

El compliance en mediadores de seguros

La reforma del código penal impacta con gran fuerza en todo el ámbito asegurador de nuestro entorno. Así, a las medidas de control interno que ya se exigían a las entidades aseguradoras y mediadores en, por ejemplo, el ámbito del blanqueo de capitales en el ramo de vida, se suman otras para intentar evitar que en el seno de las mismas se cometan determinados delitos que preocupan al legislador.

En el desarrollo del presente estudio nos centraremos en el ámbito de la mediación de seguros, tanto desde el punto de vista del corredor, como desde el punto de vista del agente de seguros, exclusivo y vinculado. No obstante, la perspectiva de la imputación de riesgo de ambas figuras varía.

El Corredor de Seguros como persona jurídica deberá velar porque las personas que tiene bajo su autoridad no incurran en supuestos de riesgo penal, pues de cometerse, sería la propia Correduría la que resultaría imputada. No obstante, la relación que les une a la compañía de Seguros según el artículo 26 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados (Ley de Mediación, en adelante), donde se contempla expresamente la independencia del Corredor, impediría que la entidad aseguradora respondiese penalmente por el delito cometido por el empleado de la Correduría

En el ámbito del agente de seguros exclusivo, la comisión de un delito por este podría provocar la responsabilidad penal de la Compañía de Seguros para la que presta sus servicios, pues la relación de dependencia y control respecto de determinados aspectos regulados en los artículos 13 y siguientes de la Ley de Mediación podrían ser idóneas para considerar que se cumpla el requisito de estar bajo la autoridad la Compañía de Seguros. Por lo tanto, la responsabilidad penal derivada de un delito cometido por un agente de seguros exclusivo podría extender hasta la Compañía de Seguros a la que presta servicios

Y ello es así porque recordemos que el art. 31.bis.1 C.P. no habla de “empleados” sino de **“personas sometidas a la autoridad de los administradores o representantes de la persona jurídica”**, lo que amplía el ámbito de control de la persona jurídica a aquellas actividades que le preste determinado personal **sin una relación laboral, pero sometido a la autoridad de la Entidad en diversos aspectos**, como podría ser por las facultades de control que a ésta le otorga un contrato de agencia. Según el artículo 2 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados, *“Se entenderá por mediación aquellas actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro.*

Igualmente, quedan sometidas a esta Ley, en aquello que le sea de aplicación, las actividades mercantiles de distribución de seguros que las entidades aseguradoras realicen a través de otros canales distintos de los mediadores de seguros.”

Por lo tanto, los riesgos penales que, de modo general podrán afectar a los

mediadores de seguros son los que se manifiesten en la actividad de presentación y propuestas en función de las necesidades del cliente, previo a la firma del contrato, así como la gestión y ejecución de dichos contratos. Al fin y al cabo, la figura del mediador no es más que la de un intermediario que cuenta con la confianza de su cliente para conseguirle los mejores productos de acuerdo a sus necesidades y gestionar la vida de los mismos en defensa de los intereses de sus clientes cuando estos han sido contratados. Los riesgos surgirán en los comportamientos que puedan aprovecharse de esa necesaria confianza del cliente, así como el fraude en las obligaciones que el propio mediador tiene con la Administración pública.

Así, se pueden identificar de un modo preliminar los siguientes riesgos penales que se manifiestan en el ámbito del ejercicio profesional del mediador:

- Riesgo de estafa.
- Riesgo de cohecho y tráfico de influencias.
- Riesgo de corrupción entre particulares.
- Riesgo de apoderamiento y revelación de secreto.
- Riesgo de delitos contra la intimidad personal y familiar.
- Riesgo de delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.
- Riesgo de blanqueo de capitales.

Nos permitimos presentar un ejemplo para mostrar cómo puede repercutir un riesgo de los descritos en la actividad de mediación, a los efectos de exponer la incidencia que tiene la reforma del Código Penal en la persona jurídica que desarrolle una actividad de mediación de seguros, así como la importancia de las medidas de *Compliance* para evitar la materialización de los riesgos.

