. Si llegara a ocurrir ¿existe en el seno de la compañía un procedimiento sancionador para quien las lleve a cabo?

Si, se aplicarán las sanciones estipuladas en el código de trabajo

5. ¿Considera remotamente posible que las conductas descritas en el tipo penal se pudieran llegar a llevar a cabo en SEMAICA? Indique por favor el riesgo percibido: Muy alto/alto/medio/bajo/muy bajo/inexistente

Medio, puede ser un riesgo indirecto que un cliente nos solicite una construcción en un terreno que no es de su propiedad o con documentos de propiedad falsos.

2. CONCLUSIONES Y MEDIDAS A ADOPTAR

Conclusiones:

Aunque el cliente identifica su propio riesgo como medio, en realidad parece bajo, pues el ejemplo citado (*que un cliente nos solicite una construcción en un terreno que no es de su propiedad o con documentos de propiedad falsos*) se refiere a un supuesto culposos o imprudente y sin embargo en el art. 201 COIP solo se castigan los supuestos en que exista un comportamiento doloso o intencional. Es muy poco probable, al no ser SEMAICA una empresa que se mueva en una plano de la voluntaria ilegalidad (que, además de las penales, podría tener graves repercusiones para ella: paralización de la obra y falta de cobro de la misma) sin apenas beneficios.

Medidas a adoptar:

- Incluir en el Código de ética referencia expresa este tipo de conductas y difundir entre directivos y trabajadores la nueva versión
- Atribución expresa a los responsables de la sociedad (responsables de comprobar la titularidad del terreno sobre el que se va a realizar la obra) de competencia y la

obligación para realizar todas las comprobaciones respecto a la titularidad y disponibilidad de los terrenos.

- Formación específica a todos los responsables de la sociedad (responsables de comprobar la titularidad del terreno sobre el que se va a realizar la obra) sobre el delito en cuestión y sus consecuencias penales para ellos (*pena privativa de libertad de cinco a siete años*) y para la empresa (*la extinción y multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general*).
- Asegurarse mediante firma escrita de que todos los responsables de la sociedad (responsables de comprobar la titularidad del terreno sobre el que se va a realizar la obra) conocen la prohibición y las sanciones contenidas en el Código de Trabajo.

6.2.3. DELITO: Insolvencia fraudulenta (art. 205 COIP)

3.1 Tipo penal: Insolvencia fraudulenta.- *"La persona que a nombre propio o en calidad de representante legal, apoderada, directora, administradora o empleada de entidad o empresa, simule, por cualquier forma, un estado de insolvencia o quiebra para eludir sus obligaciones frente a sus acreedores, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.*

Igual pena tendrá la persona que en calidad de representante legal, apoderada, directora, administradora, conociendo el estado de insolvencia en que se encuentra la persona jurídica que administra, acuerde, decida o permita que esta emita valores de oferta pública o haga oferta pública de los mismos.

Si se determina responsabilidad penal de personas jurídicas, se impondrá la pena de clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general".

3.2 Breve análisis: El tipo penal del art. 205 se encuentra en la sección novena de los delitos contra el derecho a la propiedad, en el capítulo segundo delitos contra los derechos de libertad. La insolvencia es una situación de hecho que se caracteriza por un desequilibrio patrimonial del que resulta que los créditos y obligaciones exigibles a un deudor superan los bienes y derechos realizables. De esta forma, el acreedor no puede satisfacer los créditos. Cuando el sujeto que se encuentre en situación de insolvencia lleva a cabo actos que perjudiquen los intereses de los acreedores, nos encontraremos ante insolvencias fraudulentas.

Los delitos de "insolvencia fraudulenta", también llamados "de bancarrota", protegen el derecho de los acreedores (singulares o en masa) a la satisfacción de sus créditos contra el deudor, así como a la sociedad en su conjunto, pues la comisión de este delito afecta no sólo al acreedor sino también al correcto funcionamiento del sistema económico y a la confianza indispensable para el desarrollo de operaciones financieras y mercantiles.

3.3 Casos y jurisprudencia:

Es preciso poner el foco sobre las personas de la organización que tienen facultades para la enajenación de bienes de la empresa y también sobre aquellos cargos que

pueden ordenar o autorizar la realización de gastos a fin de evitar la realización de operaciones de descapitalización (enajenación, operaciones generadoras de obligaciones, etc.) si la empresa se vuelve a encontrar en concurso de acreedores.

Extracto de sentencias de los tribunales españoles:

INSOLVENCIAS PUNIBLES: SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA O INSOLVENCIA CAUSADA O AGRAVADA DOLOSAMENTE POR EL DECLARADO EN QUIEBRA, CONCURSO O SUSPENSIÓN DE PAGOS: existencia: descapitalizar la empresa que administran que se encuentra en procedimiento concursal: hechos cometidos con posterioridad a la declaración judicial del concurso.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 494/2014 de 18 junio. RJ 2014\4377

INSOLVENCIAS PUNIBLES: Realizar cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, iniciado o de previsible iniciación: Abarca las conductas del deudor que tienden a entorpecer, obstaculizar o impedir la satisfacción de un crédito en fase de ejecución o de previsible ejecución:

TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1536/2001 de 23 julio. RJ 2001\9008

INSOLVENCIAS PUNIBLES: ALZAMIENTO DE BIENES: EXISTENCIA: compleja trama para generar deudas y descapitalizar una empresa en perjuicio de sus acreedores en la que se compra la empresa a través de una sociedad pantalla, se compran acciones de la misma a través de apoderado: se venden sus activos y se generan transmisiones a fin de facilitar a los definitivos adquirentes la posición de terceros de buena fe;

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 498/2013 de 11 junio. RJ 2013\5945

INSOLVENCIAS PUNIBLES: Alzarse con sus bienes en perjuicio de sus acreedores: existencia: representante de empresa que vende ficticiamente parte de la misma a coacusado a sabiendas de las deudas que pendían a favor de tercera entidad, procediendo a vender los inmuebles de la primera para no hacer efectivas las deudas con la empresa acreedora; consumación con la insolvencia del deudor total o parcial, real o ficticia

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 1101/2007 de 27 diciembre. RJ 2008\48

INSOLVENCIAS PUNIBLES: Alzarse con sus bienes en perjuicio de sus acreedores: existencia: empresa que administran los acusados, en quien concurre la cualidad de deudora y la obligación de mantener el dinero de la ejecución provisional en su patrimonio, obrando en su representación, incumplir aquéllos cobrando personalmente el dinero sin ingresarlo en la sociedad, y dándole en su mayor parte un destino ignorado o en el mejor de los casos ajeno a deudas o gastos propios de la sociedad, provocando con ello la más absoluta insolvencia de la mercantil con la subsiguiente frustración del crédito de retorno.

AP Granada (Sección 2ª), sentencia núm. 625/2016 de 25 octubre. ARP 2016\1443

INSOLVENCIAS PUNIBLES: ALZAMIENTO DE BIENES EN PERJUICIO DE SUS ACREEDORES: existencia: tratar de liberarse, el acusado, de sus responsabilidades como empresario, por no querer o no poder seguir al frente de su sociedad promotora, vendiendo la promotora a un tercero, pero cuidándose antes de despatrimonializar su empresa vendiendo a otra distinta de la que también era administrador, en un claro ejemplo de autocontratación, el único bien inmueble de cierto valor en el patrimonio de la promotora que además carecía de cargas, el solar donde debía construir las viviendas vendidas anticipadamente al denunciante.

AP Granada (Sección 2ª), sentencia núm. 665/2015 de 4 noviembre. ARP 2016\382

INSOLVENCIAS PUNIBLES: alzarse con sus bienes en perjuicio de sus acreedores: existencia: canalizar los activos patrimoniales de su empresa a través de una sociedad patrimonial familiar ante la posibilidad de tener que hacer frente a una indemnización por el fallecimiento de un trabajador y realizando,

posteriormente, una segunda maniobra de ocultamiento de bienes y la transmisión de fincas a terceros de buena fe;

AP Las Palmas (Sección 1ª), sentencia núm. 264/2014 de 30 octubre. ARP 2015\202

3.4 Medidas existentes:

DELITO (COIP)*	MEDIDAS YA EXISTENTES EN <u>SEMAICA</u>
3. Artículo 205.- Insolvencia fraudulenta	•

3.5 Preguntas de valoración de riesgo.

1. ¿SEMAICA tiene algún embargo o juicio (en el que se le reclamen cantidades económicas) pendiente?

No

2. ¿La empresa tiene constituidos en depósito bienes embargados y lo usa pese a tenerlo prohibido?

No tiene bienes embargados

3. ¿La decisión de enajenación (venta) de un bien de la empresa la adopta un órgano colegiado o individual?

La decisión es tomada mediante Junta de accionistas

4. ¿La empresa está auditada por terceros?

Si

5. ¿La contabilidad de la empresa se realiza por terceros?

No

6. ¿Hay deudas pendientes con la Administración Pública?

Si

7. ¿La empresa tiene deudas pendientes vencidas y judicialmente reclamadas?

No

8. ¿Existen aplazamientos de pago con los proveedores?

Si

9. ¿La empresa ha incurrido alguna vez en el concurso de acreedores según lo dispuesto en el Código orgánico general de procesos o Ley de Concurso Preventivo ecuatorianos?

No

3. CONCLUSIONES Y MEDIDAS A ADOPTAR

Conclusión: Las respuestas ponen de manifiesto un comportamiento muy correcto de la empresa y por lo tanto un riesgo reducido. De las mismas se deduce la implantación en SEMAICA de múltiples factores con capacidad para reducir el riesgo. Así la empresa, al no tener embargos ni juicios ni bienes embargados, reduce drásticamente las posibilidades de que concurran situaciones de hecho susceptibles de dar lugar al delito de insolvencias punibles. El mismo efecto produce el hecho de que la decisión de enajenación (venta) de un bien de la empresa sea tomada por la Junta de accionistas, ya que cuando la decisión de enajenar un bien es fruto de una decisión colegiada, se reducen mucho las posibilidades de incurrir en insolvencia punible.

También un importante efecto reductor de riesgo tiene el hecho de que la empresa esté auditada por terceros, incidiendo positivamente en la prevención del delito de insolvencias punibles, debido a que posibles operaciones sospechosas o que vayan encaminadas a un vaciamiento patrimonial se deberían poner de manifiesto en una auditoria realizada por un tercero ajeno a la misma. A priori, el que la contabilidad se lleve a cabo por la propia empresa puede suponer mayor riesgo de que se cometa el delito de insolvencias punibles, debido al hecho de que la entidad tiene el control de una herramienta muy útil para encubrir operaciones encaminadas al vaciamiento patrimonial. Ahora bien esta cuestión se puede contrarrestar con el hecho de que hay una auditoria externa.

El hecho de que no haya una reclamación judicial en relación con las deudas implica que el retraso o incumplimiento en el pago de las deudas es puntual o al menos no se sitúa fuera de la dinámica o normalidad empresarial.

El hecho de que la empresa no haya incurrido nunca en concurso de acreedores según lo dispuesto en el Código orgánico general de procesos o Ley de Concurso Preventivo ecuatorianos, si bien no tiene por qué determinar su actuación futura sí que puede ser utilizado como indicador de una dinámica que la entidad suele seguir. En el presente caso "antecedente" es positivo, dado que la organización nunca se ha visto en la imposibilidad de pagar a sus acreedores, circunstancia que aleja mucho de la probabilidad de que se cometa este delito en el seno de la misma.

En sentido contrario, únicamente se considera un factor de riesgo el hecho de que la contabilidad de la empresa se realiza por terceros o que haya deudas pendientes con la Administración Pública, pues implica un primer paso que incrementa la probabilidad de la comisión de un delito como el que analizamos; no obstante no es condición

suficiente para que se materialice este ilícito y la misma reflexión puede hacerse por la existencia de aplazamientos de pago con los proveedores

Medidas a adoptar: No obstante el bajo riesgo, la propia empresa podría implantar alguna de las siguientes MEDIDAS:

- Un riguroso cumplimiento de las normas contables establecidas legislativamente, con un compromiso escrito al efecto.
- Presentación de informe al órgano de administración o al órgano de cumplimiento normativo (compliance Officer) donde se detalle y se justifiquen el cambio de aplicación e interpretación de aquellos conceptos contables que no siempre se pueden determinar de manera totalmente objetiva. Un buen ejemplo puede ser la amortización de bienes.
- Un informe parecido se debería hacer cuando por vicisitudes normales de la empresa haya gran reajuste en el activo y el pasivo. La idea es detectar o determinar si hay o no alguna operación que no tenga sentido económico. Ej.: un determinado activo tiene una amortización desproporcionada, un determinado bien de la empresa se ha vendido por debajo del precio normal o medio del mercado (puede que exista una explicación que justifique que la operación en cuestión no va encaminada a vaciar el patrimonio de la empresa, pero debe recogerse por escrito).
- La medida que puede contrarrestar la existencia de deudas con la Administración es la configuración (y posterior cumplimiento) de un plan de pagos coherente con una previsión de ingresos determinada lo más objetivamente posible.
- Formación específica a todos los responsables de la sociedad (quienes pueden enajenar bienes e intervenir en su valoración) sobre el delito en cuestión y sus consecuencias penales para ellos (*pena privativa de libertad de tres a cinco años*) y para la empresa (*impondrá la pena de clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general*).

6.2.4. DELITO: Estafa (art. 186 COIP) y Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos (art. 235 COIP)

4.1 Tipos penales

4.1.1 Estafa (art. 186 COIP): “La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años” (...).

“Si se determina responsabilidad penal de una PERSONA JURÍDICA, será sancionada con multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general”.

4.1.2 Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos (art. 235 COIP): “La persona que provoque error al comprador o al usuario acerca de la identidad o calidad de la cosa o servicio vendido, entregando fraudulentamente un distinto objeto o servicio ofertado en la publicidad (...)”

“Si se determina responsabilidad penal de una PERSONA JURÍDICA, será sancionada con multa de diez a quince salarios básicos unificados del trabajador en general”.

4.2 Breve análisis:

4.2.1 Estafa (art. 186 COIP). Antes de hacer cualquier otra consideración, conviene decir que para afrontar la prevención de este delito es esencial entender lo que se llama la teoría general de la estafa. Es decir, tenemos que analizar cada uno de los elementos que se tienen que dar para poder afirmar que estamos ante un delito de estafa. La estafa tiene cuatro elementos esenciales que en el caso de no aparecer todos no hay estafa.

Elementos de la estafa:

- Engaño «bastante» (simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos)
- Error
- Disposición patrimonial
- Perjuicio

Entre el engaño y el perjuicio debe haber una relación de causalidad de tal manera que si el engaño no es la causa de o el motivo del perjuicio, no estamos ante una estafa.

Conocidos los cuatro elementos esenciales de la estafa, resta analizar cada uno de ellos para saber qué se puede y qué no se puede considerar como tal elemento esencial.

ENGANO (simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos):

1. La conducta engañosa consiste en la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas. Es decir, el engaño se puede producir tanto haciendo afirmaciones sobre hechos que son falsos como distorsionando algunas circunstancias sobre hechos que son ciertos.
2. Es indiferente la forma en la que se produce el engaño, pues puede realizarse a través de cualquier manifestación verbal, escrita o gestual contraria a la verdad o si se quiere incierta (ya que a veces se dicen medias verdades). En definitiva, cualquier

maquinación o fabulación con independencia de cuál sea la forma o el método a través de la cual se lleva a cabo el engaño.

3. Una característica muy importante del engaño, para que puede ser un elemento de la estafa es que sea **BASTANTE**. Tiene que tratarse de una conducta engañosa suficiente o razonable para que produzca un error en la persona o personas a las que se trata de estafar. Para que se cumpla esta característica del engaño por un lado hay que ver si en abstracto y de manera racional el engaño es suficiente para que mueva a una persona a hacer una disposición patrimonial, es decir, que proceda a hacer un desembolso o incluso un acto jurídico cediendo, donando unos bienes o lo que sea objeto de la estafa. Por otro lado, también se tiene en cuenta las circunstancias de la personalidad del estafado que tiene que ser una persona que tenga un mínimo de capacidad de poder disponer de las cosas. Hay casos en los que los "estafados" llevan a cabo una disposición patrimonial sabiendo o, al menos presuponiendo que están siendo engañados. Este último caso es el de las personas que acuden a adivinos o a echadoras de cartas. En esta situación es algo tan conocido de que las capacidades de este tipo de profesionales son tan irreales, que no podríamos estar ante una estafa.

ERROR:

1. Se produce el error cuando a consecuencia de la acción engañosa se ha causado una suposición falsa. Es decir, estamos ante un error cuando hay una contradicción entre la realidad y la falsa representación ante la cual ha sido llevado el engañado.
2. Un supuesto muy dudoso de error es aquel en el cual el estafado tiene alguna sospecha de que pueda ser engañado, pero no lleva a cabo ningún tipo de averiguación. De hecho, se ha afirmado que no se puede considerar que alguien actúa por error si tiene dudas, dado que acepta que la realidad no se corresponde con la apariencia que le presenta la persona que le trata de estafar.

DISPOSICIÓN PATRIMONIAL (realice un acto):

1. El siguiente elemento que tiene que estar presente para hablar de una estafa es que el engañado debido al error (todo ello en los términos explicados hasta ahora) tiene que proceder a la entrega de una cosa o a la prestación un servicio. Es muy importante tener claro que esta disposición patrimonial se realiza por el propio engañado y de manera voluntaria, aunque es cierto que debido al engaño y el error estamos ante una voluntad viciada.
2. Otra de las ideas esenciales en relación con la disposición patrimonial es que el engaño puede actuar sobre el propio engañado que entrega su dinero o una cosa de su propiedad o puede operar sobre una persona distinta de la engañada, lo que nos lleva a hablar de la estafa en triángulo.
3. En definitiva, se produce el acto de disposición patrimonial cuando se procede a la realización de cualquier tipo de acto con transcendencia jurídico y/o económica, es decir, puede tratarse de venta, donación, depósito, arrendamiento, compra, constituciones de garantías, avales, hipotecas etc.
4. Por último, es muy importante que el acto de disposición sea posterior al engaño.

PERJUICIO (que perjudique su patrimonio o el de una tercera):

1. Tras todos los pasos descritos el último elemento que tiene que estar presente en una estafa, es que haya un daño patrimonial para el engañado una vez que se ha producido una disposición patrimonial como causa del error al que se ha inducido a través del engaño.

2. Se entiende que estamos ante un perjuicio patrimonial cuando tras comparar el valor económico de las prestaciones de las dos partes, es decir, del que ha engañado y el que engañó, no hay una equivalencia. Pongamos, por ejemplo, que un estafador “vende” un cuadro por un millón de euros engañando al comprador de que se trata de una obra de un famoso pintor cuando en realidad sólo le vende una copia. Lo que recibe el estafador es un valor muy superior a lo que recibe el estafado.

A parte de los cuatro elementos que acabamos de explicar, también hay que resaltar el hecho de que en el estafador tiene que imperar un **ÁNIMO DE LUCRO** (para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona), es decir, que haya intención de obtener un provecho con la estafa.

Otra observación necesaria es que se entiende cometido el delito en el momento en el que se ha causado el perjuicio, mientras que si sólo se ha llevado a cabo la conducta engañosa estamos ante una tentativa.

Las explicaciones ofrecidas hasta el momento son suficientes para entender los demás casos recogidos por la ley, es decir, las estafas específicas donde en función de determinadas circunstancias y determinado valor o característica de lo defraudado, se impone una pena más alta.

4.2.2 Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos (art. 235 COIP): El tipo penal del art. 235, se encuentra en la sección cuarta de los delitos contra los derechos de los consumidores, usuarios y otros agentes del mercado del capítulo tercero de los delitos contra los derechos del buen vivir. La conducta típica contempla la RPPJs en su segundo inciso. Debe tomarse en consideración, ya que podría hipotéticamente cometer este delito una constructora, al tratarse de servicios ofertados a través de contratos, en especial si es una empresa que tiene diversas concesiones y contratos, inclusive con el Estado.

Estamos ante el llamado delito de publicidad engañosa. A este tipo de comportamientos hay por lo tanto que prestar especial atención, por la tendencia que manifiestan algunas empresas constructoras a ejecutar un producto (obra contratada) con menores condiciones de calidad, porque ello permite reducir costes, lo que se acentúa en un régimen competitivo caracterizado por la necesidad de ajustar el precio de licitación. En todo caso, es complejo que determine la condena de una empresa constructora pues su actividad no se basa en ofertas ni en publicidad. En todo caso, utilizamos el presente ítem para proteger a la compañía (sus directivos) también frente al delito de estafa.

El delito viene a constituir una especie de tentativa del delito de estafa que acabamos de explicar, sin embargo, presenta unas particularidades que a continuación pasamos a esclarecer. Antes de entrar a analizar la figura delictiva es conveniente recoger aquí el concepto de publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.”

Se deben hacer por parte del fabricante o comerciante “alegaciones falsas” o “manifestar características inciertas”. No entrarían dentro de estos conceptos las exageraciones publicitarias, entendiéndose por tales expresiones sobre hechos comprobables que nos son tomados en serio por el público. Tampoco entrarían dentro del ámbito penal aquellas alegaciones que no admitan un juicio de veracidad/falsedad

como el caso de las expresiones triviales, vacías, carentes de contenido, que constituyen simples incitaciones o invitaciones a la compra o adquisición del producto. Por lo tanto, solo pueden considerarse como integrantes del delito de publicidad engañosa aquellas alegaciones objetivamente falsas.

Junto al anterior elemento, el Código Penal exige una idoneidad lesiva para que dichas alegaciones causen un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. La gravedad del perjuicio vendrá determinada por su incidencia sobre los intereses del consumidor, esto es, por la peligrosidad respecto del patrimonio o de la salud o de la vida de los consumidores. Por último hay que hacer la importante observación de que el delito de publicidad engañosa es un delito de peligro abstracto lo que implica que para que se entienda cometido no es necesario que los intereses de los consumidores tengan que ser lesionados ni concretamente afectados.

4.3 Casos y jurisprudencia: Este tipo de conductas (estafa o publicidad falsa) es más propio de otro tipo de negocios, como por ejemplo el procedimiento que la Fiscalía provincial de Guayas abrió en 2017 contra determinadas agencias que pregonaban a través de los canales de televisión, paquetes de servicios referentes a cirugías estéticas a bajo precio, lo que terminaba en ocasiones con lesiones graves y hasta en la muerte de las personas que han incurrido en este tipo de servicio. En todo caso, debe observarse especial atención por la tentación que pueden sufrir determinados equipos directivos de reducir la calidad de la obra presupuestada, dado que eso incrementa los beneficios.

