



COMPLIANCE GUIDE: LA PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES EN LA EMPRESA

ALEJANDRO PÉREZ GARCÍA
Abogado¹

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Tradicionalmente, en el derecho español tan sólo podían tener responsabilidad penal por la comisión de delitos o faltas las personas físicas. En el ámbito jurídico solía utilizarse la expresión *societas delinquere non potest* para referirse a esta realidad. No obstante, la influencia del derecho anglosajón y las decisiones marco de la Unión Europea en materia penal han llevado a una destacada evolución del derecho penal

¹ Alejandro Pérez García es Abogado del área de empresa y derecho penal del Grupo Asesor Ros.

español, que ha incorporado ya a nuestro sistema jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fue en el año 2010 cuando por primera vez se introduce en el Código Penal español la responsabilidad penal de las personas jurídicas, operando un cambio de enorme trascendencia tanto para los juristas como para los administradores, directivos y socios de las compañías españolas. Tras cinco años que podríamos calificar como de “ensayo” del nuevo sistema penal, en 2015 entrará en vigor un nuevo Código Penal que refuerza de forma notable la responsabilidad penal de las personas jurídicas, clarifica algunas dudas que en la práctica se habían suscitado entre los operadores jurídicos e instaura los sistemas de prevención de riesgos penales en las empresas.

CATÁLOGO DE INFRACCIONES PENALES

Es preciso tener en cuenta que no todas las infracciones penales pueden derivar en responsabilidades para la persona jurídica. El Código Penal contiene un catálogo tasado de delitos de los que puede tener que responder una empresa. Sin embargo, la realidad de las cosas es que dicho catálogo es tan amplio que convierte en ineludible la instauración de un sistema de prevención de riesgos penales en la empresa. La sociedad puede acabar siendo responsable entre otros de delitos de estafa; insolvencias punibles; delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores; falsedad en medios de pago; daños informáticos; delitos contra la intimidad y allanamiento informático;

delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social; blanqueo de capitales; delitos de construcción, urbanización o edificación ilegal; delitos contra el medio ambiente; cohecho; tráfico de influencias; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; delitos contra la salud pública, y un largo etcétera.

ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

De conformidad con lo que establece el artículo 31 bis del nuevo Código Penal, actualmente en tramitación parlamentaria y que se prevé pueda entrar en vigor a mediados de 2015, la persona jurídica será responsable de la comisión de un delito por una persona física en dos supuestos. En el primero de ellos, responderá *“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.”* El segundo supuesto de responsabilidad de la persona jurídica se produce en el caso *“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.”*

SUPUESTOS DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El cambio más significativo de la reforma penal en tramitación este año 2015 es que se prevén en la Ley 4 supuestos concretos en que la persona jurídica quedará exonerada de responsabilidad penal, que son los siguientes:

1. Si 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. Si 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. Si los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención de la compañía.
4. Si 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 segunda.

Es importante precisar que estas cuatro condiciones deben cumplirse en su totalidad para que opere la exención de responsabilidad penal para la persona jurídica.

LAS CONSECUENCIAS PENALES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

Tener articulado un buen sistema de prevención de riesgos penales en la empresa no es una cuestión menor, puesto que las consecuencias de una hipotética condena para la empresa pueden ser gravísimas. Piénsese que lo mínimo que le puede ocurrir a la sociedad es una pena de multa de entre 300 euros y 9 millones de euros. Pero es que además el artículo 33.7 del Código Penal prevé penas como la prohibición para la empresa de realizar las actividades en cuyo ejercicio se ha delinquido, la inhabilitación para obtener subvenciones o la prohibición de contratar con la administración, lo cual en determinadas empresas puede llegar a ser determinante de su propia subsistencia. El nuevo Código Penal incluso instaura la *pena capital* para las empresas, en tanto en cuanto el artículo 33.7 llega a contemplar que el Juez acuerde la disolución de la empresa. También se prevé la posibilidad de suspender las actividades de la mercantil o la clausura de sus locales por un período de hasta 5 años, e incluso la posibilidad de intervenir judicialmente la propia empresa. Como es de ver, no se trata de cuestiones menores, sino de un riesgo de la máxima

importancia para el futuro de cualquier compañía que todo administrador mínimamente diligente debe prever y gestionar.

TENDENCIAS DE FUTURO

La realidad de las cosas es que las empresas españolas se verán envueltas en un futuro inmediato en un creciente número de asuntos penales que deberán abordarse con sumo cuidado y preparación. Esto será así por evidencias como el hecho de que el plazo de prescripción de determinadas figuras delictivas es más extenso para el caso de las personas jurídicas que para las personas físicas, de tal forma que prescrita la posibilidad de emprender acciones penales contra la persona física responsable, al querellante se le abre la posibilidad de accionar contra la empresa. También se intentará por parte de las acusaciones involucrar a las empresas en estos procedimientos, por cuanto siempre se verá en el patrimonio empresarial mayores posibilidades de *éxito económico* en la formulación de una querrela, ante los más elevados riesgos de insolvencia de los trabajadores o colaboradores de una empresa.

LA COMPLIANCE GUIDE, O SISTEMA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES EN LA EMPRESA

Al objeto de prevenir todos estos riesgos y conseguir que la empresa quede exenta de responsabilidad penal, es preciso instaurar una *compliance guide*, o sistema de prevención de riesgos penales en la empresa. Con este objetivo, en el GRUPO ASESOR ROS



hemos desarrollado un sistema de trabajo basado en el *United States Sentencing Comissions Guidelines Manual*, y en las directrices del Decreto legislativo italiano 231 de 8 de junio de 2001, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas derivada de la comisión en su seno de ilícitos penales. También hemos extraído experiencias interesantes de la legislación española de prevención de riesgos laborales. Con todo ello, y la experiencia acumulada en el asesoramiento jurídico de empresa, hemos desarrollado lo que llamamos sistema ROS de prevención de riesgos penales, que estructuramos en tres ejes de actuación: Regular, Organizar y Supervisar (ROS).

En la primera fase, la de Regulación, efectuamos un análisis y procesamiento de datos de la empresa con los administradores, directivos y trabajadores de la compañía, tras lo que elaboramos el *mapa de riesgos penales* de la compañía. Definidos los riesgos, elaboramos un código de conducta de la compañía y la *compliance guide*. Un paso esencial en esta fase es la implementación de un adecuado programa de formación para los trabajadores de la empresa y su compromiso con los objetivos de la prevención penal.

La segunda fase, la de Organización, es tan importante como la primera. De nada sirve tener instaurado una buena *compliance guide* si no es más que papel mojado en una estantería de la empresa. Hay que designar un *compliance officer* o responsable de cumplimiento en la compañía, instaurar un sistema interno de denuncia e investigación de delitos y

poner en marcha un catálogo efectivo de infracciones y sanciones.

Por último, no podemos olvidar una última fase de Supervisión, basado en una auditoría externa anual que nos informe del grado de cumplimiento del plan, actualice el mapa de riesgos penales de la empresa y revise tanto el código de conducta como el plan de prevención de riesgos penales.

Cumplimentadas las tres fases del sistema ROS (Regular, Organizar y Supervisar), la empresa estará preparada para afrontar los retos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En Elche, a veinticuatro de marzo de dos mil quince.