Sin embargo, el ámbito de la mediación cuenta con una peculiaridad que puede provocar que la condena de una persona jurídica por un delito cometido por un empleado suponga la desaparición de esa sociedad. El artículo 10.1 de la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados establece como condición para poder celebrar un contrato de agencia de seguros *ser una persona con honorabilidad comercial y profesional*. Y en su párrafo cuarto contempla que:

En ningún caso podrán ejercer como agentes de seguros ni como administradores o como personas que ejerzan la dirección de las sociedades de agencia de seguros, ni como personal que participe directamente en la mediación de seguros, los que tengan antecedentes penales por delitos de falsedad, violación de secretos, descubrimiento y revelación de secretos, contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, malversación de caudales públicos y cualesquiera otros delitos contra la propiedad.

De la lectura del citado artículo se puede interpretar que el legislador prohíbe que ejerzan como agentes personas con antecedentes penales por determinados delitos,

pero ¿qué sucedería si la que tiene antecedentes es la persona jurídica? De acuerdo al nuevo escenario penal que estamos analizando, una persona jurídica puede ser condenada por delitos, por ejemplo, de revelación de secretos que haya cometido uno de sus empleados. Ello implicará que tanto la persona física como la jurídica tuviera antecedentes penales por la citada condena

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES EN EL ÁMBITO DE LA MEDIACIÓN DE SEGUROS Y MEDIDAS DE CONTROL

La actividad del mediador de seguros, como ya se ha adelantado, se encuentra basada en una relación de confianza donde el cliente le encarga al agente o la correduría que le asesore y consiga los mejores productos en el ámbito asegurador, en función de las necesidades del cliente y las características específicas del encargo.

Dicha relación se suele concretar en un encargo escrito que firman ambas partes. Precisamente, derivada de la especial naturaleza del encargo, y de la situación intermedia figura del mediador, que se debe a su cliente y depende, en parte, para realizar correctamente su función de las buenas relaciones que mantenga con las compañías aseguradoras, se identifican determinados riesgos penales que se analizarán en el presente epígrafe.

En este estudio, se pretende desarrollar las líneas básicas para la prevención de riesgos penales en el ámbito de la mediación, de tal forma que cualquier mediador pueda extrapolarla y aplicarla a su actividad profesional. Estas pueden ser implantadas tanto a las sociedades unipersonales de mediación como a las grandes corredurías de seguros, en orden a intentar prevenir la comisión de ilícitos penales en su seno que puedan provocar responsabilidad penal de la persona jurídica y del órgano de administración.

La responsabilidad por omisión del control del órgano de control ha sido examinado por el Tribunal Supremo, y en este ámbito no resulta ocioso citar la Sentencia de 24 de febrero de 2011, en donde se recuerda que:

No existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo. O dicho con otras palabras, elige permanecer pasivo y sin ejercer sus facultades superiores.

Así, parece claro que en los casos de que en el seno de una empresa se cometa un delito en ejercicio de actividades sociales, no será asumible una defensa que basada en la ignorancia del órgano de administración, pues su nombramiento lleva implícito un deber de garante que le obliga a una ejercer un control activo de las labores que se deberían desarrollar bajo sus supervisión.

a) Principales riesgos penales que afectan a los mediadores de seguros

En el siguiente cuadro se identificarán los principales riesgos penales que de manera hipotética afectan al ámbito de la mediación de seguros. Ello no impide que otros

riesgos pudieran afectar a una compañía mediadora de seguros, pero resulta necesario acotar el ámbito de incidencia de los riesgos penales al sector de actividad y naturaleza de la mediación:

Corrupción entre particulares Art.286 bis C.P.	Estafa. Art. 251.bis C.P.
Delitos contra la intimidad 193.4 C.P.	Cohecho Art. 427 C.P. / Tráfico de influencias art. 430. C.P.
	Contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Art. 310. Bis C.P.
Blanqueo de Capitales . Art. 302. C.P.	
Apoderamiento y revelación de secreto. Arts. 278 a 280 C.P.	Financiación del Terrorismo. art. 576 bis C.P.

A continuación se analizará sucintamente los riesgos penales identificados y se incluirán algunos ejemplos que ilustren el modo y la forma en que dichos riesgos podrían afectar a los mediadores de seguros:

1. Corrupción entre particulares

Tradicionalmente, la corrupción en el ámbito privado no se ha considerado un comportamiento punible en España. Los regalos, viajes y otro tipo de atenciones a los posibles clientes era (y en gran medida sigue siendo) una práctica habitual en el ámbito comercial. No obstante, y derivada de la profunda preocupación surgida en el ámbito Europeo por escándalos de corrupción, se han desarrollado determinadas directivas que han desembocado en que todos los países de la Unión Europea castiguen los comportamientos de corrupción, incluso entre particulares.