En el caso de los tribunales españoles:

ESTAFA: el engaño debe ser antecedente, causante y bastante, cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima; se excluye la estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia, pero no pudiéndose desplazar sobre la víctima la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección no definido en el tipo: existencia: directivo de empresa de alquiler de vehículos que realiza compras irregulares de accesorios, reparaciones, hace gastos indebidos y utilización no autorizada de vehículos, obteniendo cuantiosos beneficios que integra en su patrimonio, sin que exista una deficiente autoprotección por la empresa. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 614/2016 de 8 julio. RJ 2016\2905

ESTAFA: Atribuirse falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece y enajenarla, gravarla o arrendarla: existencia: venta de vehículos con reserva de dominio que oculta a los compradores, en cuanto que previamente habían sido adquiridos por el acusado en virtud de un contrato de financiación a comprador sujeto a tal reserva, y no se había producido el completo pago de las cuotas de amortización. RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: Error de hecho en la apreciación de las pruebas: desestimación: informe pericial relativo al valor de unos vehículos que no demuestra la equivocación del tribunal de instancia. REPARAR EL DAÑO OCASIONADO: inapreciable: recibir ayuda de los perjudicados en estafa para abonar pagos pendientes a empresa financiera y así lograr la transferencia de los vehículos a aquéllos.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 637/2016 de 14 julio. RJ 2016\3762

ESTAFA: ENGAÑO: existencia: agente de compañía que sabiendo que prima de seguro no había sido abonada a su vencimiento meses antes, graba una nueva en el sistema informático con fecha anterior al siniestro para que aquélla se haga cargo de éste; ABUSO DE LAS RELACIONES PERSONALES: existencia: abuso de credibilidad profesional de años por la que se le facultaba para actividades vedadas para otras personas relacionadas con la empresa, como era acceder a su sistema informático y grabar en el mismo las pólizas. PRINCIPIO ACUSATORIO: vulneración inexistente: el añadir un hecho periférico al relato de la acusación no altera el principio acusatorio. ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS: apreciable: cuatro años en la tramitación del proceso. COSTAS PROCESALES: pago de la mitad de las costas al absolverse a otro acusado, no procediendo la cuarta parte por el hecho de existir acusación

por estafa procesal y por abuso de relaciones personales y no apreciarse la primera agravación. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 827/2014 de 2 diciembre. RJ 2014\6246

ESTAFA: Contratos civiles criminalizados: existencia: adquisición mediante financiación que incluía reserva de dominio de vehículos, a sabiendas de que los iba vender por cerrar la empresa en corto plazo, consiguiendo con tal proceder que quedaran excluidas de las garantías del cumplimiento de la obligación de devolución del crédito; Concurso de leyes: existencia: alzamiento necesario para lograr la consumación de la estafa, pues de lo contrario el acreedor la hubiese impedido: absorción por ésta del primer delito.

TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1522/2005 de 20 diciembre. RJ 2006\289

ESTAFA: EXISTENCIA: corredor de fruta que con el pago de una cantidad mínima y exhibiendo poder de empresa extranjera, consigue importante suministro que en realidad entrega a un tercero, sin abonar lo pactado; VALOR DE LA DEFRAUDACIÓN QUE SUPERA LOS 50.000 EUROS: EXISTENCIA: es indiferente que el acusado no hubiese obtenido beneficio alguno con la operación, pues consiguió la entrega de la mercancía fraudulentamente y pudo disponer de ella.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), auto núm. 292/2019 de 28 febrero. RJ 2019\1038

ESTAFA: ENGAÑO: existencia: engañar a la empresa aparentando una falsa solvencia, lo que, dada la confianza reinante en este ámbito empresarial, construcción, y puesto que se presentó como constructor, generó el error que llevó a los perjudicados a ofrecer los materiales, experimentando un perjuicio patrimonial al no recibir la contraprestación pactada.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), auto núm. 240/2019 de 17 enero. RJ 2019\1103

ESTAFA: existencia: estafa piramidal: venta de sellos en cantidades muy superiores a su valor de adquisición, contratando intereses y devolución de lo recibido a sabiendas que ello no era posible al no revalorizarse los sellos en el mercado, dependiendo el continuar con la actividad de las aportaciones de nuevos adquirentes, creando así un perjuicio a los adquirentes por las cantidades pagadas por los sellos;

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 749/2017 de 21 noviembre. RJ 2017\5223

ESTAFA: engaño: existencia: dificultades económicas y deudas, con imposibilidad de realizar proyectos de construcción, sin suscribir aval ni ingresar el dinero recibido en cuenta bancaria específica, crea la apariencia de empresa con solvencia para la construcción inmobiliaria, sin intención de cumplir las obligaciones asumidas; el dolo puede surgir después de haberse suscrito un contrato y el agente a pesar de conocer la imposibilidad de cumplirlo sigue recibiendo cantidades de dinero.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 51/2017 de 3 febrero. RJ 2017\1751

ESTAFA: contrato civil criminalizado: existencia: concierto para aparentar una solvencia y una voluntad de continuar con la gestión de empresa que no poseían, sin intención de abonar el precio pactado ni tampoco proseguir la actividad que le era propia, consiguiendo de esta manera que le fueran transmitidas la totalidad de las participaciones de aquélla. ALZAMIENTO DE BIENES: existencia: adquisición de empresa dejando aplazado su pago, cobrando créditos pendientes y procediendo a su descapitalización, dejando de abonar los créditos por la compra, que, aunque algunos no estaban vencidos existía insolvencia del deudor e inminencia de su cobro lo que motiva el alzamiento. CONCURSO DE DELITOS; concurso real: existencia: los bienes objeto de alzamiento son los integrantes del patrimonio de empresa, mientras que lo adquirido mediante estafa fueron sus participaciones sociales.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 719/2018 de 21 enero. RJ 2019\225

DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES: FABRICANTES O COMERCIANTES QUE, EN SUS OFERTAS O PUBLICIDAD DE PRODUCTOS O SERVICIOS, HAGAN ALEGACIONES FALSAS O MANIFIESTEN CARACTERÍSTICAS INCIERTAS SOBRE LAS MISMAS: inexistencia: archivo de actuaciones: procedencia: oferta por parte de empresa concesionaria para adquirir la cesión de uso de plazas de garaje en lugar de la propiedad: ausencia de engaño. ESTAFA: CONTRATOS CIVILES CRIMINALIZADOS: inexistencia. TRAFICO DE INFLUENCIAS: inexistencia.

AP La Rioja (Sección 1ª), auto núm. 321/2012 de 20 diciembre. ARP 2012\1408

DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES: Fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre las mismas: existencia: concesionario de vehículos industriales que ofrecía elevadas remuneraciones en empresas de transportes si adquirirían los vehículos en su establecimiento; conducta atípica en el momento de los hechos, que tampoco se incardinan en una estafa ordinaria, al poder apreciar los compradores directamente cómo simplemente les ofrecían contactos con empresas de transporte, logrando algunos de ellos incluso los objetivos ofertados.

AP Barcelona (Sección 7ª), sentencia núm. 828/2001 de 8 noviembre. JUR 2002\36330

RECURSO DE APELACION: el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal «ad quem» para resolver cuantas cuestiones se planteen, por tratarse de un recurso ordinario que permita un «novum indicium». **DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES:** fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre las mismas: delito de mera actividad, sin que para su aparición resulte necesaria la producción del resultado, es decir, el perjuicio grave y manifiesto a los consumidores; existencia: con independencia de la ausencia de acreditación exacta de la proporción de la mezcla de los aceites, el etiquetado no coincidía con las características esenciales de lo envasado, conducta recayente sobre un producto de primera necesidad y en una magnitud cuantitativa tan elevada que tenía suficiente potencialidad para poder causar un grave y manifiesto perjuicio a los consumidores; dolo: existencia; cooperador: existencia: cualquier persona que colabore en la producción o distribución de productos o servicios mediante la colocación de etiquetas conteniendo datos falsos o inexactos sobre las características de aquéllos, puede resultar partícipe de la infracción delictiva a título de cooperador necesario....Ver más

AP Ciudad Real (Sección 2ª), sentencia núm. 218/2002 de 11 noviembre. ARP 2003\263

ESTAFA: Engaño: existencia: entidad inmobiliaria que utiliza un comportamiento mendaz y publicidad engañosa, que indujo a realizar un desembolso a los perjudicados en la creencia de que les financiaría el total del importe del valor de las viviendas, quedándose los perjudicados la totalidad de las cantidades entregadas; Sobre bienes de primera necesidad: inapreciable; Múltiples perjudicados: inapreciable; Delito continuado: existencia: plan urdido por los acusados utilizando la estructura de la empresa, defraudan a varias personas que les entregan dinero con la idea de recibir una buena financiación para la adquisición de unas viviendas.

AP Madrid (Sección 23ª), sentencia núm. 29/2000 de 7 marzo. ARP 2000\1154

QUERRELLA: ESTIMACIÓN: hechos constitutivos de delito: estafa de inversores, publicidad engañosa, administración fraudulenta y maquinación por alterar el precio de las cosas: deben ser objeto de investigación judicial tanto la deuda subordinada, como las participaciones preferentes, sobre todo, si su comercialización se ideó para poder retrasar y/o ocultar el deterioro financiero de las entidades querelladas, utilizándose aquéllas como manera de captar activos, a costa y en perjuicio de los clientes depositantes.

AN (Sala de lo Penal, Sección 3ª), auto núm. 234/2014 de 28 julio. ARP 2014\1065

4.4 Medidas existentes:

DELITO (COIP)*	MEDIDAS YA EXISTENTES EN <u>SEMAICA</u>
4.4.1 Artículo 186.- Engaño general con ánimo de lucro que produce error, desplazamiento patrimonial y consiguiente perjuicio.	La empresa cuenta con: - Manual Interno de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo y otros Delitos. - Código de Ética
4.4.2 Artículo 235.-	

Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos.-	
---	--

4.5 Preguntas de valoración de riesgo.

1. ¿El Código de ética y conducta hace expresa referencia a este tipo de conductas? (en caso afirmativo indicar de qué manera mediante un extracto del texto)

Si, en el art. 4

2. ¿El Manual Interno de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo y otros Delitos hace expresa referencia a este tipo de conductas? (en caso afirmativo indicar de qué manera mediante un extracto del texto)

No

3. ¿Las personas responsables de dirigir y controlar el cumplimiento del servicio o producto ofertado han recibido formación específica sobre la normativa administrativa que regula las ofertas? ¿conocen las consecuencias administrativas y penales –art. 235 CP- de un incumplimiento?

No

4. ¿Cuenta SEMAICA con un canal de denuncias en su página web que permitan la denuncia anónima de este tipo de conductas? En caso afirmativo, ¿qué trámite se sigue con la denuncia?

No, se está preparando su implementación y está previsto socializarlo con todo el personal de la empresa en noviembre del año en curso

5. Si llegara a ocurrir ¿existe en el seno de la compañía un procedimiento sancionador para quien las lleve a cabo?

Si, se aplicarán las sanciones estipuladas en el código de trabajo

6. ¿Considera remotamente posible que las conductas de publicidad engañosa descritas en el tipo penal se pudieran llegar a llevar a cabo en SEMAICA? Indique por favor el riesgo percibido: Muy alto/alto/medio/bajo/muy bajo/inexistente

Muy bajo, SEMAICA cuenta con políticas de calidad que son cumplidas por todo el personal

Respuesta del test inicial: Tampoco se ha recibido una denuncia de un cliente por deficiencia de un producto o mala calidad de una obra.

7. ¿Cuenta SEMAICA con acreditación de sus Laboratorio de Ensayo bajo la norma ISO17025:2018?.

No tenemos laboratorios propios, pero cuando se contrata el servicio de ensayo de materiales o laboratorios para análisis de suelos se verifica que sean reconocidos en el mercado, tengan experiencia y cumplan el due diligence.

8. ¿Cuenta SEMAICA con un Plan de Control de Calidad y Laboratorios internos para realizar Controles de Calidad sobre el cumplimiento de especificaciones durante toda la ejecución de los Proyecto?.

Si se realiza controles de calidad en todas las etapas de la obra

9. ¿Realiza SEMAICA ensayos de Control de Calidad en Laboratorios Externos?

Si

10. ¿La empresa recurre con frecuencia al empleo de la publicidad de sus productos y servicios?

No

11. ¿La empresa ha sido alguna vez sancionada por competencia desleal o por comportamientos ilícitos relacionados con la publicidad?

No

12. ¿Hay establecido en la empresa algún procedimiento mediante el cual se verifique que las actividades publicitarias realizadas en nombre de la empresa no producen confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos?

No

13. ¿En los actos publicitarios la empresa se ofrece a los destinatarios toda la información necesaria para que estos adopten o puedan adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa?

Si

14. ¿En las actividades publicitarias de la empresa se realizan actos de comparación con productos de la competencia?

No

15. ¿En los actos publicitarios de la empresa se declara la adhesión a determinados códigos de conducta?

Si

16. ¿Alguno de los productos o servicios publicitados por la empresa se han tenido que retirar del mercado o rehacer por no cumplir con las características que se habían manifestado sobre los mismos?

No

17. ¿Los directivos y los empleados han recibido alguna vez formación en materia de publicidad?

Únicamente la persona encargada de la comunicación de la empresa ha recibido capacitaciones relacionadas con publicidad

4. CONCLUSIONES Y MEDIDAS A ADOPTAR

Conclusión: El riesgo de comisión del delito publicitario del art. 235 COIP y estafa del art. 186 COIP parece bastante reducido. Existe significativas previsiones de control y cabe destacar que hasta la fecha, según indica la dirección de SEMAICA, no se ha recibido denuncia de clientes por deficiencia de un producto o mala calidad de una obra. Recordemos, además, que ambos delitos requieren una intencionalidad (dolo) de engaño. Aunque no cuentan con laboratorios propios, pero cuando se contrata el servicio de ensayo de materiales o laboratorios para análisis de suelos se verifica que sean reconocidos en el mercado, tengan experiencia y cumplan el *due diligence*. En todo caso, como ya se indicó, es preciso extremar los controles, por la tentación que pueden sufrir determinados equipos directivos de reducir la calidad de la obra presupuestada, dado que eso incrementa los beneficios. A esta cuestión debe atenderse especialmente en periodos en los que la empresa pueda tener dificultades económicas.

Medidas a adoptar:

- Debe mantenerse y reforzarse el estricto control de los laboratorios y asegurar que cumplen los requisitos generales para la competencia de los laboratorios de ensayo y calibración contenidos en la norma ISO/IEC 17025:2017.
- El oficial de cumplimiento u otra persona designada por la empresa deberá verificar, examinando el coste real de las operaciones, y comparándolas con el precio de licitación presupuestado, que se ejecuten con las condiciones de calidad contratadas y, verificando en general que se asegure una absoluta correlación entre los que se contrata por parte del cliente y lo que realmente se le ofrece.
- Formación específica a todos los responsables de la sociedad (quienes pueden intervenir en la ejecución y determinación de la calidad de la obra) sobre los delitos en cuestión y sus consecuencias penales para ellos:

a) Delito del art. 186 COIP: Para los autores (pena privativa de libertad de cinco a siete años) y para la empresa (multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general).

b) Delito del art. 235 COIP: Para los autores (pena privativa de libertad de seis meses a un año) y para la empresa (multa de diez a quince salarios básicos unificados del trabajador en general).

6.2.5. DELITO: Contra la seguridad Social (art. 242 COIP)

5.1 Texto legal: "Retención ilegal de aportación a la seguridad social.- *"La persona que retenga los aportes patronales o personales o efectúe los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.*

Para el efecto, la o el afectado, el Director General o el Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en su caso, se dirigirá a la Fiscalía para que inicie la investigación respectiva.

Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica, será sancionada con la clausura de sus locales o establecimientos, hasta que cancele los valores adeudados".

5.2 Breve análisis: El tipo penal del art. 242 se encuentra en la sección sexta de los delitos contra el derecho al trabajo y la seguridad social, del capítulo tercero sobre los delitos contra los derechos del buen vivir. Retención ilegal de aportación a la seguridad social y falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica. El acto de retener dichos pagos de los trabajadores lo realiza quien es el encargado de los pagos, que puede ser el contador, el jefe de área o el mismo empleador. El tipo penal que es la retención ilegal de aportaciones, va de la mano con coartar el derecho que tiene el trabajador para poder gozar de su derecho constitucional de la seguridad social, la cual es una obligación de los empleadores con sus subordinados hacer los aportes que señala la ley. Los objetivos que tiene la seguridad social son asegurar las prestaciones económicas, asistenciales de riesgos de los trabajadores, su familia y la comunidad. La ley de seguridad social unifica los criterios, la gestión y la prestación de los servicios complementarios y la ampliación de su cobertura a toda la población. Es por lo tanto un bien o interés colectivo (además del individual de cada afectado) que se ve erosionado por la comisión del delito.

Para ser sancionado por este artículo, es necesario que el sujeto activo del delito maneje los pagos de los empleados; estos pueden ser: el mismo empleador, el gerente de la compañía o el contador. No necesariamente el empleador quien piensa que sus empleados de confianza que están realizando las veces del empleador ejerciendo su representación realizando los pagos normalmente y reteniendo el porcentaje a los trabajadores y no pagándolos. El empleador por su desconocimiento del tema confía en que estos pagos se realicen con normalidad al IESS y no tendría responsabilidad por esas aportaciones impagas y mucho menos que se le impute un delito.

5.3 Casos y jurisprudencia: A título de ejemplo, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) presentó en el mes de diciembre de 2019 denuncias ante la

Fiscalía contra tres empresas que presuntamente evadieron la afiliación de sus trabajadores o realizaban retenciones ilegales de aportes. Dos de las tres empresas se encuentran en Pichincha y la otra en Santo Domingo de los Tsáchilas. Cada una de estas compañías cuentan con nóminas superiores a los 200 trabajadores, siendo la primera vez que el IESS presentó denuncias penales por estos casos, ya que hasta entonces solo se habían levantado sanciones administrativas. La falta de afiliación de un trabajador al IESS por parte de un empleador (persona natural) en los primeros 30 días de labores es sancionada por el Código Orgánico Integral Penal (COIP) con pena privativa de libertad. Por la retención ilegal del aporte, es decir, cuando se descuenta el aporte patronal y del trabajador y no se deposita al IESS, en el término de 90 días, el COIP sanciona también con pena privativa de libertad. De determinarse responsabilidad penal de la firma, se sanciona con clausura del establecimiento, hasta que los valores sean cancelados.

Otros caso conocidos son los relativos al medio televisivo Canal UNO y de la Universidad Tecnológica Equinoccial (UTE), frente a lo que en junio de 2020 el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) presentó una denuncia por la presunta retención ilegal de aportaciones.

En el modelo español:

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL: DEFRAUDAR A LA SEGURIDAD SOCIAL PARA ELUDIR EL PAGO DE LAS CUOTAS DE ÉSTA EN CUANTÍA SUPERIOR A 120.000 EUROS: INEXISTENCIA: no sólo debe haber un impago deliberado y contumaz de las cotizaciones, sino también que haya existido defraudación, concepto que se vincula a actuaciones de ocultación o alteración de datos de obligatoria comunicación, lo que no concurre en este caso: se ha probado que durante todo el tiempo que perduraron las empresas, el encausado dio de alta a los trabajadores en las dos sociedades, y se realizaron las correspondientes declaraciones a la Tesorería General de la Seguridad Social y a las retenciones de las cuotas en aquéllas, sin ocultar a ningún trabajador ni ningún dato que permitiera fijar las cuotas impagadas, sin que tampoco hubiera actuación fraudulenta ni ocultación en la sucesión de empresas llevada a cabo por el acusado. <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/run>

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 564/2018 de 19 noviembre. RJ 2018\5102

5.4 Medidas existentes:

DELITO (COIP)*	MEDIDAS YA EXISTENTES EN <u>SEMAICA</u>
5. Artículo 242.- Delito contra la seguridad social	

5.5 Preguntas de valoración de riesgo

1. ¿Está incluido en el Código de Ética y en el Código de trabajo la prohibición expresa de realizar en este tipo de conductas?

No

2. ¿Han existido infracciones laborales por conductas frente al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o imputaciones penales por delitos contra la Seguridad Social?

No

3. ¿La corporación ha solicitado pagos aplazados de cuotas?

No

4. ¿Se perciben subvenciones por razón de políticas de empleo o de la seguridad social?

La empresa no recibe ningún aporte especial. Al personal de obra se le entrega un bono por obra lejana para movilización.

5. ¿Todos los trabajadores de la corporación están dados de alta el correspondiente régimen de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?

Si, se mantienen registro de entradas y salidas de personal y todo es cargado al IESS.

6. ¿Han existido requerimientos de pago del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?

No

7. ¿La corporación cumple estrictamente con la legislación social?

Si

8. ¿Existen personas con competencias exclusivas para controlar su cumplimiento?

Se controla en el departamento de recursos humanos.

9. ¿Se controla adecuadamente la gestión de afiliaciones, altas y bajas Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?

Si, la política es que cada trabajador que ingresa a la obra debe estar afiliado al IESS

9. ¿Se está al corriente de pago de las cuotas de cotización y del fondo de garantía salarial debidas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?

Si

10. ¿Alguna vez la empresa ha sido sometida a un procedimiento de liquidación y cobro de alguna deuda del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?

No

CONCLUSIONES Y MEDIDAS A ADOPTAR

Conclusión:

No ha sido SEMAICA imputada por infracciones laborales por conductas frente al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o imputaciones penales por delitos contra la Seguridad Social y ni siquiera ha tenido abiertos procedimientos de liquidación y cobro de dudas, lo cual constituye una importante barrera de protección y cierta garantía de cara al futuro. No tiene tampoco pagos aplazados, ni ha sufrido requerimientos de pagos, estando al corriente en los mismos. La política de la empresa en esta materia parece impecable y el riesgo es por ello muy bajo.

Medidas a adoptar:

- Formación específica a todos los responsables de la sociedad –departamento de recursos humanos- (quienes tengan la función de retener los aportes patronales o personales y efectuar los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y de depositarlos en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social) sobre el delito en cuestión y sus consecuencias penales para ellos (*pena privativa de libertad de uno a tres años*) y para la empresa (*la clausura de sus locales o establecimientos, hasta que cancele los valores adeudados*).
- Incluir la prohibición expresa de realizar en este tipo de conductas en el Código de Ética y en el Reglamento Interno de Trabajo, asegurándose mediante firma escrita que todos los responsables de recursos humanos (que pueden realizarlas) conocen la prohibición y las sanciones contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo.

