

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURIDICA Y CORPORATE COMPLIANCE

M^a Teresa Moral
Begoña González
Fundesem Business School, febrero 2015

I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

a) CONTENIDO DE LA REFORMA.

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 desde la aprobación del Código Penal de 1995.

La modificación legal más relevante consistió en la abolición de nuestro ordenamiento jurídico penal del viejo aforismo romano *societas delinquere non potest*, según el cual una persona jurídica no podía cometer delitos.

Con ello, la reforma convierte a las personas jurídicas en sujetos inmediatos del Derecho Penal susceptibles de cometer delitos, al margen de las concretas personas físicas que las integren, y de ser por ello sancionadas con auténticas penas.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se modula en torno a diferentes artículos que vienen a establecer un verdadero estatuto penal – un cuasi Código Penal - de las personas jurídicas. Este estatuto abarca el ámbito subjetivo o posibles sujetos penalmente responsables, los concretos delitos que van a poder activar esta responsabilidad penal y, entre otros, el sistema de penas previstas para las personas jurídicas penalmente responsables.

b) ESTATUTO PENAL

Ámbito subjetivo:

El artículo 31 bis del Código Penal establece que cualquier persona jurídica, incluidas las Sociedades mercantiles Estatales, pueden ser sujetos responsables.

Se excluyen expresamente de esta nueva responsabilidad penal:

- Estado.
- Administraciones Públicas territoriales o institucionales.
- Organismos Reguladores.
- Agencias y Entidades Públicas Empresariales.
- Organizaciones internacionales de derecho público.

- Otras personas jurídicas que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.
- Salvo que cualquiera de las anteriores hubiera sido creada con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Aunque inicialmente los partidos políticos y los sindicatos se encontraban incluidos en la relación de personas jurídicas excluidas, tras la reforma operada por L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, se elimina dicha exclusión, por lo que los partidos políticos y sindicatos pueden ser ya sujetos penalmente responsables.

☐ 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.

El elenco de delitos que pueden ser cometidos por una persona jurídica puede dividirse en dos grupos, atendiendo a su habitualidad en el ámbito empresarial.

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).

❑ Criterios de atribución:

El criterio elegido por la reforma para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas es doble. De esta forma, las personas jurídicas podrán ser consideradas penalmente responsables de cualquiera de los delitos señalados o, lo que es lo mismo, podrán ser penalmente condenadas como autoras de un delito, en dos supuestos:

- (i) 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.
- (ii) 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 debido control se conoce como "*Corporate Compliance*".

❑ Sistema de penas:

El elenco de penas aplicables a las personas jurídicas se establece en el apartado 7 del artículo 33 del Código Penal. 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.

II. CORPORATE COMPLIANCE

Como hemos indicado, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en base al criterio del debido control conlleva la exigencia de un obligación de debido control por parte de los representantes legales, hasta ahora desconocida para ellas en este ámbito penal tan severo, ante el trascendental hecho de que la sociedad esté expuesta a cometer más de treinta delitos distintos y ser condenada con duras penas 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.

Esta necesidad de implementar sistemas de prevención del delito es exigible desde la entrada en vigor de la Reforma del Código Penal el 23 de diciembre de 2011. Sin embargo, actualmente está en tramitación una reforma del Código Penal, cuya aprobación está prevista para abril de 2015, que pretende poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, identificando exactamente y clarificando lo que debe incorporar un correcto sistema de debido control o prevención de delito en la empresa.

Así, el “debido control” para la prevención de delitos en la empresa, deberá conllevar:

- El establecimiento por el órgano de administración, de un modelo de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos.
- La creación de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control para la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado.
- La identificación –mapa de riesgos delictuales- de las actividades de la empresa en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- La implantación de 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.
- La puesta en funcionamiento de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- La obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención –canales de whistleblowing-.
- El establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- Y la 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.

Como se ha dicho, el *Corporate Compliance* ha llegado a nuestro país para quedarse y las empresas deben conocer este deber y sus legales representantes deben cumplir la obligación de establecer debidos controles sobre su actividad y empleados, si no quieren exponerse ellos mismos y a las propias sociedades que representan, a serias y duras contingencias que deben y pueden ser debidamente atendidas.