La “corrupción pasiva” se contempla en el segundo párrafo del artículo 286 bis C.P. En esta modalidad cometería el delito aquel que recibe el soborno en contra sus obligaciones profesionales. Así, cuando un directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización solicita, acepta o recibe un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza **no justificada** (soborno), con el fin de favorecer frente a terceros a aquel que se la ofrece u otorga, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

2. Estafa

Lo que se castiga en la estafa, básicamente, es la articulación de un engaño suficiente por el que se consigue un beneficio, y se causa un perjuicio

patrimonial a un tercero. La posibilidad inacabable de inventar nuevas formas de engaño, y por ende de estafa ha llevado al legislador a configurar el tipo penal de un modo genérico, exigiendo unos elementos que, conectados con la adecuada con relación de causalidad, constituyan el delito de estafa.

En esencia, estos elementos son un engaño idóneo (bastante) articulado para producir error en otro, el cual motiva un acto de disposición patrimonial que, a su vez, provoca un perjuicio económico en su propio patrimonio o en el de un tercero. El Código Penal, en su artículo 248 contempla el delito de estafa del modo siguiente:

1. *Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.*
2. *También se consideran reos de estafa:*
 - a) *Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.*
 - b) *Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.*
 - c) *Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.*

3. Cohecho

A los efectos del presente análisis, interesa examinar sobre todo qué se entiende por cohecho activo. Este comportamiento se materializa cuando un particular ofrece, promete o entrega dádiva o presente, a un funcionario o autoridad pública. Este ofrecimiento puede tener como finalidad que el funcionario o autoridad, lleve a cabo una actuación beneficiosa para el sujeto, o simplemente hacerlo en atención a su cargo. Es decir, el delito de cohecho cometido por un particular se perfecciona con el mero hecho de ofrecer – nótese que no se exige la efectiva entrega para considerar consumado el delito – a un funcionario o autoridad por el mero hecho de serlo. No es necesario por tanto que el funcionario o autoridad lleve a cabo una actuación en beneficio del particular. Por lo tanto, el autor del cohecho puede ser tanto el particular que ofrece como el funcionario o autoridad que acepta u ofrece. A los efectos de entender perfeccionado el delito no es necesario que se produzca la aceptación o entrega de dádiva, sino que el delito se consuma con el mero hecho de ofrecer. Asimismo, la resolución que se pretenda no tiene por qué ser contraria al ordenamiento jurídico, pero el mero hecho de intentar influir de una manera ilícita en la toma de decisiones de un funcionario o autoridad se considera punible en sí misma. El delito sólo podría cometerse de manera

dolosa, es decir con conocimiento de la ilicitud del hecho.

4. Tráfico de influencias

En el ámbito de las relaciones con funcionarios público o autoridad, se circunscribe el delito de tráfico de influencias, donde se castiga influir sobre un funcionario o autoridad **con la intención de conseguir una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico al sujeto activo del delito**. En concreto, y a los efectos del presente estudio, conviene centrarse en los efectos del presente estudio, en el artículo 429 del C.P., el cual establece que: *“El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviera el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”*.

El autor del delito puede ser cualquier persona que utilice su situación de prevalimiento para influir en una toma de decisiones que le pueda beneficiar a él o a un tercero utilizando la relación personal que les une de parentesco, amistad, sentimental, etc.

Para que el delito se perfeccione no es necesario que la resolución se llegue a tomar ni la efectiva producción del beneficio, pero sí que se cometa con la intención/esperanza de obtener un beneficio directo o indirecto. Este tipo delictivo sólo podrá llevarse a cabo de manera dolosa.

El riesgo penal de tráfico de influencias surge en el momento que se tiene una relación profesional con un funcionario o autoridad pública que además une una relación personal (amistad, relación familiar), en los que, entre sus funciones y debido a la actividad profesional encomendada. Dicha relación, aun siendo necesaria y perfectamente legal, conviene que sea tratada con especial sensibilidad en el ámbito de prevención de riesgos penales al implicar una interrelación con las administraciones públicas que ha de establecerse por los cauces adecuados.