6.2.6 DELITO: Contra el medioambiente y la naturaleza o Pacha Mama

-Biodiversidad- (Art. 245 COIP)

-Patrimonio genético- (Art. 248 COIP)

-Recursos naturales- (Arts. 251, 252, 253 COIP)

-Gestión ambiental- (Arts. 254, 255 COIP)

6.1 Tipos penales:

-Biodiversidad- (245)

(245) *"Invasión de áreas de importancia ecológica.- La persona que invada las áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o ecosistemas frágiles, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años".*

Se aplicará el máximo de la pena prevista cuando: 1. Como consecuencia de la invasión, se causen daños graves a la biodiversidad y recursos naturales. 2. Se promueva, financie o dirija la invasión aprovechándose de la gente con engaño o falsas promesas".

-Patrimonio genético- (248)

(248) *"El atentado contra el patrimonio genético ecuatoriano constituye delito en los siguientes casos: 1. Acceso no autorizado: la persona que incumpliendo la normativa nacional acceda a recursos genéticos del patrimonio nacional que incluya o no componente intangible asociado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años de prisión. La pena será agravada en un tercio si se demuestra que el acceso ha tenido finalidad comercial. 2. Erosión genética: la persona que con sus acciones u omisiones ingrese, reproduzca, trafique o comercialice organismos o material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional, que incluyan o no componente intangible asociado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, tomando en consideración el valor de los perjuicios causados. 3. Pérdida genética: la persona que con sus acciones u omisiones provoque pérdida del patrimonio genético nacional, que incluya o no componente intangible asociado será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, tomando en consideración el valor de los perjuicios causados contra los recursos naturales".*

-Recursos naturales- (251, 252, 253)

(251) *Delitos contra el agua.- "La persona que contraviniendo la normativa vigente, contamine, desequie o altere los cuerpos de agua, vertientes, fuentes, caudales ecológicos, aguas naturales afloradas o subterráneas de las cuencas hidrográficas y en general los recursos hidrobiológicos o realice descargas en el mar provocando daños graves, será sancionada con una pena privativa de libertad de tres a cinco años.*

Se impondrá el máximo de la pena si la infracción es perpetrada en un espacio del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o si la infracción es perpetrada con ánimo de lucro o con métodos, instrumentos o medios que resulten en daños extensos y permanentes".

(252) *Delitos contra suelo.- "La persona que contraviniendo la normativa vigente, en relación con los planes de ordenamiento territorial y ambiental, cambie el uso del suelo forestal o el suelo destinado al mantenimiento y conservación de ecosistemas nativos y sus funciones ecológicas, afecte o dañe su capa fértil, cause erosión o desertificación, provocando daños graves, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.*

Se impondrá el máximo de la pena si la infracción es perpetrada en un espacio del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o si la infracción es perpetrada con ánimo de lucro o con métodos, instrumentos o medios que resulten en daños extensos y permanentes".

(253) *Contaminación del aire.- "La persona que, contraviniendo la normativa vigente o por no adoptar las medidas exigidas en las normas, contamine el aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo en niveles tales que resulten daños graves a los recursos naturales, biodiversidad y salud humana, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años".*

-Gestión ambiental- (254, 255)

(254): *"La persona que, contraviniendo lo establecido en la normativa vigente, desarrolle, produzca, tenga, disponga, queme, comercialice, introduzca, importe, transporte, almacene, deposite o use, productos, residuos, desechos y sustancias químicas o peligrosas, y con esto produzca daños graves a la biodiversidad y recursos naturales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años cuando se trate de: 1. Armas químicas, biológicas o nucleares. 2. Químicos y Agroquímicos prohibidos, contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos y sustancias radioactivas. 3. Diseminación de enfermedades o plagas. 4. Tecnologías, agentes biológicos experimentales u organismos genéticamente modificados nocivos y perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la biodiversidad y recursos naturales. Si como consecuencia de estos delitos se produce la muerte, se sancionará con pena privativa de libertad de dieciséis a diecinueve años".*

(255) Falsedad u ocultamiento de información ambiental.- La persona que emita o proporcione información falsa u oculte información que sea de sustento para la emisión y otorgamiento de permisos ambientales, estudios de impactos ambientales, auditorías y diagnósticos ambientales, permisos o licencias de aprovechamiento forestal, que provoquen el cometimiento de un error por parte de la autoridad ambiental, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Se impondrá el máximo de la pena si la o el servidor público, con motivo de sus funciones o aprovechándose de su calidad de servidor o sus responsabilidades de realizar el control, tramite, emita o apruebe con información falsa permisos ambientales y los demás establecidos en el presente artículo.

Sanción penal a la persona jurídica

(258): *"Pena para las personas jurídicas.- En los delitos previstos en este Capítulo, si se determina responsabilidad penal para la persona jurídica se sancionará con las siguientes penas:*

1. Multa de cien a trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general, clausura temporal, comiso y la remediación de los daños ambientales, si el delito tiene prevista una pena de privación de libertad de uno a tres años.

2. Multa de doscientos a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general, clausura temporal, comiso y la remediación de los daños ambientales, si el delito tiene prevista una pena de privación de libertad de tres a cinco años.

3. Multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, clausura definitiva, comiso y la remediación de los daños ambientales, si el delito tiene prevista una pena de privación de libertad superior a cinco años.

6.2 Breve análisis:

En el actual COIP los delitos ambientales han dejado de ser delitos de peligro, por lo que determinados tipos penales requieren la materialización efectiva del daño; otra de sus características es que se presentan normas en blanco que remiten la determinación de ciertas figuras del tipo a autoridades administrativas para la configuración del mismo. Esta última es una razón más para que la empresa analizada conozca a fondo toda la legislación administrativa medioambiental y se ocupe de su estricto cumplimiento.

Las normas en blanco son aquellas que determinan la sanción aplicable, describiendo solo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresa o tácitamente”.

El COIP determina la posibilidad de imponer sanciones administrativas, civiles y penales, coexistiendo cada una de ellas de manera independiente, sin que esto constituya una vulneración al principio constitucional dispuesto en el artículo 76 de la Carta Magna, según el cual nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, esto en razón de que cada una de las materias posee principios procesales distintos y su propia configuración de infracciones.

En cuanto a los delitos en particular, en contenido en el art. 245 se refiere a la protección de la Biodiversidad entendida como la cantidad y variedad de especies diferentes en un área definida, sea un ecosistema terrestre, marino, acuático y en el aire. Comprende la diversidad dentro de cada especie, entre varias especies y entre los ecosistemas. A su vez, el término ecosistema se refiere al conjunto de factores bióticos y abióticos que coexisten en una determinada área. El término es bastante general y agrupa a todos los organismos vivos, así como la materia inerte o inanimada que puede servir de ambiente para estos organismos vivos. El concepto no es estático sino es multifuncional, lo que quiere decir que abarca múltiples interacciones de carácter bioquímico, fisiológico, etc. entre sus diferentes componentes.

El artículo 245 del COIP es una norma penal en blanco, debido a que el legislador no ha determinado dentro del mismo cuerpo legal cuáles son las áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), ni tampoco cuáles son considerados ecosistemas frágiles. El Código Orgánico del Ambiente (COA) realiza una delimitación de las áreas protegidas que conforman el SNAP

Sobre el concepto de daño grave, ambos artículos establecen que “Se considerará daño grave (...) cuando el hecho o acción produzca cambio negativo” (Ministerio del Ambiente, Acuerdo Ministerial 084: Norma Técnica para la aplicación del artículo 256 del COIP, Arts. 5 y 6, 2015).

El contenido en el art. 248 se encuentra en la sección primera de los delitos contra la biodiversidad, del capítulo cuarto de los delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama. Establece con detalle tres conductas típicas relativas a los recursos genéticos. El primer supuesto del artículo 248 hace referencia al acceso no autorizado de recursos genéticos. En vista de que el COIP no proporciona un concepto normativo de acceso a recursos genéticos, es pertinente citar el Reglamento al Régimen Común sobre Acceso a Recursos Genéticos, el cual se creó mediante Decreto Ejecutivo para

reglamentar la aplicación interna de la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones.

Los estudios técnicos no siempre recogen en la información de los proyectos aspectos relacionados con el patrimonio genético, si bien en algunos casos resulta imposible medir el impacto que puede tener una concesión o un proyecto en el medio ambiente, sería adecuado considerar este tipo penal como **muy relevante a efectos de prevención**, tomando en consideración diversos factores como pueblos ancestrales, flora y fauna silvestre, etc. En la sección cuarta, en las disposiciones comunes (art. 258) se contempla la RPPJs para los delitos de ese capítulo.

En la Sección Segunda se encuentran los delitos contra los recursos naturales, en el artículo 251 y 252 se sancionan los Delitos contra el agua y los Delitos contra el suelo respectivamente, en estos dos artículos se sanciona el uso inadecuado de estos recursos al provocar daños graves y quienes los cometan son castigados con prisión de tres a cinco años, el máximo de esta pena es impuesta si el delito es ocasionado dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

El artículo 253 sanciona la Contaminación del Aire con uno a tres años de prisión a quienes contaminen el aire y como consecuencia haya daños graves a los recursos naturales, biodiversidad y salud humana.

Los delitos de los arts. 251 y 253 (como ocurre con otros) exigen un “daño grave”. La norma penal exige un resultado para que el hecho se configure. Tal por caso (251), un volcado al río de sustancias tóxicas requerirá la comprobación del daño real al agua.

El art. 254 se encuentra en la sección tercera de los delitos contra la gestión ambiental del capítulo cuarto de los delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama. Se considera que una constructora podría hipotéticamente verse involucrada en esta clase de conducta típica, debido a su habitual manejo de residuos.

En la sección cuarta en las disposiciones comunes en el art. 258 se contempla la RPPJs para los delitos de ese capítulo.

6.2 Casos y jurisprudencia: Destacamos dos de los casos que han tenido más impacto en Ecuador: Se trata de los casos Podocarpus y Chevrón.

Podocarpus: En septiembre de 2012, técnicos de la Unidad de Minería Ilegal del Ministerio del Ambiente (MAE), en coordinación con técnicos de la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), Fiscalía General del Estado, Unidades Tácticas (GIR) y de Inteligencia (DNPJ) de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas, realizaron un operativo de control en el sector de San Luís dentro del Parque Nacional Podocarpus, ubicado en la provincia Zamora Chinchipe, en el cual se logró identificar tres campamentos de minería ilegal. El operativo se ejecutó en el marco de coordinación con la Comisión Especial para el control de la Minería Ilegal (CECMI), creado mediante Acuerdo Ejecutivo N° 754. En los campamentos se registraron municiones de escopeta (calibre 16 mm), alimentos, detonadores de explosivos, tacos de dinamita, canecas de combustibles, sopletes portátiles, una serie de indumentaria empleada en actividades

de recuperación de oro, las cuales fueron decomisados por la Policía Nacional; dos cilindros amalgamadores (chanchas) conectadas a canelones que desembocaban a una quebrada cercana, las cuales fueron inutilizados. Estos implementos causaban daños irreparables al ambiente. Además se evidenció, alrededor de 200 m² de vegetación nativa deforestada y la desviación del curso natural de una quebrada aledaña a los campamentos. Por tal motivo, el Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe, declaró a Darwin José Sucunuta Llanes como autor y responsable del delito contra el medio ambiente, tipificado y sancionado en el art. 437H del Código Penal, actualmente derogado, que sancionaba, además de la quema, la destrucción, daño o tala, con 1 a 3 años de prisión. La pena aumentaba de 2 a 4 años si había agravantes como disminución de aguas naturales, erosión del suelo o modificación del régimen climático, o si delito se cometía en lugares donde existan vertientes que abastezcan de agua a un centro poblado o sistema de irrigación.

El Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe, en sentencia de fs. 463 a 466, declaró a Darwin José Sucunuta Llanes autor y responsable del delito contra el medio ambiente, tipificado y sancionado por el Art. 437H del Código Penal, y le impuso la pena de ocho meses de prisión, aceptando las atenuantes previstas en los numerales 6 y 7 del Art. 29 del expresado Código, más el pago de \$ 2.245,00 por daños y perjuicios.

Chevrón: La Corte Constitucional de Ecuador ratificó una sentencia que había condenado a la empresa a pagar 9.500 millones de dólares por daños ambientales causados entre 1970 y 1992. El juicio comenzó en 1993 cuando un grupo de ecuatorianos demandó a Texaco, comprada posteriormente por Chevron, por contaminación ambiental. El caso pasó por tribunales ecuatorianos y de Estados Unidos para finalmente retornar a Ecuador, donde Chevron recibió la primera sentencia condenatoria.

Los pobladores de la provincia de Sucumbíos, en la región amazónica de Ecuador, señalaron como causante de la contaminación a Texaco Petroleum. La compañía extrajo allí crudo entre 1964 y 1992, y dejó supuestamente 68.000 litros de basuras tóxicas en la selva. Los afectados se querellaron contra Chevron en un juzgado de Nueva York, y atribuyeron a sus prácticas los problemas de salud, cáncer y defectos de nacimiento que padecían. Chevron, que compró Texaco en 2001, asegura que para 1995 el área ya se había limpiado, y Texaco quedó exonerada de cualquier responsabilidad adicional. Perdido el caso en Estados Unidos, en 2003 se interpuso una nueva demanda, esta vez contra Chevron-Texaco y ante la Corte Superior ecuatoriana de Nueva Loja. Allí les dieron la razón en 2011: la petrolera debía pagar 9.500 millones de dólares.

Posteriormente, la controversia llegó a la Corte Permanente de Arbitraje, que resuelve los casos fuera de la jurisdicción ordinaria, pero de acuerdo con el derecho internacional. Los árbitros anularon la condena del Supremo ecuatoriano porque, dijeron, había sido obtenida "mediante fraude, soborno y corrupción". Hubo además "denegación de justicia a la petrolera y violación del principio de trato justo y equitativo". Este último supuesto figura en el Tratado Bilateral de inversiones firmado

con Estados Unidos, destinado a promover la cooperación económica y el respeto a las inversiones hechas por ambas partes en el territorio del otro. La Corte de Arbitraje ordenó a su vez a Ecuador “que se abstuviera de intentar ejecutar dicha sentencia [local] en cualquier lugar del mundo [donde opere Chevron] en virtud del Derecho Internacional.”

Finalmente, en el año 2019, el Tribunal Supremo holandés rechazó la demanda interpuesta por Ecuador contra la petrolera estadounidense Chevron por contaminación medioambiental en la selva amazónica. El Gobierno ecuatoriano exigía a la empresa una indemnización de 9.500 millones de dólares (8.400 millones de euros) por el supuesto vertido de residuos tóxicos en el cantón de Lago Agrio. En 2011, la sanción fue impuesta por una sentencia del Supremo ecuatoriano. Chevron se negó a pagar, y en 2018, la Corte Permanente de Arbitraje, con sede en La Haya, dio la razón a la compañía.

En el caso español podemos destacar la siguiente jurisprudencia que transcribimos por la similitud de la regulación con el modelo ecuatoriano (medio ambiente en general):

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE: AFECTAR A ALGUN ESPACIO NATURAL PROTEGIDO: EXISTENCIA: construir valla y camino, aunque se le denegó autorización administrativa: amenaza para la cigüeña negra y cercado impermeable al tránsito de la fauna: infracción de normativa autonómica. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS: EXISTENCIA: administrador único de empresa que construye valla y camino, aunque se le denegó autorización administrativa: infracción de normativa autonómica.

AP Jaén (Sección 2ª), sentencia núm. 119/2015 de 12 mayo. ARP 2015\649

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE: PROVOCAR O REALIZAR DIRECTA O INDIRECTAMENTE VERTIDOS: INEXISTENCIA: abandono por empresa que cesa su actividad industrial de recipientes con su peligroso contenido en condiciones no idóneas para neutralizar los posibles riesgos: inexistencia de vertidos indirectos del art. 325 CP: las fugas de algunos de los envases no tuvieron la condición de vertidos: aun no constituyendo depósito estricto sensu del art. 328 CP se opta por él al ser menos gravoso; DEPOSITOS DE DESECHOS O LIQUIDOS TOXICOS O PELIGROSOS Y QUE PUEDAN PERJUDICAR GRAVEMENTE EL EQUILIBRIO DE LOS SISTEMAS NATURALES O LA SALUD: EXISTENCIA.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 439/2015 de 9 julio. RJ 2015\3690

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE: ESTABLECER DEPOSITOS O VERTEDEROS DE DESECHOS O LIQUIDOS QUE SEAN TOXICOS O PELIGROSOS Y PUEDAN PERJUDICAR GRAVEMENTE EL EQUILIBRIO DE LOS SISTEMAS NATURALES O LA SALUD DE LAS PERSONAS: EXISTENCIA: cesar en la gestión de residuos alegando falta de posibilidades económicas: formación de depósito por falta de gestión adecuada tratando sólo una mínima cantidad: infracción administrativa grave y no muy grave: reiterada desobediencia de requerimientos administrativos: no se justifica el peligro creado por la falta de acciones que hubiera podido realizar sin contratar a terceros relativas a correcto almacenamiento y etiquetado; ATENUANTES: dilaciones indebidas: inapreciable: instrucción compleja: no es suficiente una paralización de 7 meses para su apreciación; reparación del daño: inapreciable: retirada de residuos y limpieza de terrenos cuando la empresa ya estaba gestionada por

administradores concursales, no por el imputado; RESPONSABILIDAD CIVIL: inexistencia: consejero delegado de empresa por los gastos de contratación de entidad que controlara la posible contaminación de acuíferos: requerimiento realizado cuando ya estaban designados los administradores concursales no siendo atribuible la desobediencia al acusado.

AP Barcelona (Sección 8ª), sentencia de 3 noviembre 2014. ARP 2015\140

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE: EXISTENCIA: movimientos masivos de tierras y depósitos de áridos, purines, y chatarra, sobre terrenos propiedad de la empresa que administraba, calificados como suelo rústico de protección territorial, sin licencia alguna y desoyendo requerimientos varios; INDUSTRIA SIN LICENCIA: EXISTENCIA; DESOBEDECER ORDENES EXPRESAS DE LA AUTORIDAD. EXISTENCIA. DESOBEDIENCIA LA AUTORIDAD: EXISTENCIA: incumplimiento de tres órdenes de suspensión y precinto de la actividad, con imposición de multas coercitivas impagadas, desoyendo los requerimientos para que restaurara la situación original alterada por las obras y actividades constitutivas de delito medioambiental. <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/run>

AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª), sentencia núm. 56/2015 de 23 enero. ARP 2016\317

AUTOR: Personas jurídicas: responsabilidad de administradores de empresas que tienen facultades de gestión: no es una regla de responsabilidad objetiva, sino la forma de evitar la impunidad de las personas que cometen delitos bajo el manto de una persona jurídica. DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE: Provocar o realizar directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales: configuración actual del delito medioambiental: delito de peligro abstracto: se comete el delito con la realización de la acción peligrosa de vertido; existencia: vertidos por empresa a la red de alcantarillado o al suelo desde una cuba de elevadas cantidades de tricloroetileno, sustancia gravemente peligrosa para las personas y para el medio ambiente; Autor: determinación dentro de una empresa de la persona responsable de los vertidos contaminantes que motivan el delito medioambiental: responsabilidad de los operarios que realizan los vertidos y posición de garante de los responsables de producción y altos directivos de las empresas contaminantes, los que sólo quedarán exonerados de responsabilidad cuando la delegación de funciones se haya hecho a personas capacitadas y disponen de medios para realizar la función que tienen encomendada; existencia: director técnico de empresa que permitió que se realizasen vertidos contaminantes, sin llevar a cabo actividad alguna para impedirlos: miembros del consejo de administración de empresa que permitieron que se realizasen vertidos contaminantes, sin llevar a cabo actividad alguna para impedirlos a pesar de su posición de garantes; Penalidad: realización de vertidos bajo la vigencia del CP derogado y del vigente, cada uno de los cuales podría constituir un delito independiente: aplicación del CP/1995, siendo más gravoso, pero teniéndolo en cuenta para la individualización de la pena. DAÑOS: Por imprudencia grave: existencia: vertidos contaminantes de empresa que iban a pozos motivando la muerte de peces de piscifactoría, existiendo relación de causalidad entre el riesgo creado y el resultado producido....Ver más

TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1828/2002 de 25 octubre. RJ 2002\10461

DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS: vulneración inexistente: prueba pericial practicada en juicio oral bajo el principio de contradicción. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: Prueba indirecta, circunstancial o indiciaria: existencia de prueba. DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE: Provocar o realizar directa o indirectamente emisiones, vertidos o radiaciones que puedan perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales: existencia: establecer depósito al aire libre de restos de fundición de proceso productivo de recuperación de plomo y antimonio de baterías eléctricas de vehículos, de tal manera que la lluvia los arrastra a arroyo o caudal de agua; Dolo: existencia;

Funcionamiento clandestino de la empresa: existencia: es necesario que exista una autorización administrativa para una concreta actividad de recuperación de metales; Desobedecer a las órdenes expresas de la autoridad administrativa: existencia: mandatos expresas de la Administración ignorados por la empresa de recuperación de metales contaminantes; los vertidos constituyen un delito único de los denominados tipo que incluye conceptos globales producidos durante la vigencia del CP/1973, el que es más favorable. RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY: Error de hecho en la apreciación de las pruebas: desestimación....Ver más

TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1914/2000 de 12 diciembre. RJ 2000\9790

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE: REALIZAR EXTRACCIONES QUE PUEDAN PERJUDICAR GRAVEMENTE EL EQUILIBRIO DE LOS SISTEMAS NATURALES: inexistencia: empresa de extracción de áridos que sin respetar la franja de retranqueo en la parcela ubicada en zona de especial protección, realiza extracciones sin afectar al nivel freático: no queda acreditada la producción de un grave riesgo para el medio ambiente: posible infracción administrativa.

