

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y los programas de Compliance Penal

La Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, introdujo en la legislación penal española una de las modificaciones más sustanciales en el derecho penal empresarial. El artículo 31 bis del Código Penal establece que cualquier persona jurídica, incluidas las sociedades mercantiles, pueden ser sujetos responsables, al margen de las concretas personas físicas que las integren, y de ser por ello sancionadas con auténticas penas.

Delitos

Las personas jurídicas penalmente responsables solo pueden serlo por los concretos treinta y un delitos que expresamente señala el Código Penal que pueden dar lugar a su responsabilidad. Entre los delitos propios o más habituales del ámbito empresarial:

- ✓ Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197).
- ✓ Estafas propias e impropias (art. 251 bis).
- ✓ Insolvencias punibles: alzamientos y concursos punibles (art. 261 bis).
- ✓ Daños informáticos y hacking (art. 264).
- ✓ Delitos contra la propiedad intelectual e industrial (art. 288).
 - Delitos contra el mercado y los consumidores (art. 288). Incluyen a su vez:
 - Descubrimiento y revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280).
 - Desabastecimiento de materias primas (art. 281).
 - Publicidad engañosa (art. 282).
 - Fraude de inversores y de crédito (art. 282 bis).
 - Facturación fraudulenta (art. 283).
 - Manipulación de cotizaciones en los mercados (art. 284.1 y 2).

- Abuso de información privilegiada (arts. 284.3 y 285).
- Facilitación ilegal de acceso a servicios de radiodifusión y televisión (art. 286).
- Corrupción entre particulares y deportiva (art. 286 bis).
- ✓ Blanqueo de capitales (art. 302).
- ✓ Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis).
- ✓ Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis).
- ✓ Delito sobre la ordenación del territorio (art. 319).
- ✓ Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 327 y 328).
- ✓ Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343).
- ✓ Delitos de riesgo provocado por explosivos (art. 348).
- ✓ Cohecho (art. 427).
- ✓ Tráfico de influencias (art. 430).
- ✓ Corrupción de funcionario extranjero (art. 445).

Atribución del delito

Las personas jurídicas podrán ser consideradas penalmente responsables de cualquiera de los delitos señalados o, podrán ser penalmente condenadas como autoras de un delito, en dos supuestos:

1. Cuando alguno de sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho, haya cometido un delito por cuenta y en provecho de la persona jurídica.
2. Cuando en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, se haya cometido el delito por uno o varios de sus empleados, siempre y cuando el hecho punible haya sido posible por no haberse ejercido el debido control sobre su persona y actividad, por los legales representantes o administradores.

Es por ello, que el segundo criterio o forma de responsabilidad conlleva una serie de consecuencias de enorme relevancia para las personas jurídicas. Este sistema de supervisión y control del cumplimiento normativo que afecta a las empresas se conoce como “Corporate Compliance”.

Sistema de penas

Se trata de siete tipos de penas creadas para imponerse específicamente a las personas jurídicas con la consideración de penas graves, independientemente de su duración.

- Multa por cuotas o proporcional.
- Disolución de la persona jurídica.
- Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Clausura de sus locales y establecimientos por no más de cinco años.
- Prohibición definitiva o temporal de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- Inhabilitación por no más de 15 años para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales o de Seguridad Social.
- Intervención judicial por no más de cinco años a favor de acreedores o trabajadores.

Corporate Compliance

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas conlleva la exigencia de una obligación de debido control por parte de los representantes legales, ante el hecho de que la sociedad esté expuesta a cometer una serie de delitos y ser condenada por ello.

Este nuevo escenario implica que las sociedades, a través de sus legales representantes, deberán dar estricto cumplimiento a esta nueva y fundamental obligación, mediante la implementación de los debidos sistemas de control de cumplimiento normativo y prevención del delito, con el fin de intentar evitar que la sociedad incurra en contingencias de tipo penal y, sus administradores, en riesgo serio de responsabilidad personal.

Solo mediante la implementación de un debido sistema de prevención de delitos, podrá evitarse la condena a la sociedad. El modelo de organización y gestión que deben implantar las empresas, el nuevo Código Penal indica expresamente que debe cumplir los siguientes requisitos:

- **Mapa de riesgos penales.-** El Legislador exige en primer lugar a la empresa que disponga de un análisis de los riesgos penales derivados de todas las actividades llevadas a cabo por la Compañía.
- **Protocolo de toma de decisiones.-** Una vez efectuado el análisis de riesgos penales de la Compañía, es necesario, entre otras medidas de prevención de delitos, el establecimiento de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la empresa, de adopción de decisiones y de ejecución en las mismas.
- **Recursos financieros.-** El nuevo Código Penal exige a la empresa que destine medios materiales y humanos para llevar a cabo la actividad de prevención de riesgos penales.
- **Canal de comunicación:** El Código Penal impone la obligación de crear un canal de comunicación en el seno de la empresa que permita informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención de delitos.
- **Sistema disciplinario.-** El Código Penal exige también que se establezca en el seno de la compañía un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas de prevención de delitos que establezca el modelo.
- **Verificación periódica.-** El Legislador exige la implantación de un sistema de prevención de delitos permanente y por ello exige una verificación periódica del modelo de prevención de delitos y 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 lo hagan necesario.

Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado

El pasado 22 de enero, la Fiscalía General del Estado ha publicado la Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas que ha venido a clarificar alguno de los aspectos de la normativa.

Los modelos de organización o gestión o corporate compliance no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial pues de otra manera se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como un seguro frente a la acción penal.

La Fiscalía insiste sobre el hecho de que estos modelos o planes no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. La exención es aplicable para el caso en que efectivamente se hayan adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o reducir el riesgo de su comisión de forma significativa, y que en el ámbito de la supervisión no ha existido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control.

La Fiscalía, sin embargo, insiste en las siguientes pautas:

- ✓ Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito.
- ✓ Los modelos deben estar perfectamente adaptados a la empresa en cuestión y a sus concretos riesgos. No cabe la copia de modelos de otras empresas sin una adaptación adecuada.
- ✓ El análisis de riesgos deberá hacerse por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones. A este respecto, en relación a las empresas de cierto tamaño, se recalca la importancia de la existencia de aplicaciones informáticas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa.
- ✓ Con relación a los protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción y de ejecución de decisiones, se han de garantizar altos estándares éticos, de manera singular en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los órganos de administración.
- ✓ El modelo adoptado no sólo debe tener una eficacia preventiva sino también de detección de conductas criminales.



AU160628 JUNIO 2016

atINFORMA

Paseo de Ronda, 26 1º | 15011 A CORUÑA | T 981 145 333 | F 881 240 926 # Serafín Avendaño, 18 of. 3 | 36201 VIGO | T 986 119 454 | F 881 240 926

- ✓ A los efectos de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos, resulta de especial importancia el establecimiento de canales de denuncia sin posible represalia, así como un sistema disciplinario basado en un código de conducta.

Empresas de reducida dimensión

En el caso específico de las empresas de reducida dimensión, las funciones de supervisión podrán ser llevadas a cabo por el propio órgano de administración, el cual, deberá lo más rápidamente posible determinar un comité, que deberá identificar las actividades concretas (procesos, áreas o departamentos) donde se puedan cometer delitos, a fin de aislar los concretos riesgos que afectan a la compañía.