5. Fraude fiscal

Las obligaciones fiscales afectan tanto a las personas físicas como a las jurídicas, por lo que la elusión de impuestos supone un ámbito intrínseco de riesgo penal que afecta a cualquier sujeto que desarrolla una actividad lucrativa.

La conducta tipificada en el artículo 305 C.P. castiga el hecho de defraudar a la Hacienda Pública, por acción u omisión, por un importe superior a 120.000 €. El citado artículo establece que:

“ El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.

La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años”

El delito de defraudación tributaria se comete, en calidad de autor, por el sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria. El tipo contempla una acción u omisión defraudatoria concretada en comportamientos como eludir el pago de tributos, de cantidades retenidas o que se hubiesen debido retener, de ingresos a cuenta de retribuciones en especie, obtención indebida de devoluciones, disfrute indebido de beneficios fiscales, etc.

El delito fiscal sólo puede cometerse de manera dolosa (con conocimiento e intención) y exige para su perfección un resultado típico, caracterizado en la producción de un perjuicio patrimonial a la Hacienda Pública en un quantum superior a 120.000€, referido a la cuota defraudada, y que esta situación no se hubiese regularizado de un modo voluntario antes del comienzo del proceso administrativo de comprobación o inspección, o de la interposición de denuncia o querrela contra el obligado tributario por delito fiscal

6. Fraude a la Seguridad Social

Las obligaciones que los empresarios tiene de contribuir a la Seguridad Social en la parte proporcional que les corresponde, tiene la consecuencia de que la defraudación a esta, en un importe superior a 50.000 € en cuota defraudada, podría provocar la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues el hecho de eludir el pago genera un provecho esta.

De manera similar el tipo penal expuesto en el epígrafe anterior, el artículo 307 contempla expresamente la acción u omisión de defraudar a la Seguridad Social como comportamiento punible. El artículo 307 C.P. establece que:

“El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto

asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo”

El fraude a la Seguridad Social podría cometerse, tanto eludiendo el pago de las cuotas como por la obtención indebida de devoluciones o deducciones. Para que la conducta sea penalmente reprochable se ha de causar un perjuicio a la Seguridad Social superior a 50.000 €, por lo que se exige un resultado concreto y determinado, por lo que si se hubiera regularizado la situación - se haya, en términos del artículo 307.3 C.P., procedido completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras o se haya interpuesto denuncia o querrela contra la sociedad – no se castigaría penalmente este comportamiento. Este delito no admite la comisión imprudente, por lo que debe ser llevado a cabo con conocimiento e intención de ejecutarlo.

Este delito se comete en concepto de autores por aquellos que legalmente estén obligados a efectuar el ingreso en la Seguridad Social o presentar documentación a los efectos de aplicarse devoluciones o deducciones. Según el artículo 104 de la Ley General de la Seguridad Social corresponde, *“el empresario es el único sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad”*.

El riesgo penal de este delito se concentrará, por tanto, en los departamentos encargados de gestionar y calcular el pago debido a la Seguridad Social en función de los trabajadores empleados por persona jurídica, así como la procedencia de la aplicación de las bonificaciones.

7. Blanqueo de Capitales/Financiación del terrorismo.

El delito de blanqueo de capitales se concreta, básicamente en realizar distintas acciones para ocultar el origen delictivo de los activos, y facilitar la incorporación al circuito legal de los bienes que, por su origen delictivo no podrían ser utilizados con apariencia de legalidad. La reforma del Código Penal ha incluido como conductas punibles los comportamientos de “poseer y utilizar” los bienes con origen delictivo, por lo que ha ampliado los comportamientos que podrían ser calificados como punibles, por lo que el mero hecho de poseer determinado activos con origen ilícito, según el tener literal del artículo, podría perfeccionar el hecho delictivo. Este riesgo tiene especial importancia en el sector de la mediación de seguros, ya que según la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención de Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, serán sujetos obligados, entre otros, las **entidades aseguradoras** autorizadas para operar en el ramo de vida y **los corredores de seguros** cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con inversiones, con las excepciones que se establezcan reglamentariamente (art. 2.1.b). Ello conlleva una serie de obligaciones (identificación, comunicación operaciones sospechosas, etc) que en caso de ser incumplidas podrían suponer un ámbito de riesgo penal de blanqueo de capitales.