AP Madrid (Sección 16ª), sentencia núm. 3/2012 de 13 enero. ARP 2012\196

En el caso español podemos destacar la siguiente jurisprudencia que transcribimos por la similitud de la regulación con el modelo ecuatoriano (residuos):

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE: vertidos: debe concurrir un peligro grave: delito de aptitud; Existencia: Vertido de residuos constituidos por escorias de plomo, en suelo no pavimentado y descubierto al aire libre sin protección, llevados a cabo por empresa del acusado que produjeron lixiviados por escorrentía superficial; Responsabilidad civil: subsidiaria: existencia: imposición de la obligación de retirar los residuos a la empresa del acusado. RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS: Inexistencia: Delito de medio ambiente del art. 326 circ. b): informe de la Junta de Residuos de la Generalitat en el que se constata la existencia de requerimientos y que a consecuencia de inspecciones se levantó acta de los incumplimientos observados; Pericial: informe del Instituto Nacional de toxicología que concluye la gravedad potencial del vertido para los Sistemas Naturales.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 1118/2007 de 20 diciembre. RJ 2008\1315

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE: PROVOCAR O REALIZAR DIRECTA O INDIRECTAMENTE EMISIONES, VERTIDOS, RADIACIONES, EXTRACCIONES, ATERRAMIENTOS, RUIDOS, VIBRACIONES, INYECCIONES O DEPOSITOS ASI COMO LAS CAPTACIONES DE AGUAS QUE PUEDAN PERJUDICAR GRAVEMENTE EL EQUILIBRIO DE LOS SISTEMAS NATURALES: delito de peligro presunto o hipotético, se tipifica un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido; AUTOR: existencia: gerente de empresa: empresa complejamente organizada: dentro del ámbito competencial atribuido en la empresa, tenía el dominio de la actividad con la que dicha empresa en su conjunto generó el riesgo, al controlar la utilización del elemento contaminante sin la adopción de las medidas que conjuraran el riesgo para el sistema natural y para la salud de las personas; PRESUNCION DE INOCENCIA: vulneración inexistente: existencia de prueba: prueba pericial y testifical; PENALIDAD: CONCURSO IDEAL DE DELITOS: procedencia: con delito de daños que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal: contaminación de aguas pluviales por vertido de residuos tóxicos. INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO: vulneración: inexistencia: entrada y registro en una nave de almacén abierta al público y sita en un polígono

industrial: autorización de la persona que tenía la disponibilidad del local: no puede considerarse domicilio. RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS: DOCUMENTOS: inexistencia. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 941/2016 de 15 diciembre. RJ 2016\5986

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE: PROVOCAR O REALIZAR DIRECTA O INDIRECTAMENTE EMISIONES, VERTIDOS, RADIACIONES, EXTRACCIONES, ATERRAMIENTOS, RUIDOS, VIBRACIONES, INYECCIONES O DEPOSITOS ASI COMO LAS CAPTACIONES DE AGUAS QUE PUEDAN PERJUDICAR GRAVEMENTE EL EQUILIBRIO DE LOS SISTEMAS NATURALES: delito de peligro presunto o hipotético, se tipifica un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido; AUTOR: existencia: gerente de empresa: empresa complejamente organizada: dentro del ámbito competencial atribuido en la empresa, tenía el dominio de la actividad con la que dicha empresa en su conjunto generó el riesgo, al controlar la utilización del elemento contaminante sin la adopción de las medidas que conjuraran el riesgo para el sistema natural y para la salud de las personas; PRESUNCION DE INOCENCIA: vulneración inexistente: existencia de prueba: prueba pericial y testifical; PENALIDAD: CONCURSO IDEAL DE DELITOS: procedencia: con delito de daños que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal: contaminación de aguas pluviales por vertido de residuos tóxicos. INVIOLEABILIDAD DEL DOMICILIO: vulneración: inexistencia: entrada y registro en una nave de almacén abierta al público y sita en un polígono industrial: autorización de la persona que tenía la disponibilidad del local: no puede considerarse domicilio. RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS: DOCUMENTOS: inexistencia. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 941/2016 de 15 diciembre. RJ 2016\5986

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE: Provocar o realizar directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales: elementos; inexistencia: vertido de residuos derivados del proceso químico de una empresa a una fosa adyacente de su propiedad: falta de suficiente justificación de la necesaria gravedad del riesgo y perjuicio medioambiental. AUTOR: Personas jurídicas: inexistencia: distribución de poderes y capacidades de decisión en el seno de la empresa: duda sobre la real capacidad de dirección y gestión del acusado.

AP Barcelona (Sección 7ª), sentencia de 29 octubre 2002. ARP 2002\854

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE: Provocar o realizar directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales: inexistencia: industria dedicada al electrozincado que vierte residuos altamente contaminantes a través del alcantarillado de otra empresa del mismo grupo: posible accidente, no instruido adecuadamente: falta de comprobación del dolo exigido en el tipo.

TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1527/2002 de 24 septiembre. RJ 2002\8171

6.4 Medidas existentes:

DELITO (COIP)*	MEDIDAS YA EXISTENTES EN <u>SEMAICA</u>
6. Delitos contra el medioambiente y la naturaleza o Pacha Mama -Biodiversidad- (245) -Patrimonio genético- (248) -Recursos naturales- (251, 252, 253) -Gestión ambiental- (254, 255)	Se está trabajando en la implementación y certificación de la ISO 14.001 relativa a la GESTION MEDIOAMBIENTAL

6.5 Preguntas de valoración de riesgo

1. ¿El Código de ética hace expresa referencia a este tipo de conductas? (en caso afirmativo indicar de qué manera mediante un extracto del texto)

NO

2. ¿Cuenta SEMAICA con un canal de denuncias en su página web que permitan la denuncia anónima de este tipo de conductas? En caso afirmativo, ¿qué trámite se sigue con la denuncia?

No, es necesario configurarlo en el proceso de ejecución del compliance penal

3. Si llegara a ocurrir ¿existe en el seno de la compañía un procedimiento sancionador para quien las lleve a cabo?

4. ¿En qué fecha estará implantado en SEMAICA el Certificado bajo la Norma Internacional ISO14001:2015?

Enero 2021

5. ¿Tiene SEMAICA un Soporte Legal especializado en el ámbito medioambiental por estudios Jurídicos externos o interno?

Se cuenta con una matriz de requisitos legales en el ámbito de medio ambiente

6. ¿La actividad de la empresa está sometida a la legislación medio ambiental? En caso afirmativo, ¿Se ha identificado por parte de la empresa toda la normativa ambiental aplicable?

SI

7. ¿Los procesos productivos de la empresa tiene impacto medio ambiental en la atmósfera?

NO

8. ¿Los procesos productivos de la empresa tiene impacto medio ambiental en el agua?

En ciertos tipos de proyectos

9. ¿La actividad industrial desarrollada en la empresa es potencialmente contaminante para los suelos?

NO

10. ¿Los procesos productivos de la empresa generan residuos con riesgo medio ambiental?

SI

11. ¿En los procesos productivos de la empresa se utilizan sustancias peligrosas?

NO

12. ¿La empresa ha sido alguna vez requerida por la Administración Pública con el objetivo de corregir o suspender actividades con alto riesgo medio ambiental? ¿Ha sido alguna vez sometida la empresa a una inspección en materia de medio ambiente?

NO

13. ¿Cuenta la empresa con todos los permisos y licencias preceptivas en materia medio ambiental?

SI

14. ¿Se somete la empresa a auditorias medioambientales externas? (ISO 14001)

SI

15. ¿Se hace alguna comprobación en relación con el cumplimiento por parte de los proveedores (o empresas subcontratadas) de la legislación medio ambiental?

SI

16. ¿Cuentan los empleados con la formación necesaria en materia de prevención de riesgos medioambientales?

SI

17. ¿Cuentan los empleados con formación continua en materia medio ambiental?

SI

18. ¿Alguno de los socios o directivos de la empresa ha sido imputado o condenado alguna vez por un delito medio ambiental?

NO

19. ¿Alguno de sus empleados ha sido condenado o imputado por un delito medio ambiental?

NO

20. ¿Existe en la empresa una o varias personas u órgano responsable en materia de medio ambiente?

SI

21. ¿Tienen algunos empleados alguna obligación de informar sobre comportamientos que suponga un riesgo medio ambiental?

SI

22. ¿Se evalúan los productos o servicios de la empresa con base en el impacto medioambiental?

SI

23. ¿La empresa ha sido alguna vez sancionada (administrativamente) por incumplimientos de la legislación medio ambiental?

NO

24. ¿Se han establecido en la empresa controles que eviten que los sujetos obligados por la legislación medioambiental, en el desarrollo de sus funciones, omitan o falsifiquen información sobre cualquier aspecto relacionado con esta materia?

NO

25. ¿Tienen constancia de que las personas de la organización tienen familiares y allegados que trabajen en alguno de los órganos u organismos con competencia en materia medio ambiental?

NO

26. ¿Cuándo se producen cambios en los procesos productivos se hacen estudios sobre el cambio del impacto medioambiental?

NO

27. ¿Se conoce por parte de la empresa los efectos medio ambientales en el consumo, uso y manipulación de los productos que se manejan y de los procesos que realizan los empleados para que tengan una utilización segura y sin efectos nocivos para la salud?

SI

28. ¿Recurre la empresa al asesoramiento especializado en materia de prevención de riesgos medio ambientales?

SI

29. ¿Hay establecido en la empresa un sistema disciplinario para los empleados que incumplan las previsiones legales en materia de medio ambiente (especialmente las contenidas en el Código Orgánico del Ambiente)?

NO

30. ¿Se ha diseñado en la empresa pautas específicas de actuación que los empleados deban seguir en materia de prevención de riesgos ambientales?

SI

31. ¿Se emite por parte de la empresa circulares internas recordando, de manera específica a cada uno de los departamentos, las obligaciones en materia medio ambiental?

SI

CONCLUSIONES Y MEDIDAS A ADOPTAR

a) Antecedentes: Los impactos medioambientales de las actividades de construcción no se limitan a la actividad constructora propiamente dicha, sino que tienen lugar o están influidos por todas las fases del proceso constructivo: promoción, proyecto, ejecución, uso y mantenimiento y derribo o demolición.

La gestión medioambiental comprende todas las actividades técnicas y organizativas que lleva a cabo una organización con el objetivo de reducir el impacto que causan sus actividades sobre el medio ambiente. Se suelen clasificar las prácticas de gestión medioambiental en tres categorías: a) prácticas de planificación y organización, b) prácticas operativas (relacionadas con el producto y con el proceso) y c) prácticas de comunicación o comerciales.

Las prácticas de planificación y organización hacen referencia a la puesta en marcha y al grado de desarrollo de un Sistema de Gestión Medioambiental (SGMA) que recoja y defina la política medioambiental de la empresa, los procedimientos de fijación de objetivos y de puesta en marcha de las distintas acciones, la asignación de responsabilidades y los instrumentos adecuados para evaluar los avances realizados.

Las prácticas operativas, que son aquellas que implican cambios en el sistema de producción y operaciones de la empresa, pueden clasificarse en dos categorías: las relacionadas con el producto y las relacionadas con los procesos de fabricación. Las prácticas operativas de producto están enfocadas a diseñar y desarrollar productos más comprometidos con el medio ambiente. Estas prácticas no deben limitarse a la sustitución de materiales más contaminantes por otros más ecológicos o a intentar

reducir el consumo de recursos y la generación de residuos en la fabricación, sino que deben reflejar un compromiso a largo plazo y una visión global de la cadena de valor, incluyendo el destino del producto una vez vendido. Por su parte, las prácticas operativas de proceso están dirigidas a desarrollar e implantar métodos y procesos de fabricación más respetuosos con el entorno natural. Algunas afectan a los procesos de fabricación internos y comprenden prácticas tanto de carácter reparativo, es decir, enfocadas a controlar las emisiones generadas (por ejemplo, la instalación de filtros o la separación de los residuos), como de carácter preventivo, esto es, destinadas a reducir la entrada y el despilfarro de recursos. Otras prácticas operativas de proceso hacen referencia a las actividades de aprovisionamiento y distribución y, en general, a la interacción de la empresa con otros elementos de la cadena de valor. Algunos ejemplos de estas actividades son la compra de materiales ecológicos, la selección de proveedores conforme a criterios medioambientales, la selección de fórmulas de transporte menos contaminantes, la consolidación de cargamentos o la utilización de envases y embalajes reciclables o reutilizables.

Por último, las prácticas de comunicación incluyen todas aquellas prácticas dirigidas a comunicar al entorno social e institucional de la empresa los avances realizados en materia medioambiental.

Las características especiales que presenta el sector de la construcción complican, en comparación con otros sectores, la puesta en marcha de medidas de gestión medioambiental. Un primer rasgo a destacar es la realización de obras variadas y su ubicación geográfica itinerante. Dado que los impactos ambientales de las empresas constructoras están fuertemente relacionados con los proyectos específicos que llevan a cabo, y que una empresa puede estar operando simultáneamente en varias obras en diferentes localizaciones, con una duración variable y con distintos clientes y legislación, la gestión medioambiental debe ser lo suficientemente flexible para ajustarse a los requisitos de cada obra o proyecto y, al mismo tiempo, ser suficientemente eficaz como para ser capaz de mejorar o controlar su rendimiento medioambiental. A la hora de implantar un SGMA en el sector de la construcción, las empresas se encuentran con el problema de aplicarlo a los centros de trabajo temporales, esto es, a las obras. Esto se resuelve a través del "Plan de gestión medioambiental de la obra", que es el documento en el que se materializa el SGMA en cada obra concreta y constituye siempre un prototipo, ya que cada obra y su entorno es irrepetible.

Otras características del sector de la construcción que complican la puesta en marcha de medidas de gestión medioambiental son la elevada utilización de la subcontratación y la gran rotación de la mano de obra en las empresas subcontratistas.

b) Conclusión: Es este un ámbito al que por las características de la compañía hay que prestar una especial atención, ya que, como reconoce la propia entidad, se generan residuos y la actividad tiene potencial impacto medioambiental. La implantación en SEMAICA del Certificado bajo la Norma Internacional ISO14001:2015,

prevista para enero de 2021 (coincidente con la ejecución del presente compliance penal) producirá una reducción significativa del riesgo.

Igualmente, cuenta SEMAICA un Soporte Legal especializado en el ámbito medioambiental por estudios Jurídicos externos o interno (una matriz de requisitos legales en el ámbito de medio ambiente) que tiene perfectamente identificada toda la normativa ambiental aplicable?

La empresa no ha sido nunca requerida por la Administración Pública con el objetivo de corregir o suspender actividades con alto riesgo medio ambiental ni ha sido sometida a una inspección en materia de medio ambiente. Ninguno de los socios o directivos o empleados de la empresa ha sido imputado o condenado alguna vez por un delito medio ambiental, y ni tan siquiera sancionados administrativamente.

Cuenta además con todos los permisos y licencias preceptivas en materia medio ambiental y se somete a auditorias medioambientales externas (ISO 14001).

Hace también comprobaciones en relación con el cumplimiento por parte de los proveedores (o empresas subcontratadas) de la legislación medio ambiental.

Los empleados cuentan con la formación necesaria en materia de prevención de riesgos medioambientales y en general en materia medio ambiental.

Cuenta con un órgano responsable en materia de medio ambiente y se han establecido obligaciones para los empleados de informar sobre comportamientos que supongan un riesgo medio ambiental, evaluándose además los productos o servicios de la empresa con base en el impacto medioambiental y cuenta también con un asesoramiento especializado en materia de prevención de riesgos medio ambientales y simultáneamente se emite por parte de la empresa circulares internas recordando, de manera específica a cada uno de los departamentos las obligaciones en la materia.

Medidas a adoptar:

- Inclusión en el Código de ética de obligaciones de protección medioambiental y asegurar su conocimiento por los implicados.
- **Configuración en el seno de la compañía un procedimiento disciplinario/sancionador** para quien lleve a cabo conductas lesivas medioambientales o simplemente incumpla cualquier norma de protección medioambiental.
- Establecer en la empresa controles que eviten que los sujetos obligados por la legislación medioambiental, en el desarrollo de sus funciones, omitan o falsifiquen información sobre cualquier aspecto relacionado con esta materia.
- Compromiso escrito de realización de estudios sobre el impacto medioambiental cuándo se producen cambios en los procesos productivos.

IMPLANTACIÓN DE PRÁCTICAS MEDIOAMBIENTALES A NIVEL DE EMPRESA

MEDIDAS	SE REALIZA (SI/NO)	SE PUEDE ADOPTAR?
Recogida selectiva en centros permanentes y/o en oficinas	Sí (adoptada)	
Informe o memoria medioambiental		No
Informa regularmente sobre sus prácticas medioambientales		Sí
Argumentos medioambientales en su marketing	Sí (adoptada)	
Elabora manual de buenas prácticas medioambientales		No
Sistema de medición del rendimiento medioambiental	Sí (adoptada)	
Recopila las mejores prácticas medioambientales	Sí (adoptada)	
Personas dedicadas a la gestión medioambiental	Sí (adoptada)	
Formación medioambiental a su personal técnico	Sí (adoptada)	
Competencias medioambientales claramente definidas	Sí (adoptada)	
Objetivos y planes medioambientales a largo plazo	Sí (adoptada)	
Planes de emergencia ante problemas medioambientales	Sí (adoptada)	
Definición explícita de una política medioambiental	Sí (adoptada)	

IMPLANTACIÓN DE PRÁCTICAS MEDIOAMBIENTALES A NIVEL DE OBRA

MEDIDAS	SE REALIZA (SI/NO)?	SE PUEDE ADOPTAR?
Evitar la compra y utilización de materiales nocivos para el medio ambiente	Sí (adoptada)	
Medidas para reducir los desperdicios de materiales de manera activa	Sí (adoptada)	

Acciones para reducir las emisiones de polvo y Vibraciones	Sí (adoptada)	
Reutilización de materiales en las obras	Sí (adoptada)	
Formación medioambiental a los jefes de obra		Sí
Plan de gestión medioambiental para cada obra	Sí (adoptada)	
Gestión adecuada de otros residuos no peligrosos	Sí (adoptada)	
Responsabilidades ambientales claramente definidas en cada obra	Sí (adoptada)	
Plan de gestión de residuos en la obra	Sí (adoptada)	
Gestión adecuada de los residuos peligrosos	Sí (adoptada)	
Gestión adecuada de los residuos inertes	Sí (adoptada)	
Recogida selectiva de residuos	Sí (adoptada)	
Procedimiento de resolución de las reclamaciones recibidas	Sí (adoptada)	
Fuerte supervisión de los temas ambientales a nivel de obra	Sí (adoptada)	
Vías de comunicación para las reclamaciones por temas ambientales		Sí
Formación ambiental a los operarios de la empresa		Sí
Se reciclan los residuos de construcción y demolición	Sí (adoptada)	
Acciones para reducir el consumo de materias primas	Sí (adoptada)	
Se realizan acciones para reducir el consumo de energía en las obras	Sí (adoptada)	
Acciones para reducir la contaminación acústica	Sí (adoptada)	
Se definen objetivos ambientales para cada obra		Sí
Utilización de áridos y otros materiales	Sí (adoptada)	

reciclados		
Comunicación de temas ambientales entre todos los niveles de subcontratación	Sí (adoptada)	
Programación de actividades para reducir la generación de residuos		Sí
Criterios medioambientales para la selección de empresas colaboradoras		Sí
Formación medioambiental al personal de las empresas colaboradoras		Sí

6.2.7. DELITO. Contra la Administración Pública -delito de cohecho- (art. 280 COIP)

7.1 Tipo penal: Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, donativo, dádiva, promesa, ventaja, beneficio inmaterial o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Se entenderá como beneficio inmaterial, a todo aquel beneficio o ventaja intangible que, por su naturaleza al no tener un valor económico o patrimonial cuantificable, no es susceptible de valoración alguna.

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

La persona que ofrezca, dé o prometa donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, a un funcionario público extranjero, a cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un

organismo público o en una empresa pública, o cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de este o para un tercero o, para que ese funcionario que en relación con el cumplimiento de deberes oficiales actúe o se abstenga de hacerlo, será sancionado con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

También se aplicará el máximo de la pena prevista cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción.

En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.”

7.2 Breve análisis: En Ecuador los delitos contra la eficiencia de la administración pública se encuentran dentro del capítulo quinto de los delitos contra la responsabilidad ciudadana (SECCIÓN TERCERA -Delitos contra la eficiencia de la administración pública- (arts. 278 a 294). El COIP **desde 2018 ya contempla** la responsabilidad penal de las personas jurídicas en esos casos. Por su relevancia y como los directivos si pueden ser condenados, con graves consecuencias para la empresa se procede al análisis.

El delito de cohecho está considerado en el Código Orgánico Integral Penal, dentro de los delitos contra la eficiencia de la administración pública. El bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración, toda vez que el servidor público tiene que actuar en el desempeño de sus funciones, en el orden de sus deberes y obligaciones, que dimanen de la ley, de los reglamentos o manuales funcionales de la administración pública, que prepondera la eficiencia y corrección en todo lo atinente o relativo a las funciones del funcionario o servidor público, para que cumpla con cabalidad, celeridad y honestidad las labores encomendadas por el Estado.

El delito de cohecho es un acto antijurídico que necesariamente debe contar para su consumación con la voluntad de dos agentes: el corruptor, o activo, que es quien propone al funcionario la actuación a base de precio o recompensa; y el corrompido, o pasivo, quien es el que recibe o acepta la propuesta. En el mismo, un particular, por medio de promesas o dones logra que el empleado público, o el encargado de un servicio público, traicionando sus deberes de probidad y de fidelidad para con el Estado ejecute, incitado por dichos dones o promesas, actos propios de su empleo, aunque sean justos dentro de su competencia.

El cohecho pasivo es un delito especial propio, debido a que únicamente puede ser cometido por un funcionario público, por un servidor público, y de acuerdo con el artículo 280 del COIP, aquellos que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona beneficio económico indebido o de otra clase para sí o de un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones.

En cambio, el cohecho activo se ocupa de la conducta de los corruptores, de los sobornadores, vale decir de los terceros que inducen a los funcionarios, a través de la oferta o entrega de dádivas, a la realización de alguna de las conductas tipificadas en los tres primeros incisos del artículo 280 del COIP.

7.3 Casos y jurisprudencia: Ejemplos recientes son el Caso Sobornos o Arroz Verde, donde fueron condenados por cohecho activo los gerentes de las compañías y no se procesó a las compañías constructoras como personas jurídicas. En el mes de junio de 2020, el Tribunal de Apelación de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador ratificó la sentencia de ocho años de prisión dictada contra el ex presidente Rafael Correa, y otros 20 ex funcionarios, en marzo pasado, por el delito de "cohecho agravado".