Y ello es así porque el delito de Blanqueo de Capitales puede ser cometido por imprudencia grave, con lo que la desatención de las obligaciones impuestas por la Ley 10/2010 podría provocar la imputación de la persona jurídica, si un tercero ha blanqueado capitales utilizando los servicios contratados al mediador.

8. Delito de apoderamiento y revelación de secreto

La información reservada o confidencial de las personas físicas o jurídicas tiene un grado de protección penal, castigándose el hecho de apoderarse de tales secretos con la finalidad de revelarlo en el artículo 278 C.P. Si además de apoderarse, se llegara a revelar o utilizar la información reservada, se castigaría de un modo más grave la conducta.

Secreto de empresa será cualquier aspecto de conocimiento reservado que afecte a la capacidad competitiva de la empresa. Se exige que el sujeto activo del delito – que puede ser cualquier persona – se apodere de secretos con la intención de descubrirlo. El apoderamiento puede ser físico de un modo subrepticio o de captación mental o intelectual de información confidencial plasmada en documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos.

Los secretos pueden ser de distinta naturaleza, como la industrial (investigaciones en I+D, procedimientos específicos e fabricación, etc), los relativos al sector comercial (estrategias comerciales, productos innovadores, listado de clientes confidenciales, estudios de mercado, etc) o incluso referentes a la organización interna siempre que sea valiosa para los competidores (proyectos de reestructuración, situación financiera, etc).

9. Delito contra la intimidad

La intimidad personal y familiar encuentra su protección en el ámbito penal en el artículo 197 C.P., desde la privacidad de documentos y mensajes de texto o audio, hasta la utilización ilícita de datos en perjuicio de terceros, así como el acceso ilegítimo a sistemas informáticos.

El derecho fundamental a la intimidad se encuentra contemplado en el artículo 18.1 C.E, y su protección penal se configura en el ámbito penal en el artículo 197 C.P. del modo siguiente:

- *El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*
- *Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos,*

electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

- *El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.*

El artículo 197.1 C.P. castiga el apoderamiento de documentos y efectos personales, así como el control auditivo y/o visual clandestino por medio de interceptación de grabaciones o utilización de artificios técnicos de escucha. Son aptos para la comisión de este delito todos aquellos objetos que permitan un acceso ilícito al ámbito espacial de la intimidad de un tercero. Se tutelan datos, efectos personales, noticias, comunicaciones, etc, que deben quedar a reserva del conocimiento de los demás por voluntad expresa o tácita del titular.

Este delito debe cometerse de un modo doloso, y requiere de un elemento subjetivo específico: la intención de descubrir o vulnerar la intimidad de otro. No obstante, la perfección del delito no requiere que finalmente se descubra el secreto, sino que la mera intención de llevarlo a cabo consumaría el delito.

Las conductas típicas contempladas en el artículo 197.2 C.P. amplían el ámbito de protección a los datos personales. Así, se tipifican las acciones de apoderamiento, utilización o modificación, sin autorización para ello, de datos reservados de carácter personal que se hallen automatizados o que obren en cualquier tipo de archivo o registro público o privado. Para que el delito se perfeccione se requiere el perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

10. Principales controles que pueden utilizarse para prevenir riesgos penales

En el ámbito de los controles de riesgo, ya sean penales o de otra clase, se establece un primer nivel, donde se sitúan los controles de ámbito general y que afectan a toda la organización, y un segundo nivel donde se encuentran los controles específicos, que han sido pensados y diseñados para prevenir y controlar riesgos concretos. Un control específico diseñado para un riesgo concreto, en muchas ocasiones puede ser útil para prevenir otro tipo de riesgos interconectados. Por ejemplo, el hecho de que exista un procedimiento de revisión de contratos por una asesoría jurídica antes de su firma, puede servir para prevenir el riesgo de estafa, pero también el de blanqueo de capitales. Como ejemplo de los controles de primer nivel al que nos referimos, se pueden nombrar a modo de ejemplo, los siguientes, que estarán más o menos desarrollados en función de la complejidad y tamaño de la empresa.

- Código de conducta/ Código ético aplicable a todos los miembros de la

empresa.