En el modelo español:

COHECHO: EXISTENCIA: constructor que en parcela del Alcalde efectúa la ejecución de la estructura de cinco viviendas unifamiliares, sin cobrar nada, en consideración de que de dicho Alcalde dependía la concesión de licencias de obras para construir. FALSEDAD COMETIDA POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO: EXISTENCIA: alcalde que dejó falsa constancia de que una reciente edificación tenía una antigüedad superior a 5 años y que la construcción no estaba sometida a ningún expediente administrativo, para así poderse apreciar prescripción. NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS: INEXISTENCIA: absolución de Alcalde y Concejales de Urbanismo, a los que ya se condena por prevaricación urbanística: mantenimiento de la condena de los técnicos informantes. DOCTRINA DEL TS. Más **TS (Sala de lo Penal, Sección1ª), sentencia núm. 463/2019 de 14 octubre.** RJ 2019\5144

COHECHO: recibir dádiva para ejecutar un acto que constituya delito: existencia: funcionarias públicas de acuerdo con particulares adjudican contratos de suministros y de prestación de obras siendo liberado el adjudicatario de realizarlas parcial o totalmente, entregando a las primeras dádivas procedentes de las cantidades recibidas por los trabajos no realizados; Consejero de CA que recibe dádivas a cambio de dar trato de favor a gerente de **empresa** en la contratación de servicios y adjudicar contratos menores al objeto de que subcontratara a su hijo; admitir dádiva o regalo en consideración a su función: existencia: pagar a funcionario un viaje con su familia a Cancún sin que realice actos contrarios a su cargo. CONCURSO MEDIAL DE DELITOS: existencia: **cohecho** mediante el ofrecimiento y entrega de dádivas que se vinculaban a malversación de caudales públicos. RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA: el límite de los cinco años de prisión del art. 53.3 CP se refiere a la pena de prisión impuesta conjuntamente con la pena de multa, sin que deba operar la suma de las penas privativas de libertad impuestas por distintos delitos en una misma sentencia para alcanzar ese tope. PARTICIPACIÓN A TÍTULO GRATUITO: imposición de resarcir a persona física como administrador de sociedad cuando la beneficiaria del delito fue la sociedad por lo que no procede la restitución por la persona física. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS. Más **TS (Sala de lo Penal, Sección1ª), sentencia núm. 402/2019 de 12 septiembre.** RJ 2019\4158

COHECHO: existencia: Alcalde que recibe de representante de **empresa** al menos 286.200 euros con objeto de que aquél favoreciera los intereses urbanísticos del entramado societario del empresario, como efectivamente hizo. BLANQUEO DE CAPITAL: existencia: dinero recibido por **cohecho** invertirlo en la compra de inmuebles, realizando el hecho aparentando previamente que había sido agraciados el Alcalde y su esposa con un premio de la ONCE, encargándose la última de todas las gestiones de cobro y adquisición de inmuebles. MINISTERIO FISCAL: está legitimado para solicitar datos personales de un tercero para ejercitar sus funciones encomendadas legalmente. SUMARIO: el secreto del sumario es una medida excepcional, que puede prorrogarse, afectando al derecho de defensa cuando su falta de motivación y no poder participar en la instrucción haya creado indefensión material al

acusado. DILACIONES INDEBIDAS: inapreciable: siete años para su investigación y enjuiciamiento de causa de corrupción urbanística con abundante documentación y varios acusados. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS. Más [TS \(Sala de lo Penal, Sección1ª\), sentencia núm. 613/2018 de 29 noviembre](#). RJ 2018\5562

COHECHO: EXISTENCIA: miembro del Consejo de Administración de **empresa** pública que acordó con tercero el pago de una cantidad de dinero a cambio de mediar para la adjudicación del contrato; INEXISTENCIA: gerente de sociedad pública pero que recibe dádiva por su intervención en operación de otra distinta: no está dentro del ejercicio de su cargo: tráfico de influencias; CONCURSO REAL: EXISTENCIA: con inducción a la prevaricación: aunque el acusado no instigara de forma directa y clara al que tenía que resolver y lo hiciera por medio de un tercero, con quien efectivamente al funcionario tenía el mayor contacto; JURADOS, ÁRBITROS, MEDIADORES, ETC: EXISTENCIA: entrega de la cantidad para ser «recomendado» en el otorgamiento de un jugoso contrato por parte de una sociedad mercantil pública: concurso de normas con inducción a la prevaricación. FALSEDADES: DOLO: INEXISTENCIA: confeccionó la factura, pero sin que se probara conocimiento de la inexistencia del trabajo facturado, haciéndolo en la confianza depositada en otro acusado. PREVARICACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: EXISTENCIA: otorgamiento de contrato de asesoramiento absolutamente arbitraria, consciente y no respetando la normativa en vigor; INDUCTOR: EXISTENCIA: conculcante que presiona para el otorgamiento de contrato de asesoramiento. TRÁFICO DE INFLUENCIAS: COOPERADOR: EXISTENCIA: extraneus con influencia clara sobre el principal autor por pertenecer al mismo partido, participando en la sombra en el proceso de contratación pública. Más [AP Álava \(Sección2ª\), sentencia núm. 305/2019 de 17 diciembre](#). ARP 2020\753

COHECHO: solicitar o recibir dádiva para ejecutar un acto injusto que no constituya delito: existencia: Jefe de la Sección Comarcal de Minas que, a cambio de una transmisión económica, desarrolló una actividad administrativa dirigida a favorecer a la **empresa** de la que era representante legal el otro acusado, transmitiéndole los derechos derivados del arrendamiento del monte y de la cantera para la explotación de caliza, perjudicando, así, al titular de dicha concesión; prescripción: inexistencia: teniendo el acusado la condición de funcionario público en el momento de la comisión de los hechos y siendo la pena establecida en el art. 420 del vigente CP, la de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y prescribiendo el delito a los diez años atendiendo a esta segunda pena, no había transcurrido el referido plazo desde el momento de la denuncia de los hechos; existencia: atender las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos: transcurso de tres años desde la fecha en que por el acusado se atendió la solicitud de préstamo realizada por el funcionario público; responsabilidad civil: indemnización de perjuicios: procede dejar para el período de ejecución de sentencia la determinación del exacto y concreto perjuicio que se haya podido generar a la acusación particular por el cierre administrativo de la cantera. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA: del Estado y demás entes públicos: procedencia: de la Junta de Castilla y León por el delito de **cohecho** cometido por el acusado en su condición de jefe de la Sección Comarcal de Minas del Servicio Territorial de Economía de la Junta de Castilla y León. Más [AP León \(Sección1ª\), sentencia núm. 219/2002 de 30 noviembre](#). ARP 2003\217

COHECHO: SOLICITAR DÁDIVA O PRESENTE O ADMITIR OFRECIMIENTO PARA REALIZAR UNA ACTO PROPIO DE SU CARGO: EXISTENCIA: recibir por un precio simbólico de un euro cada participación social de una **empresa** de energía fotovoltaica sobre la que posteriormente iba a resolver favorablemente para la instalación de parques fotovoltaicos. TRÁFICO DE INFLUENCIAS: PARTICULAR QUE INFLUYERE EN UN FUNCIONARIO PÚBLICO O AUTORIDAD PARA CONSEGUIR UNA RESOLUCIÓN QUE LE PUEDA GENERAR UN BENEFICIO ECONÓMICO: interpretación del término «influir»: no basta la mera sugerencia para apreciar el tipo **penal**; EXISTENCIA: condición de hijo del funcionario que ha autorizado la instalación de las placas fotovoltaicas de la **empresa** para la que trabaja de letrado y en la que además su padre tiene intereses económicos por haber adquirido participaciones sociales de la **empresa**, además de tener intereses económicos propios por tener participaciones sociales de una **empresa** participada de la principal: relación personal de parentesco de la que cabe inferir un

prevalimiento; EXISTENCIA: condición de empresario que vende por el precio simbólico de un euro cada una participaciones sociales de **empresa** fotovoltaica al funcionario que posteriormente autorizó la instalación de las placas fotovoltaicas de dicha **empresa**: conducta por la que la afecta los principios de imparcialidad, objetividad y probidad del funcionario con la finalidad de que actúe en contra de los intereses públicos; INEXISTENCIA: relación de amistad con funcionario público sin que conste actuación alguna tendente a influenciarlo para actuar contra el interés público y en beneficio particular. DILACIONES INDEBIDAS: APRECIABLE: ocho años de tramitación sin computar la sustanciación de los recursos posteriores que llega a los diez años: cómputo irracional a pesar de la complejidad de la causa. Más **TS (Sala de lo Penal, Sección1ª), sentencia núm. 257/2019 de 22 mayo.** RJ 2019\3093

7.4 Medidas existentes:

DELITO (COIP)*	MEDIDAS YA EXISTENTES EN <u>SEMAICA</u>
7. Artículo 280.- Delitos contra la eficiencia de la administración pública – cohecho-	Reglamento Interno de Higiene y Seguridad

7.5 Preguntas de valoración de riesgo

1. ¿El Reglamento Interno de Higiene y Seguridad hace expresa referencia a este tipo de conductas? (en caso afirmativo indicar de qué manera mediante un extracto del texto)

Art. 10 del Código de ética (política anticorrupción y soborno) hace referencia a esta cuestión. Se podría mejorar de forma significativa. El Código en general es demasiado breve (sólo 5 páginas) y no está al nivel esperable en una empresa tan relevante.

2. ¿El Reglamento Interno de Higiene y Seguridad sanciona expresamente este tipo de conductas? (en caso afirmativo indicar de qué manera mediante un extracto del texto)

No

3. ¿Cuenta SEMAICA con un canal de denuncias en su página web que permitan la denuncia anónima de este tipo de conductas? En caso afirmativo, ¿qué trámite se sigue con la denuncia?

No, es necesario configurarlo en ejecución del compliance.

4. ¿Cuenta SEMAICA con un Sistema de Gestión Antisoborno Certificado bajo la Norma ISO37001:2016?, y por lo tanto contaría con elementos como son:

- Política Antisoborno

- Matriz de Riesgos de Soborno
- Manual de Gestión Antisoborno
- Función de Cumplimiento
- Canal de Inquietudes y denuncias
- Procedimiento de Investigación
-

No se cuenta con un sistema bajo ISO 37001, sin embargo, si existe la función de cumplimiento que realiza controles antisobornos. El proceso no está formalizado ni certificado de acuerdo con la norma ISO9001

5. ¿Realiza SEMAICA Auditorías Internas y Externas al Sistema de Gestión Antisoborno?

No

6. ¿La entidad tiene costumbre de hacer regalos u obsequios a terceros, proveedores, trabajadores públicos, etc.?. En caso afirmativo, precisar a qué colectivo.

Entrega de material publicitario (cuadernos, agendas, esferos, folletos, etc.) a proveedores, clientes, trabajadores públicos.

7. ¿Todas las gratificaciones o regalos de la empresa carecen de protocolo o regulación interna?

Art. 10 del Código de ética (política anticorrupción y soborno) hace referencia a esta cuestión. Se podría mejorar de forma significativa. El Código en general es demasiado breve (sólo 5 páginas) y no está al nivel esperable en una empresa tan relevante.

8. ¿La empresa se relaciona con algún tipo de autoridad pública?

Actualmente no tenemos relación contractual con el sector público, la empresa se encuentra en una auditoría por parte del SRI y con UAFE hemos sido seleccionados para colaborar en la elaboración de la matriz nacional de riesgo.

Nota: pero se puede llegar a relacionar

9. Hay presupuesto en la entidad para regalos y gastos representativos (de representación)?

No

10. ¿Existe en la empresa algún familiar de persona relacionada con la función pública? En caso afirmativo esta persona interviene directa o indirectamente en algún tipo de negociación?

Si, la sobrina del Contralor General del Estado es Jefa de diseño. No interviene en la negociación.

11. ¿La empresa o alguno de sus directivos se han visto relacionados con algún asunto

de corrupción? En caso afirmativo precisar

La empresa y su representante legal estuvieron involucrados en el caso "Arroz Verde" sin embargo en el transcurso de la investigación se nos desvinculó.

12. ¿La empresa tiene relación con algún organismo público internacional?

No

13. La empresa tiene relación con el sector de la contratación pública?

Si

14. ¿Es posible que en la empresa pueda realizar gastos sin control contable?

No

7. CONCLUSIONES Y MEDIDAS A ADOPTAR

Conclusión: La corrupción del sector privado, lato sensu, se produce cuando las personas hacen un mal uso de la posición que ocupan en la empresa para su beneficio personal o el de la propia compañía (o en detrimento de la compañía), es decir, se origina por la violación de las normas de la organización privada en la que operan. Nos encontramos ante una de las tipologías delictivas de mayor riesgo en una empresa y en un contexto social y cultural como el latinoamericano. La empresa cuenta con importantes mecanismos de defensa, si bien no se ha implantado la medida más eficaz (ISO37001:2016). Debe en todo caso advertirse que muchos de los mecanismos de dicha norma si están implantados o se implantarán con el presente compliance. La corrupción del sector privado, lato sensu, se produce cuando las personas hacen un mal uso de la posición que ocupan en la empresa para su beneficio personal o el de la propia compañía (o en detrimento de la compañía), es decir, se origina por la violación de las normas de la organización privada en la que operan.

Medidas a adoptar:

- Refuerzo del Código de Ética en este aspecto y su posterior distribución entre los miembros de la compañía que pueden actuar en este ámbito.
- Formación específica a todos los responsables de la sociedad (quienes tienen competencias en la relación con funcionarios públicos) sobre el delito en cuestión y sus consecuencias penales para ellos (*pena privativa de libertad de uno a tres años*) y para la empresa (*con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general*).
- Se recomienda la implantación de un Sistema de Gestión Antisoborno Certificado bajo la Norma ISO37001:2016, que como tal, incluirá una Política Antisoborno, una Matriz de Riesgos de Soborno, Manual de Gestión Antisoborno, una Función de Cumplimiento,

un Canal de Inquietudes y denuncias (que ya se implanta con el presente compliance penal) y un Procedimiento de Investigación (que también se implante).

- Realizar auditorías Internas o Externas al Sistema de Gestión Antisoborno , visualizando qué ocurriría si alguna de las personas competentes pudiera decidir (o aceptar) un soborno.
- Se debe implantar una política de prohibición de entrega u ofrecimiento de cualquier tipo de regalo, detalle u obsequio a los funcionarios o autoridades relacionadas directa o indirectamente con procedimientos que afecten a la empresa.
- Compromiso de limitar los contactos con dichos funcionarios y autoridades a los estrictamente necesarios para la resolución de los requerimientos oficiales característicos a los procedimientos administrativos, así como una rotación temporal de las personas que se relacionan con los funcionarios públicos.
- Se acuerda adoptar un compromiso escrito de todos los miembros la dirección de SEMAICA a no acceder en ningún caso a la petición de un funcionario o empleado público que solicite regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En tal caso, se pondrá en conocimiento del órgano de administración, a fin de que presenten la correspondiente denuncia.

6.2.8. DELITO: Defraudación tributaria (art 298 COIP)

8.1 Tipo penal: *“La persona que simule, oculte, omita, falsee o engañe a la Administración Tributaria, para dejar de cumplir con sus obligaciones o para dejar de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero, será sancionada cuando:* 1. *Utilice identidad o identificación supuesta o falsa en la solicitud de inscripción, actualización o cancelación de los registros que llevan las administraciones tributarias.* 2. *Utilice datos, información o documentación falsa o adulterada en la solicitud de inscripción, actualización o cancelación de los registros que llevan las administraciones tributarias.* 3. *Realice actividades en un establecimiento a sabiendas de que se encuentre clausurado.* 4. *Imprima o haga uso de comprobantes de venta o de retención o de documentos complementarios que no sean autorizados por la Administración Tributaria.* 5. *Proporcione a la administración tributaria informes, reportes con mercancías, datos, cifras, circunstancias o antecedentes falsos, incompletos, desfigurados o adulterados.* 6. *Haga constar en las declaraciones tributarias datos falsos, incompletos, desfigurados o adulterados, siempre que el contribuyente no haya ejercido, dentro del año siguiente a la declaración, el derecho a presentar la declaración sustitutiva en la forma prevista en la ley.* 7. *Falsifique o altere permisos, guías, facturas, actas, marcas, etiquetas o cualquier otro tipo de control de fabricación, consumo, transporte, importación y exportación de bienes gravados.* 8. *Altere libros o registros informáticos de contabilidad, anotaciones, asientos u operaciones relativas a la actividad económica, así como el registro contable de cuentas, nombres, cantidades o datos falsos.* 9. *Lleve doble contabilidad con distintos asientos en libros o registros informáticos, para el mismo negocio o actividad económica.* 10. *Destruya*

total o parcialmente, los libros o registros informáticos de contabilidad u otros exigidos por las normas tributarias o los documentos que los respalden, para evadir el pago o disminuir el valor de obligaciones tributarias. 11. Venda para consumo aguardiente sin rectificar o alcohol sin embotellar y declare falsamente volumen o grado alcohólico del producto sujeto al tributo, fuera del límite de tolerancia establecido por el INEN, así como la venta fuera del cupo establecido por el Servicio de Rentas Internas, del alcohol etílico que se destine a la fabricación de bebidas alcohólicas, productos farmacéuticos y aguas de tocador. 12. Emita, acepte o presente a la administración tributaria comprobantes de venta, de retención o documentos complementarios por operaciones inexistentes o cuyo monto no coincida con el correspondiente a la operación real. 13. Emita comprobantes de venta por operaciones realizadas con empresas fantasmas, inexistentes o supuestas. 14. Presente a la administración tributaria comprobantes de venta por operaciones realizadas con empresas fantasmas, inexistentes o supuestas. 15. Omita ingresos, incluya costos, gastos, deducciones, exoneraciones, rebajas o retenciones falsas o inexistentes o superiores a las que procedan legalmente, para evitar el pago de los tributos debidos. 16. Extienda a terceros el beneficio de un derecho a subsidios, rebajas, exenciones, estímulos fiscales o se beneficie de los mismos sin derecho. 17. Simule uno o más actos, contratos para obtener o dar un beneficio de subsidio, rebaja, exención o estímulo fiscal. 18. Exista falta de entrega deliberada, total o parcial, por parte de los agentes de retención o percepción de los impuestos retenidos o percibidos, después de diez días de vencido el plazo establecido en la norma para hacerlo. 19. Exista obtención indebida de una devolución de tributos, intereses o multas. 20. Utilizar personas naturales interpuestas, o personas jurídicas fantasmas o supuestas, residentes en el Ecuador o en cualquier otra jurisdicción, con el fin de evadir el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

*Las **penas** aplicables al delito de defraudación son:*

En los casos de los numerales del 1 al 11, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En los casos de los numerales del 12 al 14, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando el monto de los comprobantes de venta supere los cien salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para estos delitos.

En los casos de los numerales del 15 al 17, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando los impuestos defraudados superen los cien salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para estos delitos.

En el caso de los numerales 18,19 y 20, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando los impuestos retenidos o percibidos que no hayan sido declarados o pagados, así como en los casos de impuestos que hayan sido devueltos dolosamente, superen los cien salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Constituye defraudación agravada y será sancionada con el máximo de la pena prevista para cada caso, la cometida con la participación de uno o más funcionarios o servidores de la

administración tributaria y acarreará, además, la destitución del cargo de dichos funcionarios o servidores.

*En el caso de personas jurídicas, sociedades o cualquier otra entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de la de sus miembros, de conformidad con lo dispuesto en este Código, serán sancionadas **con pena de extinción** de la persona jurídica y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.*

Los representantes legales y el contador respecto al de las declaraciones u otras actuaciones realizadas por ellos, serán responsables como autores en la defraudación tributaria en beneficio de la persona jurídica o natural, según corresponda, sin perjuicio de la responsabilidad de los socios, accionistas, empleados, trabajadores o profesionales que hayan participado deliberadamente en dicha defraudación aunque no hayan actuado con mandato alguno.

Cada caso será investigado, juzgado y sancionado sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones tributarias, así como del pago de los impuestos debidos.

8.2 Breve análisis: Los art. 297 y 298 se encuentran en la sección quinta de los delitos contra el régimen de desarrollo del capítulo quinto de los delitos contra la responsabilidad ciudadana. En el art. 297 no se contempla la RPPJs, pero el 298 sí.

La defraudación tributaria se configura cuando el Servicio de Rentas Internas ejerciendo su facultad determinadora llega a comprobar que la **información proporcionada es falsa**, y que el contribuyente lo hizo **de manera intencional** con el ánimo de obtener beneficios para sí o para un tercero. Los numerales 1 y 2 del artículo 298 del COIP, establece los elementos que deben concurrir para que se configure el delito.

En el **numeral 1** del artículo 298 se establece que la utilización de **identificación falsa** en la solicitud, actualización o cancelación de los registros que lleva la Administración Tributaria son consideradas como delito. Y en el **numeral 2** establece que se configuraría por cualquier de los actos señalados establecidos en el artículo antes mencionado. Un claro ejemplo sería al momento de realizar la solicitud de inscripción, y en la cual el contribuyente en su solicitud establece para una actividad determinada, pero en la realidad realiza varias actividades diferentes a la cual solicito el RUC.

En el **numeral 3** se castiga realizar actividades en un local que se encuentra clausurado, teniendo conocimiento de ello.

En el **apartado 4** se castiga la emisión de comprobantes de venta, generan una serie de obligaciones, entre ellas que estos instrumentos estén autorizados por el SRI; el hecho generador se configuraría cuando, como consecuencia de la emisión de estos comprobantes, se transfiere o entrega al contribuyente, un bien o servicio grabado con IVA o ICE, en el cual la retención realizada debe encontrarse sustentada en comprobantes debidamente autorizados por la Administración Tributaria. Es precisa la utilización, uso, manejo de comprobantes que no cuenten con la autorización del SRI para su emisión.

El precepto enumera de manera general los documentos que requieren autorización para su emisión; en virtud de aquello nos remitimos a lo que se encuentra regulado en el

Reglamento de Comprobantes de Ventas y Retención en los artículo 1, 2, y 4 enumera una serie de documentos que requieren autorización por parte del Servicio de Rentas Internas, para su impresión y su utilización.

La falta de autorización condeciría en la consecución de un delito; y en el Código Orgánico Integral Penal en la que se ha incluido los documentos complementarios y que la falta de autorización de aquellos también vendría ser Defraudación Tributaria, y se entiende por documentos complementarios todos aquellos constantes en el artículo 2 del Reglamento de Comprobantes de Ventas y Retenciones.

El art. 103 de la Ley de Régimen Tributario, establece que en todos los casos están en la obligación de emitir los comprobantes de ventas aun si no requiere la otra parte, aunque también en el art. 224 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario establece que los contribuyentes que se encuentren sujetos al Régimen Simplificado emitirán comprobantes a partir de 4 \$ en adelante, aunque a petición de la contraparte emitirán por cualquier valor los comprobantes.

Para que se configure el delito del **apartado 5** es preciso acreditar que de manera intencional se ha alterado la información que consta en las declaraciones realizadas por el sujeto pasivo; la consumación del tipo requiere proporcionar, suministrar, entregar información alterada con el objetivo de reducir el monto del impuesto causado.

En definitiva, el tipo se consumaría cuando se proporcionen a la Administración Tributaria informes adulterados, incompletos acerca de sus mercaderías que adquieren para su negocio o giro comercial que realiza y con el objetivo de reducir el pago de impuestos que genere.

El hecho generador para la configuración del delito de **apartado 6** es la declaración realizada por el sujeto pasivo, o la determinación realizada por la Administración Tributaria en la que se verifica cualquier de las circunstancias que establece precepto. El delito se consuma en el momento en que la Administración Tributaria verifica las declaraciones realizadas por el sujeto pasivo; y en la cual se llega a comprobar que los datos proporcionados son falsos.