- Política y sistema de Control Interno de Riesgos.
- Canal de denuncia de comportamientos poco éticos (whistleblowing) de ámbito interno o externo.
- Política general anti fraude.
- Auditorias externas.
- Certificaciones de calidad.
- Responsable en la empresa del cumplimiento legal.
- Formación al personal.

Los controles de segundo nivel serían los específicos de cada riesgo identificado. A continuación se pondrán un par de ejemplos de cada control específico que podrían ser aplicables a cualquier persona jurídica. Lo importante es que el empresario mediador de seguro se plantee si el riesgo penal le podría ser aplicable, y si sería plausible implementar algún tipo de control para prevenir la materialización de estos riesgos. Los controles elegidos son aquellos que podría incorporar una empresa de pequeño tamaño sin demasiado gasto de recursos y personal para ello. Ello no quiere decir que los controles que a continuación se desarrollan sea los únicos aplicables, sino que se incluyen a los efectos de exponer un modo de controlar los riesgos penales identificados al mediador de seguro, y con ello desarrollar el debido control que el legislador exige al administrador y representante de las personas jurídicas.

Tipo de riesgos penales	Controles
Cohecho	Procedimiento interno que regule la relación con los funcionarios públicos y autoridades. Procedimiento de aceptación/entrega de regalos (incluyendo o no un límite en el valor del regalo).
Tráfico influencias	Norma interna que regule el modo de actuar ante la relación personal de un empleado y un funcionario encargado de dictar resolución que afecte a la empresa. Regulación expresa de las situaciones de

	conflicto de interés y patas de actuación.
Estafa	Servicio de atención de las reclamaciones de los clientes a través de un canal específico (email, línea teléfono, etc) y de un encargado responsable de atender reclamaciones de un modo centralizado. Procedimiento de revisión de contratos por la asesoría jurídica y vises obligatorios de las áreas afectadas antes de proceder a su firma.
Contra la intimidad	Procedimiento interno que regule el acceso y la supervisión del correo electrónico corporativo y el uso de internet por parte de la empresa (este procedimiento debe ser comunicado a los trabajadores con carácter previo al monitoreo de correos o vista de páginas) Auditorias externas bienales de tratamiento de datos personales. Documentos de seguridad de datos.
Blanqueo de Capitales/ Financiación Terrorismo	Manual de Prevención de Blanqueo Capitales y Financiación Terrorismo. Prohibición de recibir pagos en metálico o aceptar transferencias de las que se desconozca su origen.
Apoderamiento/ revelación secreto	Norma interna que prohíba utilizar documentación de otras empresas que no sea pública. Anexo contrato trabajo donde se informe al trabajador que se va a contratar que la empresa no aceptará que se utilice documentación o información reservada obtenida en su anterior puesto de trabajo.
Delito fiscal	Segregación de funciones respecto a las tareas contables y financieras. Adhesión al Código de Buenas Prácticas Tributarias
Delitos contra la seguridad social	Segregación de funciones respecto a la información y pago a la Tesorería General de la Seguridad Social. Procedimiento interno pago cuotas Seguridad Social.

11. CLASES DE FRAUDE

Existen distintos criterios para clasificar el fraude (Por áreas de negocio/AI, por ramos,...) pero acudimos al elemento personal del acto:

A. Fraude interno Es un acto intencionado, que persigue un beneficio, realizado de forma ilícita y, además, cuenta con la colaboración o participación de una persona vinculada a la Entidad. Este es el tipo de fraude más común, a pesar de ser más relevante el externo.

En este sentido, se entenderá que existe lucro o beneficio personal si el hecho provocado por acción u omisión persigue la mejora de la valoración del desempeño, facilita el cumplimiento de objetivos, permite la mejora de incentivos o pretende ocultar determinados hechos o situaciones que pueden influir negativamente en estas valoraciones. En la definición indicada tenemos una condición adicional para identificar el Fraude Interno:

- **Necesidad de colaboración o participación interna**

Se considerará que una persona se encuentra vinculada a la entidad en los siguientes casos:

- Directivos, técnicos, administrativos, subalternos, etc. que estén empleados por la entidad.
- Personas facilitadas por una empresa de trabajo para desarrollar tareas de empleado bajo supervisión de la entidad.
- Personal jubilado que realice funciones de asesoramiento mientras actúe en calidad de asesor.
- Personas contratadas por la entidad como asesores mientras actúen en calidad de tales.
- Personas en prácticas o becarios que desarrollen su actividad en los locales de la entidad.
- Cualquier persona que preste servicios a la entidad financiera, mientras se encuentre bajo supervisión de la misma (agentes, etc.).