Contiene una excusa absolutoria, según la cual el contribuyente puede realizar una rectificación a la Declaración Original y realizar una declaración sustitutiva dentro de un año desde que la fecha en la que realizó la declaración original, a la cual le faculta el artículo 89 del Código Tributario.

El **apartado 7** castiga a quienes falsifiquen documentos que requieren la autorización para su emisión por parte del Servicio de Rentas Internas y que mediante estos documentos realiza un control de las mercaderías que circulan en el territorio nacional y su legalidad. Además de ser considerada como delito de Defraudación Tributaria, también según el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 328 lo encontramos regula la falsificación de documentos públicos y privados.

Para que se llegue a configurar el delito es necesario que cualquier de los documentos que constan en la art. 298 numeral 7, sea puesto en circulación y con lo cual se pretenda evadir impuestos; el tipo penal de este numeral sería falsificar, adulterar, falsear, deformar,

modificar cualquier de los documentos que es utilizado por parte del Servicio de Rentas Internas para su control de fabricación, transporte etc.

En cuanto al **numeral 8**, el Servicio de Rentas Internas ejerciendo su facultad verificadora, en caso de no tener la información suficiente puede realizar inspecciones contables o solicitar a las empresas o personas que están en la obligación de llevar contabilidad que presente la contabilidad de la empresa. Si se comprueba que se han realizado alteraciones a los registros, asientos contables con el objetivo de evadir los impuestos, realizando alteraciones en la contabilidad, o de manera intencional se registran gastos que incurrieron sin tener respaldo con la intención de deducir el impuesto causado o también de manera intencional, no registran valores que ingresaron a la empresa.

El delito del **apartado 9** se consuma cuando exista doble contabilidad para la misma empresa o persona natural. Se entiende por doble contabilidad cuando la empresa lleva doble registro contable para el mismo giro económico. Un primer sistema contable estaría apegado a principios de contabilidad, leyes que son totalmente verificables y este es el sistema que en caso de que sea solicitado será presentado al Servicio de Rentas Internas. Mientras que el segundo sistema contable sería aquél correspondiente a la realidad de la empresa.

El delito del **apartado 10** castiga la destrucción dolosa de los libros o registros contables de la empresa con la intención de no presentar la información a la Administración Tributaria y reducir en definitiva el pago de impuestos.

En el delito del **apartado 12** se castiga la deducción del impuesto causado, sirviéndose el autor en documentos y/o comprobantes de ventas o cualquier otro documento que sirva de sustento para deducirse el impuesto y que los montos establecidos en los comprobantes no coincidan con las operaciones reales. El tipo penal en este numeral sería por tanto emitir, presentar a la Administración Tributaria comprobantes por operaciones inexistentes o montos distintos a los que corresponde a la operación.

En los **numerales 13 y 14** se castiga el recurso a empresas fantasma para deducir costos y gastos que fueron incurridos en sus operaciones comerciales. En concreto, emitir, presentar, exhibir, demostrar a la Administración Tributaria comprobantes por operaciones realizadas con empresas fantasmas o inexistentes.

En el **numeral 14** del artículo 298 del Código Orgánico Integral Pena castiga la declaración ante la Administración Tributaria sustentándose en comprobantes de ventas emitidos por empresas instrumentales con la intención de reducir los pagos de los tributos o recibir exenciones tributarias o con la intención de recibir cualquier otro beneficio.

Se entiende por empresas instrumentales: aquellas empresas constituidas legalmente sin ninguna actividad, con el objetivo de eludir los impuestos.

El hecho generador para la posterior evasión del tributo sería la realización de actividades con las empresas fantasma, con la cual se da inicio para una posterior evasión de impuestos a la cual lo utilizan para deducirse gastos, costos.

En el **apartado 15** se castigan dos conductas; la primera sería la omisión, supresión de ingresos que el sujeto (persona física o jurídica) haya percibido, no haciéndolos constar en las declaraciones con la intención de evitar el pago del tributo. La segunda conducta es la inclusión, introducción, inserción de costos, rebajas a los cuales no tiene derecho el solicitante, o cuando incluye costos, gastos con el propósito de evadir el pago o reducir el monto del pago del impuesto.

El tipo penal del **numeral 16** castiga extender, ampliar beneficios tributarios exclusivos que tiene una persona a terceros ajenos a relación tributaria, o cualquier persona que pretenda obtener algún beneficio a la cual no tiene derecho.

En el **17** se configuraría el delito en la simulación de actos o contratos realizada con tercera persona con la finalidad de obtener beneficios, exenciones en los pagos de los tributos.

En relación con delito del **apartado 18**, castiga las conductas de los agentes de retención o de percepción que retienen tales tributos (IVA y/o RENTA y el tributo retenido o percibido y no los ingresan al Estado dentro del tiempo correspondiente). Es dinero que pertenece al Estado por lo que el incumplimiento del pago en los plazos y condiciones que la ley establece, constituye uno de los tipos penales de defraudación tributaria.

Se entiende por agentes de retención y percepción los que se encuentran establecidos en el art. 29 del Código Tributario, art. 45 de la Ley de Régimen Tributario Interno, art 92 del Reglamento de Aplicación de la ley de régimen tributario interno y en el artículo 63 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

El **numeral 19** castiga a la persona natural o jurídica mediante engaños o documentos solicite la devolución del tributo al cual sabe que no tienen derecho. El tipo penal en este numeral sería, la obtención, indebida, ilícita, ilegal de tributos, intereses o multas a las cuales no tiene derecho.

Finalmente el **numeral 20** establece o configura el delito cuando, la persona natural o jurídica utilice a personas naturales o, jurídicas fantasmas para a través de estos evadir el cumplimiento de la obligación tributaria.

Como conclusión final, los representantes legales y el contador, respecto de las declaraciones u otras actuaciones realizadas por ellos, serán responsables como autores en la defraudación tributaria en beneficio de la persona jurídica o natural, según corresponda, sin perjuicio de la responsabilidad de los socios, accionistas, empleados, trabajadores o profesionales que hayan participado deliberadamente en dicha defraudación, aunque no hayan actuado con mandato alguno". Por lo tanto, en el caso del art. 298 podría hipotéticamente una constructora incurrir en esta conducta típica y atribuírsele RPPJs, en relación al delito de defraudación tributaria.

8.3 Casos y jurisprudencia:

Son muchos los ejemplos en Ecuador de condenas a empresas por delito fiscal tributario. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Garantías Penales del Azuay de 2 de mayo de 2019 que condenó a la persona jurídica RU y RN el pago al Estado de USD 228.556, más intereses y recargos propios de la administración tributaria, así como una multa de 100

salarios básicos unificados. Además, Cruz R., quien cumplía funciones de contadora, recibió siete años de privación de libertad y una multa de 12 salarios básicos unificados.

Quedó acreditado que la persona jurídica (sociedad de hecho) utilizó facturas de 13 empresas inexistentes o fantasmas por un valor aproximado de USD 1.100.000, para incrementar sus gastos y pagar impuestos por un valor menor al que le corresponde. De esta manera el perjuicio al Estado asciende a USD 228.556.

En el proceso se presentaron informes de auditoría respecto a las declaraciones del impuesto a la renta. También el informe de liquidación elaborado por el Servicio de Rentas Internas (SRI), en el que se detalla la afectación económica al Estado. Adicional informes de pericias informáticas, documentológicas y contables realizadas a la información extraída de una computadora, varios CPU, libros contables, documentos tributarios y bancarios que fueron incautados durante allanamientos ejecutados en agosto de 2017 a las oficinas de RU y RN y de la contadora, así como al domicilio del gerente y otros inmuebles. Estos informes determinaron el perjuicio económico y que la persona jurídica compró deliberadamente las facturas a empresas fantasmas, domiciliadas en Guayaquil, para incorporar sus valores como gastos.

En el modelo español:

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA: COOPERADOR: existencia: defraudación de IVA mediante la confección de facturas falsas que no obedecen a servicios efectivamente recibidos: administrador que crea y suministra facturas falsas, por servicios no prestados para reducir las cuotas que hubiera tenido que ingresar por el IVA el otro acusado: Delito de propia mano, su participación no puede ser en calidad de autor: «extraneus»; PENALIDAD: cooperador necesario: pena inferior en grado: un año y ocho meses de prisión y multa de 150.000 euros.

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 494/2014 de 18 junio. RJ 2014\4377

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA: OBTENER UNA AYUDA DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS DE MAS DE 120.000 EUROS FALSEANDO LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA SU CONCESIÓN: inexistencia: crea sociedad pantalla para conseguir que el Gobierno Balear subvencione una agencia de noticias que en realidad sirve para financiar un periódico digital que dirige el periodista: cuantía defraudada que no supera los 120.000 euros ;EN DOCUMENTOS MERCANTILES POR PARTICULAR: existencia: confecciona facturas falsas para aportarlas a la consejería del Gobierno Balear con el fin de que sean abonadas a cuenta de la subvención concedida para financiar el periódico digital que dirige; emisión de facturas falsas por la contratista contra el Gobierno Balear para justificar los pagos irregulares.

AP Islas Baleares (Sección 1ª), sentencia núm. 18/2012 de 19 marzo. ARP 2012\278

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL: DEFRAUDAR A LA HACIENDA PÚBLICA ELUDIENDO EL PAGO DE TRIBUTOS, CANTIDADES RETENIDAS O QUE SE HUBIERAN DEBIDO RETENER O INGRESOS A CUENTA DE RETRIBUCIONES EN ESPECIE OBTENIENDO INDEBIDAMENTE DEVOLUCIONES O DISFRUTANDO BENEFICIOS FISCALES DE LA MISMA FORMA, SIEMPRE QUE LA CUANTÍA EXCEDA DE 120.000 EUROS: existencia: fraude de IVA intracomunitario: fraude realizado por sociedad distribuidora mediante compensación de cuotas generadas ficticiamente; fraude carrusel: empleo de empresas denominadas «trucha» o «missing trader», y empresas «fantasma» que actúan como pantallas:

AN (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 8/2017 de 13 marzo. JUR 2017\61682

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA: PERSONAS INTERPUESTAS: EXISTENCIA: crean empresas «espejo» o «truchas» para aparentar la entrega intracomunitaria en el marco de adquisiciones intracomunitarias exentas de IVA.

AN (Sala de lo Penal, Sección 3ª), sentencia núm. 6/2015 de 6 marzo. ARP 2015\244

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA: DEFRAUDAR A LA HACIENDA PÚBLICA ELUDIENDO EL PAGO DE TRIBUTOS, SIEMPRE QUE LA CUANTÍA EXCEDA DE 120.000 EUROS: EXISTENCIA: defraudación de IVA e Impuesto de Sociedades: inclusión de facturas mendaces que afectaron a las bases imponibles.

AP Madrid (Sección 16ª), sentencia núm. 585/2017 de 25 septiembre. ARP 2017\1333

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA: ELUDIR PAGO DE IMPUESTOS: EXISTENCIA: tras resolverse contrato de compraventa de vehículos al no pagar el acusado el precio acordado, no rectificar las deducciones de IVA practicadas.

AP A Coruña (Sección 2ª), sentencia núm. 317/2017 de 27 junio. ARP 2017\1062

DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA: el momento de devengo del IVA en prestaciones de servicios con entrega de obra es cuando se termina ésta; autor: existencia: confeccionar facturas falsas con la finalidad de defraudar a Hacienda, teniendo capacidad de decisión en la empresa que defraudaba al fisco.

AP Tarragona (Sección 2ª), sentencia núm. 192/2017 de 18 abril. ARP 2017\736

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL: Defraudar a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía exceda de 120.000 euros: existencia: trama urdida por los acusados, mediante la creación de empresas pantallas, figurando una ficticia circulación de mercancías, y defraudando las cantidades de IVA correspondientes.

AP A Coruña (Sección 6ª), sentencia núm. 25/2017 de 17 febrero. ARP 2017\487

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL: Defraudar a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía exceda de 120.000 euros: existencia: el acusado, por iniciativa propia, con ocasión de problemas económicos y de gestión de la sociedad, da instrucciones a los trabajadores de la empresa encargados de computar las ventas para que lo hagan de manera inferior, por las que sí se percibe de los clientes a los que se vende, eludiendo el pago del impuesto correspondiente, defraudándose por este método en ese ejercicio fiscal un total de 451.422 euros.

AP Cádiz (Sección 1ª), sentencia núm. 304/2016 de 25 noviembre. ARP 2017\287

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL: Defraudar a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía exceda de 120.000 euros: existencia de grupo de empresas dedicada a la comercialización de hidrocarburos, eludiendo el pago del IVA e impuestos especiales, simulando importaciones para evitar el pago de los tributos.

AP Pontevedra (Sección 2ª), sentencia núm. 156/2016 de 21 julio. ARP 2016\1333

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA: existencia: omitir la presentación de la declaración tributaria el impuesto de sociedades, defraudando al erario público 241.479,33 euros; error de tipo invencible: inapreciable: administrador de mercantil que obtiene en el ejercicio fiscal unos ingresos superiores a los 2 millones de euros, llevando personalmente la contabilidad de la empresa, evidenciándose conocimientos mercantiles y tributarios, que descartan su falta de conocimientos de sus obligaciones tributarias y el alcance de la defraudación.

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/run>

AP Valencia (Sección 2ª), sentencia núm. 319/2013 de 25 marzo. ARP 2013\641

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA: EXISTENCIA: fraude en el Impuesto de Sociedades: registro contable de diversas dotaciones para la constitución de provisiones por depreciación de existencias que han motivado el correspondiente gasto fiscalmente deducible con la consiguiente minoración de la base imponible; EXISTENCIA: más de 7 millones de euros para dotación de existencias de esculturas de granito, que no se justifican documentalmente en proyecto alguno;

JP Córdoba, núm.3, sentencia núm. 50/2017 de 15 febrero. ARP 2017\6

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA: ELUDIR PAGO DE TRIBUTOS: EXISTENCIA: realizar una actividad real y legal a través de su tienda online y una actividad opaca en la que sirviéndose de una página Web y a través de las empresas de Reino Unido y Panamá, que serían empresas pantalla, simulaba ventas de bienes desde el exterior cuando realmente la actividad se llevaba a cabo en España, ocultando esta actividad a Hacienda durante los ejercicios investigados, superando la cuota defraudada los 120.000 euros en cada ejercicio.

AP Pontevedra (Sección 4ª), sentencia núm. 141/2016 de 30 septiembre. JUR 2016\236205

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA: EXISTENCIA: no cabe echar culpas a la gestoría, pues a esta se le presentaba la contabilidad ya mecanizada, por los acusados y tal gestoría se limitaba a efectuar el cálculo de la liquidación;

AP Barcelona (Sección 9ª), sentencia núm. 293/2016 de 18 abril. ARP 2016\564

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL: no haber anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o transacciones económicas, o los hubiere anotado con cifras distintas a las verdaderas: existencia: facturas y albaranes falsos para justificar la actividad de empresas fantasmas.

AP Zaragoza (Sección 6ª), sentencia núm. 102/2010 de 7 abril. JUR 2010\378307

8.4 Medidas existentes:

DELITO (COIP)*	MEDIDAS YA EXISTENTES EN <u>SEMAICA</u>
8. Artículo 298.- Defraudación tributaria.-	. Manual Interno de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo y otros Delitos . Código de Ética

8.5. Preguntas de valoración de riesgo

1. ¿El Código de ética hace expresa referencia a este tipo de conductas? (en caso afirmativo indicar de qué manera mediante un extracto del texto)

En el artículo 7 pero sin profundizar

2. Si llegara a ocurrir ¿existe en el seno de la compañía un procedimiento sancionador para quienes las lleven a cabo?

Se aplicarían las sanciones de acuerdo al código de trabajo

3. ¿Tiene SEMAICA un Soporte Legal especializado permanente en el Ámbito Tributario por estudios Jurídicos externos?

Si

4. ¿Se realizan en SEMAICA Auditorías Externas de Cumplimiento Tributario realizado por Auditores Independientes?

Si

5. ¿Se realizan en SEMAICA Auditorías Externas de los Estados Financieros realizado por Auditores Independientes?

Si

6. ¿La entidad está al corriente del pago de tributos?

Si

7. ¿Cuenta la empresa con un asesoramiento externo en materia de tributación?

Si

8. ¿Se ha solicitado alguna vez aplazamiento de pago a la Administración Tributaria?

No

9. ¿Se ha sancionado a la empresa alguna vez por infracción tributaria?

Consta en el test inicial la siguiente información: Por la auditoria del 2014 ya tiene resultados y se pagó la multa establecida Por la auditoria del año 2015 aún no hay informe final.

Se pago la multa del año 2014 y en el año 2015 se cuenta con un informe borrador que también estipula una multa pero aún se está justificando algunos puntos.

10. ¿Existen dificultades económicas o de financiación en la corporación?

No

11. ¿Cuenta la empresa con algún tipo de control para comprobar que las declaraciones a la Administración Tributaria se realizan en tiempo y forma?

Se realiza el control dentro del departamento contable

12. ¿Mantiene o ha mantenido la empresa algún tipo de relación contable o de otro tipo con empresas sin actividad relevante conocidas que pudieran ser calificadas por tanto como empresas fantasmas, inexistentes o supuestas?

Si, esto fue sancionado en el año 2014, existió un contrato con un pintor que después de haber trabajado con la empresa fue catalogado como empresa fantasma

13. ¿Se comprueba antes de solicitar una deducción que se cumplen los requisitos para ello y que es fiable la información suministrada?

Si

14. ¿Se audita externamente la contabilidad de la compañía?

Si

15. ¿Las retribuciones económicas de los encargados de la documentación contable tributaria que se presente a la Administración a efectos del pago de impuestos dependen en alguna medida de los resultado obtenidos? ¿Son retribuciones variables? En caso afirmativo, ¿de qué factores dependen?

No, las personas encargadas de la contabilidad están en relación de dependencia y perciben un sueldo fijo

16. Dichos responsables ¿conocen las consecuencias penales para ellos mismos de la comisión de alguna de las conductas del art. 298 COIP?

Si

CONCLUSIONES Y MEDIDAS A ADOPTAR

Conclusión: En empresas de este tipo existe siempre cierto riesgo de irregularidades contables que pudieran derivar en una infracción penal, por lo que hay que prestar una especial atención a la prevención de este delito. Debe destacarse que además, SEMAICA ha tenido algunos incidentes de tipo tributario. En particular, la auditoria del 2014 detectó irregularidades y se pagó la multa establecida, estando pendiente otra inspección de 2015 en la que consta un informe borrador que también estipula una multa. Igualmente, existió un contrato con un pintor que después de haber trabajado con la empresa fue catalogado como empresa fantasma y recayó sanción. Estos incidentes ponen de manifiesto la necesidad de implantar nuevos mecanismos de control.

Medidas a adoptar:

- Formación específica a todos los responsables de la sociedad (quienes tienen competencias en la elaboración de la contabilidad a efectos fiscales) sobre el delito en cuestión y sus consecuencias penales para ellos (*pena privativa de libertad de siete a diez años –en el supuesto más grave–*) y para la empresa (*pena de extinción de la persona jurídica y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general*).
- Compromiso formal y escrito por parte de las personas de la organización con competencias en la materia (elaboración y conformación de la contabilidad a efectos fiscales) de respeto de los controles específicos implantados con el objetivo de evitar la comisión de delitos de defraudación tributaria.

- En especial se comprometerán a cumplir o a hacer cumplir la realización de controles periódicos de los gastos realizados, incluyendo la posible contratación de un sistema de auditoría externo que valide la contabilidad de la empresa a efectos fiscales.
- Compromiso, en todos los procesos que incluyan pagos, peticiones a proveedores, facturas y cualquier operación bancaria, de exigir la firma de una persona autorizada de la organización, indicando la fecha.
- Compromiso de realizar controles periódicos de los datos bancarios y otros datos de gestión de pago de los proveedores por personas distintas a las que los gestionan habitualmente.
- Compromiso de realizar comprobaciones periódicas con la intervención de varias personas, entre: a) Los servicios realizados y las facturas omitidas b) Los extractos bancarios y la información de los libros contables c) Las retenciones practicadas y la información de los certificados emitidos.
- Ante cualquier incidencia o sospecha de irregularidad, compromiso de requerir asesoramiento sobre la operación que se quiere llevar a cabo.
- Compromiso de designación de una persona encargada de vigilar que los fondos obtenidos a través de una subvención se utilizan con estricto destino a los fines para los que fueron concedidos.

6.2.9. DELITO: Simulación de exportaciones o importaciones (art. 320 COIP)

9.1 Tipo penal: *"La persona que, a fin de beneficiarse de subvenciones, incentivos o cualquier otro tipo de aporte o ayuda del Estado, realice exportaciones o importaciones ficticias o de al producto importado un destino diferente al que declaró para obtener el beneficio, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años".*

(325).- Sanción a la persona jurídica.- *En los delitos previstos en esta Sección, si se determina responsabilidad para la persona jurídica se sancionará con las siguientes penas:*

- 1. Multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, si el delito tiene prevista una pena de privación de libertad de menos de cinco años.*
- 2. Multa de doscientos a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general, si el delito tiene prevista una pena de privación de libertad igual o menor a diez años.*
- 3. Clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, si el delito cometido tiene prevista una pena de privación de libertad igual o menor a trece años.*

4. *Extinción y multa de mil a cinco mil salarios básicos unificados del trabajador en general, si el delito cometido tiene prevista una pena privativa de libertad mayor de trece años.*

9.2 Breve análisis:

El tipo penal del art. 320 se encuentra en la sección octava de los delitos económicos del capítulo quinto de los delitos contra la responsabilidad ciudadana, esta sección tiene dos párrafos y uno de estos contiene la disposición del art. 325; por lo tanto, al formar parte de la sección octava de los delitos económicos, es decir contempla la RPPJs.

Este delito se hace presente en las importaciones de bienes al país, (a veces mediante sociedades pantalla) mediante la utilización de partidas arancelarias distintas a la que corresponden en realidad, para lo cual se solicita al exportador en el exterior en concertación con el importador local, el envío de documentación que no corresponde a la verdadera descripción de los bienes. De esta manera se evade el pago de tributos por aranceles al Estado (o incluso se obtienen devoluciones de impuestos), quien resulta ser el tercero perjudicado por violación de la ley. En definitiva, constituye la utilización de personas jurídicas para el aprovechamiento de los beneficios del Estado en exportaciones o importaciones, como un delito que puede ser enmarcado dentro del crimen corporativo para delitos de cuello blanco, tal como se ha podido revisar en la literatura jurídica.

Este tipo de tramas son más propias de la delincuencia organizada por lo que se considera que el riesgo de comisión es **muy bajo**.

9.4 Medidas existentes:

DELITO (COIP)*	MEDIDAS YA EXISTENTES EN SEMAICA
9. Art. 320.- Simulación de exportaciones o importaciones.-	No existen

9.5 Preguntas de valoración de riesgo

1. ¿El Código de ética y conducta hace expresa referencia a este tipo de conductas? (en caso afirmativo indicar de qué manera mediante un extracto del texto)

No

2. ¿Cuenta SEMAICA con un canal de denuncias en su página web que permitan la denuncia anónima de este tipo de conductas? En caso afirmativo, ¿qué trámite se sigue con la denuncia?

No, es necesario configurarlo en el proceso de ejecución del compliance penal

3. Si llegara a ocurrir ¿existe en el seno de la compañía un procedimiento sancionador para quien las lleve a cabo?

Se sancionaría de acuerdo a lo dispuesto en el código de trabajo

4. ¿Cuenta SEMAICA con un soporte especializado permanente en el Ámbito de Comercio Exterior por Empresas externas?.

No

5. ¿Cuenta SEMAICA con Soporte Legal Interno por la Dirección Jurídica de la empresa en trámites de expropiación?

No tenemos soporte legal interno

6. Realiza SEMAICA seguimiento, liquidación y control por las áreas Administrativa y de Adquisiciones sobre importaciones de materiales o insumos requeridos para los proyectos?

Si

7. ¿Considera remotamente posible que las conductas descritas en el tipo penal se pudieran llegar a llevar a cabo en SEMAICA? Indique por favor el riesgo percibido: Muy alto/alto/medio/bajo/muy bajo/inexistente

Considero un riesgo medio ya que en obra se han realizado importaciones sin todos los sustentos y no existe un proceso de auditoría para vigilar que todas las importaciones cuenten con los justificativos del caso

CONCLUSIONES Y MEDIDAS A ADOPTAR

Conclusión: Aunque desde la dirección de SEMAICA se considera un riesgo medio (*considero un riesgo medio ya que en obra se han realizado importaciones sin todos los sustentos y no existe un proceso de auditoría para vigilar que todas las importaciones cuenten con los justificativos del caso*) en realidad este tipo de conductas para que sean delictivas tienen que ser dolosas, por lo que el riesgo de delito que de lugar a la responsabilidad penal de las persona jurídicas parece en realidad bastante bajo. En todo caso se requiere a la empresa para que atribuya la competencia a un responsable de control de toda esta documentación.

Medidas a adoptar:

- Se recomienda la creación de una figura específica o la atribución a una persona u órgano de control ya existente (bajo revisión del oficial de cumplimiento) que tendrá entre sus competencias el control de que no se utilicen partidas arancelarias distintas a la que corresponden en realidad, revisando que la documentación se corresponda a la verdadera descripción de los bienes.
- Formación específica a todos los responsables de la sociedad (quienes intervengan en la realización de exportaciones o importaciones ficticias o, a sabiendas, puedan dar al producto importado un destino diferente al declarado) sobre el delito en cuestión y sus consecuencias penales para ellos (*pena privativa de libertad de tres a cinco años*) y para la empresa (*multa, clausura o extinción*).

6.2.10. DELITO: Lavado de activos (arts. 317 y 319 COIP)

10.1 Tipo penal: (317) *"Lavado de activos.- La persona que en forma directa o indirecta: 1. Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito. 2. Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito. 3. Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en este artículo. 4. Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en este artículo. 5. Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos. 6. Ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país. Estos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas. Esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito.*

El lavado de activos se sanciona con las siguientes penas: (...) En los casos antes mencionados, el lavado de activos también se sanciona con una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en este Código, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito, de ser el caso.

(319) *"Omisión de control de lavado de activos.- La persona que, siendo trabajadora de un sujeto obligado a reportar a la entidad competente y estando encargada de funciones de prevención, detección y control de lavado de activos, omita el cumplimiento de sus obligaciones de control previstas por la Ley, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año".*

(325) Sanción a la persona jurídica.- *“En los delitos previstos en esta Sección, si se determina responsabilidad para la persona jurídica se sancionará con las siguientes penas:*

- 1. Multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, si el delito tiene prevista una pena de privación de libertad de menos de cinco años.*
- 2. Multa de doscientos a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general, si el delito tiene prevista una pena de privación de libertad igual o menor a diez años.*
- 3. Clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, si el delito cometido tiene prevista una pena de privación de libertad igual o menor a trece años.*
- 4. Extinción y multa de mil a cinco mil salarios básicos unificados del trabajador en general, si el delito cometido tiene prevista una pena privativa de libertad mayor de trece años”.*

10.2 Breve análisis: El tipo penal del artículo 317 y 319 se encuentran en la sección octava de los delitos económicos, del capítulo quinto sobre los delitos contra la responsabilidad ciudadana. El delito de lavado de activos ha sido considerado por la comunidad internacional como un problema global. Su carácter transnacional y transfronterizo, implica que sea un tema de preocupación de todas las naciones, quienes deben articular medidas que no solo se restrinjan al espacio geográfico nacional, sino que, como parte de la delincuencia organizada que lo comete, exige la cooperación de todos los entes nacionales, regionales e internacionales.

Se castiga el mecanismo por medio del que se produce una transformación de activos, en la que patrimonio obtenido por medios ilegales, se convierten a través de procesos bien determinados, en legítimos, con la finalidad de ingresarlos al comercio y dotarles de legitimidad. Los esfuerzos más recientes adoptados ha sido la regulación de esta figura delictiva en el COIP, promulgado en el año 2014, así como la adopción de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos del año 2016, constituyendo dos grandes esfuerzos en la realidad nacional para la lucha contra este problema.

El COIP sanciona el lavado de activos en el Ecuador, considerándolos además como autónomos de otros delitos que hayan sido cometidos dentro y/o fuera del país; sin eximir de ello, a la Fiscalía de emprender investigaciones para la comprobación del origen de los activos supuestos de un ilícito. Además, el mismo cuerpo penal establece las sanciones para el lavado de activos y define otras figuras derivadas del acto punible, tales como la incriminación falsa por lavado de activos (artículo 318), la omisión de control de lavado de activos (artículo 319).

10.3 Casos y jurisprudencia: Ha habido varias condenas a los directivos de empresas ecuatorianas por este delito. Uno de los casos más relevantes es el del caso Coopera

Las dos sentencias condenatorias se dictaron en los años 2014 y 2019. En concreto, la Fiscalía obtuvo una sentencia condenatoria de cuatro años de privación de libertad en contra de Marcelo V. V., por lavado de activos. El condenado, además, deberá cancelar una multa de 5'817.538 dólares, que corresponde al doble de la cantidad del dinero utilizado para cometer el delito. También acordó el comiso de los bienes de una empresa vinculada. Según los hechos probados entre octubre de 2012 y mayo de 2013, a través del Sistema Unitario de Compensación Regional (Sucre), se hicieron 84 transacciones inusuales e injustificadas por \$ 35'372.937 a 12 empresas que tenían cuentas en la cooperativa de ahorro y crédito Coopera. Estas empresas fueron utilizadas para ingresar dinero a Ecuador desde Venezuela. La mayoría tenía representantes legales con documentos falsos y las cuentas fueron abiertas con firmas falsificadas. Las compañías recibían el dinero desde Venezuela, supuestamente por el pago de exportaciones de vitaminas y productos. Sin embargo, la Fiscalía demostró que las empresas aparentaron realizar operaciones de comercio exterior, que los productos no se elaboran en el país y que fueron vendidos con precios sobrevalorados. Durante el año 2012, en la cuenta de Coopera del sentenciado, ingresaron 5'270.228 dólares. Luego, \$ 2'908.769 fueron transferidos a varias cuentas en paraísos fiscales y el resto del dinero a otras cuentas, sin que el ex oficial de cumplimiento de Coopera haya informado a las entidades de control. También se acreditó la vinculación del condenado con el manejo de la cuenta de una de las empresas ficticias, mediante la cual se envió mil dólares a un ciudadano venezolano vinculado con las exportaciones de productos sobrevalorados. Entre las pruebas documentales, la Fiscalía presentó: el estado de cuenta de Marcelo V. V., información certificada del Servicio de Rentas Internas (SRI) respecto a personas naturales y jurídicas, información remitida por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE) respecto a los valores de las exportaciones, información de la situación financiera de la cooperativa y del manejo de cuentas vinculadas. Además, más de dos mil documentos incautados durante el allanamiento a una empresa vinculada. En agosto de 2014, se obtuvo la primera sentencia condenatoria en este caso, en contra de Rodrigo A. (exgerente) y Raúl C. (ex oficial de cumplimiento) de Coopera, a quienes el Tribunal de Garantías Penales los sentenció a cuatro años de prisión y al pago de una multa de \$ 70'745.864,60, monto que corresponde al doble del dinero con el que se cometió el delito.

En el modelo español:

BLANQUEO DE CAPITALES: REALIZAR CUALQUIER ACTO PARA OCULTAR SU ORIGEN ILICITO: existencia: emplea los ingresos provenientes de la comisión de un delito de malversación de caudales públicos en la compra de empresas, adquisición de bienes inmuebles o inversión en negocios: dos delitos, unidos en concurso real; esposa que, conociendo la alta probabilidad de que el dinero procedía de la distracción por su marido de los ingresos por tributos que recaudaba, participa en el incremento del patrimonio conyugal; INSOLVENCIAS PUNIBLES: RESPONSABLE DE HECHO DELICTIVO QUE, CON POSTERIORIDAD A SU COMISION, REALIZASE ACTOS DE DISPOSICION HACIENDOSE INSOLVENTE: inexistencia: enajenan finca de su propiedad para el abono de otras deudas, sin que conste una insolvencia tan acusada como para no poder pagar. Más [TS \(Sala de lo Penal, Sección1ª\), sentencia núm. 228/2013 de 22 marzo.](#) RJ 2013\8314

Caso Mafia rusa: «Ladrones en ley» **BLANQUEO DE CAPITALES:** JEFES DE LAS ORGANIZACIONES: existencia: blanquear el dinero proveniente de la organización criminal rusa

«Ladrones en **ley**», de la que el principal acusado era el líder de la misma, a través de la creación de dos sociedades instrumentales: acreditado por los informes policiales de inteligencia de varios Estados, las declaraciones del coimputado con abundantísimas corroboraciones y el nivel de vida y la nula explicación que dio el acusado para justificar su posible origen lícito; PERSONAS QUE PERTENEZCAN A UNA ORGANIZACION: existencia: testaferros que, bajo las órdenes del líder, blanquean el dinero proveniente de la organización criminal rusa «Ladrones en **ley**», a través de la creación de dos sociedades instrumentales: acreditado por prueba indiciaria; Más [TS \(Sala de lo Penal, Sección1ª\), sentencia núm. 156/2011 de 21 marzo](#). RJ 2011\2894

BLANQUEO DE CAPITALS: ADQUIRIR, CONVERTIR O TRANSMITIR BIENES, O REALIZAR CUALQUIER OTRO ACTO PARA OCULTAR SU ORIGEN ILÍCITO O PARA AYUDAR A QUIEN HAYA PARTICIPADO EN LA INFRACCIÓN A ELUDIR CONSECUENCIAS LEGALES DE SUS ACTOS: existencia: fraude fiscal: extraer de las cuentas de **empresa** pantalla la totalidad de los beneficios y saldos de la cuenta bancaria, que se correspondían con las cuotas defraudadas en concepto de IVA indebidamente declarado como soportado a la Hacienda Pública correspondientes a los dos años en que la misma estuvo en funcionamiento, 2009 y 2010: simularon que dicho dinero se había invertido en la compra de unos terrenos en Teherán, en una fallida inversión, elaborando un contrato falso de inversión inmobiliaria internacional: autores y cooperadores. Más [AN \(Sala de lo Penal, Sección3ª\), sentencia núm. 24/2019 de 30 mayo](#). ARP 2019\1281

Caso operación Rimet **BLANQUEO DE CAPITALS:** no es necesaria la existencia de una **sentencia** condenando por el delito antecedente, siendo suficiente la acreditación previa de una actividad delictiva que da lugar al **blanqueo** de los beneficios obtenidos de ella; inexistencia: falta del delito previo al **blanqueo** ya que las presuntas comisiones ilícitas recibidas en Brasil de derechos audiovisuales de futbol no constituyen cohecho al participar entidades privadas y el delito de corrupción en los negocios no es delito en ese país, sin perjuicio de que el contrato de mediación existió con la retribución adecuada, no motivando tampoco fraude con perjuicio para tercero; realidad de la venta de **empresa** sobre actividades deportivas por presentarse su titular a la presidencia de equipo de futbol y la sociedad adquirente no realiza actividades de **blanqueo** en favor del primero, sino operaciones reales de esa naturaleza. Más [AN \(Sala de lo Penal, Sección1ª\), sentencia núm. 14/2019 de 24 abril](#). ARP 2019\815

BLANQUEO DE CAPITALS: adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes, sabiendo que tienen su origen en una actividad delictiva: es delito de resultado cortado, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes y de resultado el ocultar o encubrir su origen ilícito del art. 301.2 CP, admitiendo ambas modalidades la comisión en tentativa; existencia: de acuerdo con terceros que transfieren mediante manipulación informática desde bancos extranjeros cantidades a **empresa** para la compra de baterías, se quiere obtener la devolución del dinero aduciendo rescisión del contrato de compra, pretendiendo ocultar el origen del dinero, ayudando a los que cometieron la estafa; [TS \(Sala de lo Penal, Sección1ª\), sentencia núm. 785/2017 de 30 noviembre](#). RJ 2017\5569

Caso Fórum Filatélico **BLANQUEO DE CAPITALS:** EXISTENCIA: entramado de sociedades pantalla y testaferros, que en una compleja serie de actos, ayudan a transformar lo obtenido en otras formas de inversión o bienes. Más [AN \(Sala de lo Penal, Sección1ª\), sentencia de 13 julio 2018](#). ARP 2018\848

10.4 Medidas existentes:

DELITO (COIP)*	MEDIDAS YA EXISTENTES EN SEMAICA
----------------	----------------------------------

10. Artículos. 317 y 319 Lavado de activos.	Se cuenta con el Manual Interno de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo y otros Delitos
---	---

10.5 Preguntas de valoración de riesgo

1. ¿El Código de ética hace expresa referencia a este tipo de conductas? (en caso afirmativo indicar de qué manera mediante un extracto del texto)

Sí, en el art. 11, pero de una manera muy breve e inconcreta

2. ¿Considera que el Manual Interno de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo y otros Delitos se aplica efectivamente? ¿Cuántos reportes se han producido? (apartado 10 del Manual)

Si se aplica, se han elaborado 19 sanciones a colaboradores por entrega tardía de la declaración patrimonial, no existen sanciones al oficial de cumplimiento, la empresa recibió una multa por envió tardío del reporte de operaciones que superan el umbral (RESU) del mes de mayo 2019.

En el transcurso del año se han enviado 8 reportes de operaciones que superan el umbral. No han existido casos de Reportes de operaciones inusuales (ROII)

3. ¿Cuenta SEMAICA con un canal de denuncias en su página web que permitan la denuncia anónima de este tipo de conductas? En caso afirmativo, ¿qué trámite se sigue con la denuncia?

No, es necesario configurarlo en el proceso de ejecución del compliance penal

4. Si llegara a ocurrir ¿existe en el seno de la compañía un procedimiento sancionador para quien las lleve a cabo?

Se comprueba que sí en el Manual Interno de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo y otros Delitos, ¿se han producido sanciones (artículo 10 del Reglamento)? ¿cuántas?

Se sanciona a 19 colaboradores por no cumplir con la fecha de entrega de la declaración patrimonial. Al ser primera vez y una falta leve la sanción fue una amonestación.

5. ¿Cuenta SEMAICA con un Sistema de Prevención de Riesgos de Lavado de Activos conforme Normativa expedida por la Superintendencia de Compañías y Seguros del Ecuador?

Si, el sistema de prevención se basa en matrices de riesgos las cuales se aplican a clientes, proveedores y trabajadores como señala la normativa

5. ¿Realiza SEMAICA Auditorías Externas de Cumplimiento de las Normas de Prevención de Lavado de Activos realizado por Auditores Independientes?.

Si, la última auditoría realizada fue del año 2019 y estuvo a cargo de la empresa MICELLE.

6. ¿Cuenta SEMAICA con un Sistema de Gestión Antisoborno Certificado bajo la Norma ISO37001:2016?

No

7. ¿La entidad realiza o recibe ingresos de capital procedentes del extranjero? ¿en alguna ocasión se realiza o recibe de paraísos fiscales?

No, todos los ingresos que se han recibido en el transcurso del año han sido de origen nacional.

8. ¿La entidad recibe o ha recibido ingresos procedentes de paraísos fiscales o de tributación baja por parte de clientes?

No

9. ¿La empresa exige la documentación acreditativa de la procedencia de los capitales que gestiona o cobra?

No

10. ¿La entidad o sus clientes han sufrido algún tipo de actuación por lavado de activos?

No

CONCLUSIONES Y MEDIDAS A ADOPTAR

Conclusión: Estamos ante una de las tipologías delictivas más relevantes y que presentan especial incidencia en ámbitos empresariales, sociales y culturales como el estudiado. Las empresas que por su naturaleza son generadoras de efectivo son las más utilizadas como medio para lavar dinero ilícito, muchas de ellas las que pertenecen al sector construcción. Las actividades de construcción a gran escala mueven cientos de miles y muchas veces millones de dólares, tanto en los materiales propios de construcción y en los empleos que genera, como en la maquinaria de comercialización que se emplea. El riesgo de incurrir o entrar en contacto con empresas utilizadas para el lavado de activos solamente puede ser minimizado o eliminado en la medida que se acredite que la compañía tiene debidamente establecido e implementado el sistema para la prevención y control del lavado de activos a que obligan las disposiciones legales y reglamentarias nacionales vigentes, recomiendan diversas entidades y organismos internacionales, y subrayan tratados y convenios internacionales suscritos.

SEMAICA no tiene implantado en la actualidad el principal instrumento internacional para su prevención, el Sistema de Gestión Antisoborno Certificado bajo la Norma ISO37001:2016. Pese a ello, la sociedad cuenta con mecanismos para hacerle frente y específicamente el **Manual Interno de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo y otros Delitos** y se acredita su aplicación efectiva, dado que se han impuesto 19 sanciones a colaboradores por entrega tardía de la declaración patrimonial, no existiendo sanciones al oficial de cumplimiento. También cuenta con un **Sistema de Prevención de Riesgos de Lavado de Activos** conforme Normativa expedida por la Superintendencia de Compañías y Seguros del Ecuador, basado en matrices de riesgos las cuales se aplican a clientes, proveedores y trabajadores como señala la normativa ecuatoriana. Además, la empresa realiza Auditorías Externas de Cumplimiento de las Normas de Prevención de Lavado de Activos realizado por Auditores Independientes.

Medidas a adoptar:

- Sería deseable, aunque no imprescindible, la implantación del el Sistema de Gestión Antisoborno Certificado bajo la Norma ISO37001:2016.
- Es preciso reforzar los controles y sanciones internos, con específicos castigos para los supuestos de entrega tardía de la declaraciones patrimoniales. Es preciso que ese tipo de actos tengan consecuencias negativas relevantes.
- Continuar la realización periódica de Auditorías Externas de Cumplimiento de las Normas de Prevención de Lavado de Activos realizadas por Auditores Independientes.
- Establecer procesos claros de gestión de cobros y pagos, evitando o extremando los controles de operaciones con paraísos fiscales.
- La atribución al Oficial de Cumplimiento la obligación de velar por la existencia, funcionamiento y perfeccionamiento del sistema antilavado y el control de que no se produzcan retrasos en el envío de los reportes de operaciones y transacciones que superan el umbral RESU a la UAFE (Unidad de Análisis Financiero y Económico)
- La permanente capacitación de accionistas, directivos y personal de la empresa.
- La comunicación o reporte de Operaciones y Transacciones Inusuales e Injustificadas reporte (ROII) a la UAFE.
- La elaboración de un registro especial de operaciones, donde se anotarán determinadas transacciones del negocio, en función de parámetros dispuestos por las disposiciones legales y reglamentarias sobre el particular.

6.3 Cuadro de delitos (riesgo)

Los datos se encuentran en la matriz (documento 05B o capturas)

	DELITO (dolosos)	RIESGO INICIAL	MITIGACIÓN	RIESGO RESIDUAL
1	- delitos de lesa humanidad	No apreciado		(89 y 90)
2	- trata de personas	No apreciado		(91 y 94)
3	- delitos de diversas formas de explotación	No apreciado		(95 a 109)
4	- ocupación ilegal de suelo o trafico de tierras			(201)
5	- insolvencia fraudulenta	Apreciado		(205)
6	- trafico ilícito de migrantes			(213)
7	- producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados			(217)
8	- desatención del servicio de salud			(218)
9	- engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos	No apreciado		(235)
10	- destrucción de bienes de patrimonio cultural	Apreciado		(237)
11	retención ilegal de aportación a la seguridad social			(242)
12	- falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica	No apreciado		(243)
13	- delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama	No apreciado		(245 a 267)
14	- enriquecimiento privado no justificado			(297)
15	- delitos económicos	No apreciado		(307 a 325)
16	- lavado de activos * -Las normas de lavado de activos también hacen responsables a las	No apreciado		(317)

personas jurídicas: a) ley de prevención de lavado de activos y del financiamiento de delitos (registro oficial suplemento 802 de 21-jul.-2016 (modifica el art. 298 CP) b) Reglamento ley de lavado de activos y del financiamiento de delitos (Decreto Ejecutivo 1331-Registro Oficial Suplemento 966 de 20-mar.-2017. Art. 2.- Ámbito.- Las disposiciones de este Reglamento rigen para las instituciones y personas naturales y jurídicas determinadas en los artículos 4 y 5 de la Ley.			
---	--	--	--

El **impacto** viene determinado por la consecuencia jurídica del delito y los efectos directos e indirectos de la misma.

6.5 Pautas recomendables en relación con los proveedores

En las previsiones del Código de Conducta y en las específicas tareas del Compliance Officer se hace la necesaria referencia a los terceros que con la empresa se relacionan. No obstante, los proveedores, aun formando parte de dicha categoría de terceros, requieren una atención más específica. Desde un punto de vista económico, de responsabilidad social y, sobre todo, desde el punto de vista del plan de prevención de delitos implantado en esta entidad, los proveedores adquieren gran relevancia por lo que se hacen las siguientes recomendaciones a seguir en relación con los mismos.