Para una entidad resulta interesante, la clasificación de doble entrada que relacione los elementos personales de una entidad con los distintos tipos de actividades, atendiendo al criterio personal de cada entidad. Así por ejemplo, será más probable la utilización de información privilegiada por los administradores, las estafas por criminales, la apropiación indebida por los proveedores o los clientes, las transacciones fraudulentas por empleados, etc.

Es necesario prueba evidente de esta participación obtenida mediante

investigación interna, denuncia y/o fallo judicial y se haya identificado a el/los responsable/s. Para ello, es necesario la segregación de funciones, la monitorización de eventos y control específico de los canales de distribución y de las inversiones y cartera de riesgos.

Respecto a la clasificación de eventos a un nivel inferior, en función del rango de norma incumplida:

- **Fraude Interno. Hurto y Fraude:** cuando la acción pueda ser tipificada como delito según la legislación vigente (Código penal...) y sea sancionable por los órganos jurisdiccionales.
- **Fraude Interno. Actividad no autorizada:**
 - Cometido por una persona vinculada a la entidad.
 - Animo de obtener beneficio para sí mismo o para un tercero sea o no ganancia económica.
 - Trasgresión o incumplimiento de la política, normas y procedimientos internos de la entidad y facultades o atribuciones otorgadas sin que la acción pueda ser calificada de delito.

En consecuencia con lo anterior, cuando no existan los elementos anteriores, toda actividad no autorizada deberá ser clasificada dentro de alguno de los subgrupos de *“Prácticas con clientes, productos y negocios”* o de *“Ejecución, entrega y gestión de procesos”*.

- **Fraude Interno. Seguridad de los Sistemas**

Toda acción, cometida por personal interno de la Entidad, que persigue la obtención de beneficio mediante el acceso y utilización indebida de ficheros informáticos, vulneración de la integridad de los sistemas puestos a disposición de empleados o terceras personas y alteración o utilización no autorizada de las aplicaciones e informaciones electrónicas.

B.- Fraude externo

Cuando en un acto se verifique la existencia de intencionalidad, ánimo de lucro e ilicitud; pero no exista prueba suficiente de colaboración o participación de una persona vinculada a la entidad el evento se calificará como **“Fraude externo”**. Se debe desarrollar una política específica de identificación formal y real de clientes, una política contractual uniforme, una monitorización de aquéllos incluidos en actividad de negocio susceptible de una supervisión reforzada. En el aspecto económico, es especialmente relevante el control de las comisiones cobradas no devengadas, las retrocesiones,... Valoración: Todos los conceptos y costes adicionales derivados del acto principal, por ejemplo, daños en activos fijos de la Entidad derivados de robos, asaltos y

atracos, o de su intento de cometerlos, pérdidas o daños humanos derivados de secuestros y sus eventuales rescates.

- **Fraude externo. Seguridad de los Sistemas:** Pérdidas provocadas por una acción externa mediante el acceso sin autorización, la vulneración de la integridad de los sistemas informáticos de la entidad utilizando las líneas de comunicación existentes, o las utilidades puestas a disposición de terceros, o suplantando la imagen de la Entidad para inducir a los clientes a facilitar información propia de carácter privado. En aquellos hechos de esta naturaleza, en que no exista ánimo de lucro, sino que se persiga el deterioro, destrucción o mal funcionamiento de los sistemas (dolo), podría incluirse en otros apartados como “fallo en sistemas”. Dependerá de los criterios mencionados y la estructura que tenga la entidad.
- **Fraude externo. Hurto y Fraude:** El resto de actividades voluntarias, ilícitas, con ánimo de lucro, constitutivas de delito, realizadas contra la voluntad de su dueño, mediante engaño o simulación, empleándose violencia o intimidación sobre las personas o fuerza en las cosas; se incluirá la sustracción de soportes magnéticos, bases de datos, información confidencial (códigos de acceso, claves, relación de contratos, etc.) mediante algún procedimiento físico.