I. Diligencia debida: es importante un conocimiento lo más exhaustivo posible de los proveedores: esta medida, entre otras cuestiones, pueden ayudar a la empresa a evitar el conflicto de intereses, a identificar mejor los riesgos a los que se enfrenta la empresa, a fomentar y extender la cultura de cumplimiento y, en general, ayuda al objetivo principal que es la prevención de delitos en la propia empresa. En tal sentido se recomienda:

- Conocer a los directivos y/o propietarios de las empresas que actúan como proveedores de SEMAICA
- Solicitar a los actuales y futuros proveedores (personas jurídicas y físicas) historial de los procesos judiciales a los que se vio sometido.
- Solicitar a los proveedores certificado negativo actualizado de la Tesorería General o sección correspondiente del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mostrando la conformidad de estar al corriente de las obligaciones de la Seguridad Social.
- Solicitar certificado positivo actualizado de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria a los efectos de mostrar la conformidad con las obligaciones tributarias.
- En el caso de que el proveedor tenga más clientes, solicitar el contacto de al menos dos de ellos, a los efectos de poner recabar y/o comprobar la información

relativa al desempeño de las obligaciones comerciales, de prevención delictiva si los hubiere, etc.

- Solicitar al proveedor que acredite por cualquier medio el cumplimiento de las obligaciones legales tanto generales como específicas del sector en el que se desarrolla la actividad. A tal efecto se debería acreditar el cumplimiento de la legislación en materia de prevención de riesgos laborales, protección de datos, legislación medioambiental, permisos y licencias administrativas, etc.

II. Exigibilidad a los proveedores del respeto de los principios, pautas y demás previsiones de SEMAICA en aquella parte que les pudiera afectar. A tal efecto se recomienda:

- La aceptación expresa de los principios, valores y obligaciones derivadas del Compliance Program. Esta obligación se dará por cumplida con la firma de un documento en el que el proveedor se compromete al respeto de dichos principios y valores.
- Al proveedor se le tiene que dar a conocer el Código de Conducta y reclamar su aceptación, dándose por cumplida esta obligación cuando se realice el procedimiento del punto anterior.
- Estos compromisos se deben renovar periódicamente, siendo recomendable incluirlos como anexo cuando se proceda a la renovación y/o a la celebración del contrato.
- Al proveedor se le tiene que informar de la existencia del canal de denuncias.
- En el marco de las relaciones empresariales que vincularán a esta empresa y a sus proveedores es imprescindible establecer como obligación contractual el que estos últimos adapten sus procedimientos, en aquello que pudieran afectar a la efectividad de los controles implantados por SEMAICA.

7. Manual explicativo de los delitos que podrían dar lugar a la responsabilidad penal de la empresa (formación y evaluación de su conocimiento). Remisión al apartado 6

Como documento anexo 03 (ver apartado 6) se adjunta manual explicativo acerca de todos los delitos que pueden dar lugar a responsabilidad de la empresa, según el siguiente esquema:

- a) Regulación legal (incluyendo las sanciones)
- b) Explicación de sus elementos (de manera sencilla, inteligible por personas que no están habituadas al derecho)
- c) Anexo jurisprudencial, subrayando las partes clave (se integra en el documento base 01).

d) Test de evaluación, en la medida en que es preciso acreditar el conocimiento de comportamientos que pueden dar lugar a su propia responsabilidad penal y, en particular, la de SEMAICA.

8. Valoración e instrucciones para la configuración del canal de denuncias de SEMAICA

Ø Utilizaremos la propia página web de SEMAICA (existe un sistema alternativo a través de empresas dedicadas a configurar el canal mediante una aplicación y recibir las denuncias. Se descarta ese método porque es mucho más costoso y sin embargo no es más eficaz).

Ø Debería existir una versión en castellano de la página web o al menos de este apartado

Ø Debe utilizarse el modelo de formulario (aunque algunas empresas utilizan una dirección de correo (por ejemplo [Volkswagen](#)), descartamos esa opción al revestir menos garantías respecto al anonimato.

Ø Se sugiere solicitar al responsable de la web que siga el ejemplo de la empresa Acorde Technologies (elaborada bajo la dirección de quien suscribe) para su configuración.

Ø Si es posible se debe optar por un sistema en el que permanezca oculta la IP (aunque la IP por sí sola no permitiría acceder a la información del titular de la cuenta de acceso a internet, anexo explicativo).

Ø El receptor de las denuncias debe ser la persona o personas que ostenten el puesto u órgano de oficial de cumplimiento.

Ø El uso de los canales de denuncia por parte de los trabajadores no es una opción, sino una obligación (a tal efecto se tomarán varias medidas –formación e inclusión entre las obligaciones contractuales)

Ø Como en todo el proceso, se debe dejar registro de toda denuncia, independientemente de su relevancia.

Ø En la formación a los trabadores se les va a advertirles del anonimato y consultar si todos tienen acceso a dispositivos electrónicos, pues en caso de respuesta negativa debe colocarse en la empresa un buzón físico para cumplimentar el canal. Desde la dirección de SEMAICA se afirma que por el sistema utilizado las denuncias siempre serán anónimas.

Ø Es preciso la revisión periódica (inicialmente mensual y, a partir de los 6 meses semestral del correcto funcionamiento del sistema)

Modelo existente en SEMAICA (formulario de contacto)

Silvia Guerra
Jefe Comercial

Email
s.guerra@semaica.com

Teléfono
3955600 ext 316

Envíenos un Mensaje

Nombre (*)

Email (*)

Teléfono

Mensaje

Enviar

Dirección

Av. Colón E 4-75 y 9 de Octubre, Pisos 5, 6, 7 y 8

SEMAICA
Ampliar el mapa

Mapa de Google Maps showing the location of SEMAICA in Quito, Ecuador. The map includes labels for various landmarks such as Supercentro Ferretero, Mercado de Santa Clara, Supermercados Santa María, Hospital de Clínicas Pichincha, Banco Guayaquil, and McDonald's. The SEMAICA location is marked with a red pin.

Modelo a seguir

CONTACTS

General Sales Support

Whistleblower Channel / Canal de Denuncias

f t in

Policies Sitemap Privacy Policy

Whistleblower Channel / Canal de Denuncias

Subject / Asunto *

Message / Mensaje *

Attachment / Adjunto

Seleccionar archivo Ningún archi... seleccionado Upload

Files must be less than 5 MB:
Allowed file types: gif jpg jpeg png bmp eps tiff psd pdf doc docx xlsx ppt pptx mp3 mp4 avi mov mpeg ogg wma h264 dng gpr rar zip tar zip.

Send / Enviar

• The complaint procedure is anonymous and, although the complainant may be known indirectly, there is an express commitment not to reveal his identity or take any action against it.
• While there is a stated commitment, it is recommended that people who are part of Acorde Technologies S.A. do not use their computer in the workplace to make complaints, thus avoiding any digital trace.

• El procedimiento de denuncia es anónimo y, aunque se pudiera indirectamente conocer al denunciante, existe un compromiso expreso de no revelar su identidad ni adoptar ninguna medida contra el mismo.
• Si bien existe el compromiso reseñado, se recomienda a las personas que forman parte de Acorde Technologies S.A. no utilizar el ordenador del centro de trabajo para hacer las denuncias, evitando así cualquier rastro digital.

WHISTLEBLOWER CHANNEL/CANAL DE DENUNCIAS

SEMAICA

CIRCULAR INFORMATIVA/FORMATIVA ENVIADA A LOS TRABAJADORES PROVEEDORES Y OTROS INTERESADOS

¿Qué es el canal de denuncias?

SEMAICA es una empresa comprometida con el cumplimiento normativo y por ello ha adoptado un Programa de Prevención de Delitos (Compliance Program), en virtud de la legislación penal ecuatoriana con algunos lineamientos de la legislación española. En el desarrollo de las medidas implementadas el Canal de Denuncias es una herramienta fundamental que tiene por objeto:

- Permitir a los empleados, clientes y cualquier persona relacionada con esta entidad poder poner de manifiesto, de manera anónima, actos, conductas o prácticas que contravienen los principios y valores de SEMAICA.
- Ayudar en la aplicación efectiva de las medidas adoptadas por SEMAICA, mediante la detección de comportamientos irregulares.
- Ayudar a identificar situaciones que están generando algún conflicto en la empresa.
- Contribuir a implantar de manera real una cultura corporativa basada en la integridad y la gestión responsable.
- Resolver dudas que puedan surgir en la aplicación de las pautas y demás obligaciones establecidas en virtud del Compliance Program.
- Ayudar en la actualización y mejora continua de los controles y procesos de prevención adoptado por SEMAICA.

¿Qué hace SEMAICA con las denuncias?

- El Compliance Officer es el órgano encargado de tramitar todas las denuncias.
- Todas las denuncias, salvo las que no tienen fundamento o son manifiestamente maliciosas, originarán un procedimiento interno de investigación a los efectos de comprobar los aspectos denunciados.
- Concluida la investigación se procederá a tomar las medidas necesarias para el restablecimiento de los controles, procedimientos o protocolos infringidos o a realizar aquellas actuaciones necesarias para la cesación de la actividad irregular que origina dicho incumplimiento.

Recomendaciones para los usuarios del canal de denuncias:

- El procedimiento de denuncia **es anónimo** y, aunque se pudiera indirectamente conocer al denunciante, existe un compromiso expreso de no revelar su identidad ni adoptar ninguna medida contra el mismo.
- Si bien existe el compromiso reseñado, se recomienda a las personas que forman parte de SEMAICA no utilizar el ordenador del centro de trabajo para hacer las denuncias, evitando así cualquier rastro digital.
- Es necesario que en la denuncia se explique de manera lo más exhaustiva posible las conductas o incumplimientos, así como todas las demás circunstancias que, a juicio del denunciante, se considerasen relevantes.
- SEMAICA no se hace responsable del origen y la forma en la que se han obtenido los documentos y los datos aportados en el formulario de denuncia, siendo todo ello responsabilidad exclusiva del denunciante.

FIRMA DE LOS DIRECTIVOS, UNA VEZ CONFIGURADO Y ACREDITADO EL FUNCIONAMIENTO SEGÚN EL ESQUEMA DESCRITO Y UNA VEZ ENVIADA LA CIRCULAR INFORMATIVA/FORMATIVA

9. Designación y configuración de las competencias del oficial de cumplimiento de SEMAICA

Las competencias, funcionamiento y demás detalles se articulan a través de una “Guía del oficial de cumplimiento”, que se adjunta como anexo.

A través de este documento se procede a la creación de la figura del oficial de cumplimiento.

Como se ha expuesto es el órgano al que se encomienda la supervisión del funcionamiento y la ejecución del sistema de gestión de compliance penal, otorgándole poderes autónomos de iniciativa y control a fin de que pueda desarrollar eficazmente su labor.

Describir la designación

Se adjunta Guía como anexo 02.

FIRMA ACEPTANDO EL COMPROMISO

10. Consecución del compromiso de los trabajadores

Es preciso un compromiso de la dirección/Oficial de Cumplimiento para la consecución de un compromiso de los trabajadores que especifique la obligación de denunciar, y las otras obligaciones establecidas en el presente documento y sus anexos, y determine las consecuencias en caso de incumplimiento. Se trata de una obligación derivada de lo dispuesto en la normativa penal (anexo 07).

El incumplimiento de dicha obligación es por tanto un incumplimiento de obligaciones laborales y acarreará sanciones.

11. Identificación del esfuerzo realizado en prevención (medios materiales e inversión)

Tras el análisis efectuado se constata que SEMAICA viene desarrollando un importante esfuerzo en prevención, integrando incluso medidas que no son estrictamente obligatorias como el presente programa de protección, entre otras.

A la hora de establecer los requisitos, se pueden tener en cuenta tanto los obligatorios como los que la organización asume voluntariamente o los que se consideran expectativas.

ELEMENTO	COSTO ANUAL
i) Protección de datos	
ii) Auditoría de Cuentas Anuales	
iii) Asesoramiento fiscal y laboral	
iv) Prevención de riesgos laborales	
v) Seguridad	
vi) Servidor Web y servidor de correo	
COSTO TOTAL ANUAL	

Se incorporarán como anexos los documentos acreditativos de los referidos gastos, así como el del presente programa de prevención de delitos, proceso que se irá actualizando todos los años.

FIRMA DE LOS DIRECTIVOS

12. Cláusulas de conocimiento del programa y compromiso de cumplimiento

El presente programa de prevención de delitos debe ser conocido por todos los Directivos incluyendo un compromiso final de velar por su cumplimiento, además de la aceptación de todas las cláusulas parciales que se han ido incluyendo en el mismo.

Se han ido incluyendo, a tal efecto, una serie de cláusulas de adhesión a los compromisos que refleja el mismo de los distintos órganos.

La firma del presente programa supone en general la aceptación, como uno de los valores fundamentales de la organización que las actuaciones de los miembros de la organización, **serán siempre conformes al ordenamiento jurídico**, en general, y al de naturaleza penal, en particular, promoviendo una **cultura de cumplimiento** adecuada en el seno de la organización. Se trata de ideas esenciales de

funcionamiento, que se transmiten a los dos responsables de la dirección ejecutiva de SEMAICA, en el sentido de que no basta limitarse a cumplir las directrices del presente programa, sino que es imprescindible establecer un compromiso personal de mantener un comportamiento basado en el cumplimiento normativo y en la adopción de una cultura dirigida a evitar cualquier irregularidad o infracción de carácter jurídico o meramente ético.

A tal efecto, los directivos que suscriben el presente documento, reconocen conocerlo en profundidad y no tener dudas sobre el significado de los concepto y contenido, comprometiéndose en caso contrario a solicitar a **García Falconí & Asociados** aclaración de cualquier duda o inquietud.

El órgano de gobierno debe impulsar y aprobar una política de compliance penal que exija el cumplimiento de la legislación penal aplicable a la organización, prohibiendo expresamente la comisión de hechos delictivos.

El Órgano de dirección debe asegurarse que la responsabilidad y autoridad en las funciones relevantes **se asignen y comunican en todos los niveles de la organización.**

Los responsables de cada nivel deben asegurarse de que los miembros de la organización adscritos a sus departamentos, funciones o proyectos cumplan, observen y hagan cumplir y observar los requisitos del sistema de gestión de compliance penal.

Los miembros de la organización son responsables de comprender, observar y aplicar dichos requisitos en lo concerniente a su rol en la organización.

Este documento y sus anexos constituyen **evidencia de que se han comunicado** los roles especialmente a las personas que ocupan funciones relevantes en el sistema. La organización debe **valorar la inclusión de funciones relacionadas con el sistema en la descripción de los puestos de trabajo.**

En los casos en que el órgano de gobierno, el órgano de compliance penal (oficial de cumplimiento) o el Órgano de dirección delegue la responsabilidad o autoridad para la toma de decisiones en ámbitos en los que exista riesgo penal mayor que bajo, **la organización debe establecer y aplicar un procedimiento y un sistema de controles que garanticen que el proceso de decisión y el nivel de autoridad de los decisores sean adecuados y estén libres de conflictos de interés reales o potenciales.**

FIRMA DE LOS DIRECTIVOS

13. Protocolo de funcionamiento por el que se concretan los procesos de formación de la voluntad

En el presente documento se establecen los **procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la organización**, de toma de decisiones y de ejecución de las mismas promoviendo una cultura de compliance que garantice altos estándares éticos de comportamiento.

De este modo, todas las decisiones que se puedan aproximar a los delitos/ilícitos identificados en el mapa de riesgos, deberán obligatoriamente ser tomadas por escrito, mediante la redacción de un documento firmados por directivos y miembros del Órgano de dirección.

Asimismo, ante la mínima duda de cómo proceder o del impacto jurídico de las decisiones contractuales se comprometen a pedir asesoramiento legal al respecto.

FIRMA DE LOS DOS DIRECTIVOS ACEPTANDO EL COMPROMISO

14. Los supuestos de ausencia de extinción de la responsabilidad penal - ARTS. 50/71 COIP-

El artículo 50 COIP, establece un nuevo y distinto criterio en materia de aplicación de penas a la persona jurídica al posibilitar que el Juez modere el traslado de la pena a la persona jurídica en la que se transforme, quede fusionada, absorbida, etc., en función de la "proporción" que tenga ésta en relación con la autora del hecho sancionado, originariamente responsable del mismo, incluyendo así una fórmula de modulación de la pena incorporada a ese régimen de transmisión de la responsabilidad penal.

En concreto, el art 50 COIP dispone que *tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.*

En el caso de **Ecuador**, el art. 71 al establecer la pena de disolución indica lo siguiente: *6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, Código Orgánico Integral Penal 53 en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. **En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontratación o de reactivación de la persona jurídica.***

Recientemente (16 de enero de 2019), en España, en aplicación de esta disposición, la Audiencia Nacional ha imputado (atribuido la condición de investigado al Banco Santander por la gestión del Banco Popular antes de que lo adquiriese por un euro en junio de 2017. En concreto, el juez que instruye el caso, ha decidido investigar la gestión de Emilio Caracho y Ángel Ron al frente del banco. La imputación se relaciona con la ampliación de capital acometida en 2016 y en la que se podría haber incurrido en los delitos de falsedades societarias y administración desleal contra el mercado, falsedades documentales y apropiación indebida. El magistrado acuerda imputar al Santander como persona jurídica por ser la entidad que absorbió el Popular una vez que había quebrado. Así, el banco hereda la responsabilidad penal en que pudieron haber incurrido los gestores del Popular. El auto acuerda la "sucesión procesal por absorción de sociedades, teniendo por dirigido el presente procedimiento contra Banco Santander". Así, una vez se ha realizado la absorción, el Santander adquiere en bloque y a título universal todos los elementos patrimoniales integrantes del activo y del pasivo del Popular. El magistrado utiliza el artículo 130.2 que establece que este tipo de fusión "no extingue la responsabilidad penal" que se trasladará a la entidad o entidades en las que se transforme. Así, al completar la fusión jurídica en septiembre, un año y tres meses después de quedarse el Popular, este desapareció como persona jurídica.

En tal sentido se advierte a los directivos de la sociedad que, en el caso de adquirir alguna sociedad deben comprobar exhaustivamente si las actuaciones previas de la misma podrían dar lugar a algún tipo de responsabilidad penal, que heredaría la sociedad adquirente.

FIRMA DE LOS DIRECTIVOS

15. Requisitos de verificación-actualización del programa

Los responsables de SEMAICA se comprometen por escrito a la revisión/actualización del modelo cuando se produzcan cambios sustanciales en la sociedad.

a) Verificación inicial de funcionamiento

b) Información a los directivos responsables de que la existencia de una modificación sustancial en el objeto de negocio, estructura o elementos relevantes requiere la comunicación a **García Falconí & Asociados** para la actualización del programa

16. Cuadros identificativos de las medidas adoptadas

REQUISITO	EXPECTATIVA	MEDIDA ADOPTADA
31 bis 5. 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.	Detectar dónde puede cometerse el delito para su mejor prevención	-Elaboración del mapa de riesgos, utilizando diversos mecanismos -Entrega de un manual de delitos -Formación a directivos y trabajadores -Evaluación a los trabajadores (delitos) -Evaluación a los directivos -Guía formativa a los trabajadores (sistema de responsabilidad)
31 bis 5. 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.	Limitar la actuación individual y el desconocimiento de las consecuencias delictivas	-Establecimiento de indicaciones al respecto y cláusulas suscritas por los directivos
31 bis 5. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.	Constatar que el esfuerzo en prevención es real	-Acreditación de todos los esfuerzos vinculados a la prevención y su coste
31 bis 5. 4.º Impondrán la obligación de informar de	Eficacia en la detección de comportamientos	-Cláusulas contractuales

posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.	irregulares	-Inclusión entre las obligaciones -Creación del canal de denuncias
31 bis 5. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.	Conseguir el cumplimiento de la medida anterior mediante la amenaza de consecuencias	-Cláusulas contractuales -Formación respecto a las mismas -Sistema infracciones y sanciones
31 bis 2 2.ª 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;	Responsable del control	-Asignación de función de oficial de cumplimiento -Guía del oficial de cumplimiento
Prevención general	Cultura de cumplimiento para evitar conductas irregulares	-Creación de un Código de Conducta
Prevención de cada delito	Conocer y adoptar medidas específicas	-Conocimiento y pautas establecidas en el análisis jurisprudencial (diversas cláusulas firmadas por los directivos) -Entrega de un manual de delitos -Formación a directivos y trabajadores -Evaluación a los

		trabajadores (delitos) -Evaluación a los directivos -Guía informativa a los trabajadores (sistema de responsabilidad)
--	--	---

LISTADO DE MEDIDAS GENERALES ADOPTADAS
- Elaboración del compliance (y firma de cláusulas de cumplimiento) - Elaboración del mapa de riesgos, utilizando diversos mecanismos - Entrega de un manual de delitos (a directivos y disponible para los trabajadores) - Formación a directivos y trabajadores (circulares y formación presencial en sucesivas visitas) - Guía formativa a los trabajadores (sistema de responsabilidad) - Establecimiento y aceptación de indicaciones y sistemática que concretan el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica al respecto y cláusulas suscritas por los directivos - Acreditación de todos los esfuerzos vinculados a la prevención y su coste - Creación del canal de denuncias - Suscripción diversas cláusulas de protección - Introducción de un sistema infracciones y sanciones - Asignación de función de oficial de cumplimiento - Guía del oficial de cumplimiento - Creación de un Código de Conducta - Formación a directivos y trabajadores (los trabajadores conocen todas las conductas que pueden ser constitutivas de delito y se comprometen a evitarlas) - (Test) Evaluación a los trabajadores (delitos) - (Test) Evaluación a los directivos (delitos) - Proceso de evaluación del riesgo (preguntas y respuestas)

- Aplicación metodológica de evaluación del riesgo
- Clausula de conocimiento de las consecuencias previstas en el art. 50 COIP (personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley)
- Cláusula de verificación del programa ante determinadas circunstancias
- Cláusula de conocimiento y compromiso de cumplimiento de los miembros del Órgano de dirección

DELITO	MEDIDAS ESPECÍFICAS
Remisión al apartado 6	Remisión al apartado 6

18. Índice documental-

01 Programa de prevención de (Documento base)

02 Guía del oficial de cumplimiento

03 Manual de delitos

04 Código de Conducta

05A Evaluación de riesgos

- 05B Plantilla de evaluación (matriz)
- 06A Test evaluación directivos
- 06B Test evaluación trabajadores
- 07 Sistema disciplinario
- 08 Manual formativo para los trabajadores y directivos
- 09 Compromiso de los trabajadores (delitos)
- 10 Circular WHISTLEBLOWER CHANNEL
- 11 Instrucciones Canal de denuncias
- 12 Actuaciones y compromisos

© Todos los derechos del presente documento pertenecen a su autor y han sido registrados a su nombre en el Registro de la Propiedad Intelectual de la Ciudad de Oviedo (número de registro RPI 34/g34-A/202)