

La reforma del Código Penal: Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Programas de Prevención de Delitos

Abril 2016

Estimados Sres.:

El pasado 1 de julio entró en vigor la LO 1/2015, por la que se modifica el Código Penal.

Una parte muy importante de la reforma afecta al Derecho Penal de la Empresa, delimitando el campo de su responsabilidad penal y los requisitos que ha de cumplir un Programa de Prevención de Delitos para obtener la correspondiente eximente de responsabilidad.

A continuación pasamos a detallar las principales novedades contenidas en la reforma.

I. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Si bien la LO 5/2010 introdujo por primera vez la responsabilidad penal de la persona jurídica, la LO 1/2015 ha delimitado con mayor claridad los supuestos que puedan dar lugar a la misma.

Así, el actual artículo 31 bis del Código Penal determina que la persona jurídica será penalmente responsable:

- 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, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten 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 a) anterior, hayan 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.

Se establecen por tanto dos supuestos de imputación: (i) los delitos cometidos por representantes legales y personas con facultades de organización y control y (ii) los delitos cometidos por las personas físicas sometidas a la autoridad de los anteriores.

En los dos casos precedentes, la persona jurídica únicamente responderá de delitos cometidos en nombre y por cuenta de la misma y en su beneficio directo o indirecto.

De acuerdo con el artículo 33.7 del Código Penal, las sanciones que cabe imponer a la persona jurídica en caso de declararse su responsabilidad penal son de diversa índole: (i) multa; (ii) disolución; (iii) suspensión de actividades; (iv) clausura de locales y establecimientos; (v) prohibición de realizar actividades; (vi) inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, beneficios incentivos fiscales o para contratar en el sector público; e (iv) intervención judicial.

No obstante, la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad en caso de que se cuente con un efectivo Programa de Prevención de Delitos que resulte adecuado para evitar o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

II. LOS PROGRAMAS DE PREVENCIÓN DE DELITOS

En concreto, el artículo 31 bis 5 del Código Penal recoge con carácter general los requisitos que han de cumplir estos Programas:

- a) Deben identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- b) Deben establecer 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.
- c) Deben disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- d) Deben incluir la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- e) Deben establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

- f) Debe realizarse 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.

III. CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 1/2016

A fin de aclarar determinados aspectos en torno a la reforma del Código Penal, el pasado 22 de enero de 2016 se publicó la Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015. Concretamente, la Circular pretende aclarar los siguientes puntos, de importante trascendencia práctica:

a) Sujetos que pueden generar la responsabilidad penal de la empresa.

La vigente redacción del Código Penal incluye a los administradores de derecho y de hecho, a los apoderados singulares, a los mandos intermedios con facultades de organización y control en la empresa, así como a sus empleados. A este respecto, la Circular aclara que también pueden generar dicha responsabilidad penal de la persona jurídica el oficial de cumplimiento del programa de prevención de delitos, así como aquellos autónomos y trabajadores subcontratados o de empresas filiales que se hallen integrados en el perímetro de dominio de la empresa.

b) Posibilidad de condena por actuaciones imprudentes de los directivos o empleados.

Se establece que la persona jurídica puede ser condenada no sólo por los delitos que dolosamente cometan los sujetos anteriormente indicados, sino también por aquéllos que se ejecuten por imprudencia, siempre que dicha modalidad esté prevista legalmente en el Código Penal. Dicha previsión se da en el caso de las insolvencias punibles, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

c) Responsabilidad personal de los directivos por delitos cometidos por sus empleados.

Teniendo en cuenta que, en el caso de delitos cometidos por empleados o dependientes, el Código Penal exige que se hayan incumplido gravemente por sus superiores (concretamente, por las personas mencionadas en el apartado a) del artículo 31 CP) los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre las personas a su cargo, la Circular determina que aquel directivo que haya incumplido gravemente sus deberes de vigilancia y control responderá personalmente, además de hacerlo la empresa, por el delito perpetrado por dicho trabajador.

d) Beneficio, directo o indirecto, para la persona jurídica.

En cuanto al requisito de que la actuación delictiva genere un beneficio para la persona jurídica como condición para declarar su responsabilidad penal, la Circular señala que no es necesario que tal beneficio se llegue a producir, bastando con que el autor del delito lo haya perseguido.

Indica asimismo que, más allá del beneficio puramente económico, también el ahorro de costes y los beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales pueden generar igualmente la responsabilidad penal de la empresa.

e) Criterios para valorar la idoneidad del Programa de Prevención de Delitos.

La Circular establece que un modelo de prevención apropiado deberá, no sólo evitar o reducir significativamente el riesgo de incurrir en un ilícito penal, sino también promover una auténtica cultura de cumplimiento, a fin de garantizar altos estándares éticos en el proceso de toma de decisiones. Asimismo, dichos estándares deberán presidir la contratación y promoción de directivos y miembros de los órganos de administración de la empresa.

Asimismo, exige que los programas estén adaptados a la empresa y a sus específicos riesgos penales, resultando adecuados para prevenir el concreto delito perpetrado.

Se valorarán positivamente los canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas previstos en los referidos protocolos, así como el hecho de que tales canales garanticen el anonimato del denunciante.

Igualmente, se tendrá en cuenta el establecimiento en el modelo de un sistema disciplinario adecuado, que sancione específicamente aquellas conductas que impidan o dificulten el descubrimiento de hipotéticos incumplimientos y, más concretamente, el deber de denunciarlos.

En cuanto a la figura del oficial de cumplimiento, órgano de la persona jurídica encargado de asegurar el correcto funcionamiento del modelo, se exige dotarle de medios técnicos adecuados para llevar a cabo dicha tarea con la mayor autonomía posible, por lo que el Programa de Prevención de Delitos deberá prever mecanismos específicos para gestionar adecuadamente eventuales conflictos de interés entre el oficial de cumplimiento y el órgano de administración.

Por último, teniendo en cuenta que la prueba de la idoneidad del modelo correrá a cargo de la empresa, la Circular exige su forma escrita, valorándose también positivamente el establecimiento por parte de la empresa de sistemas informáticos que controlen exhaustivamente los procesos internos de negocio, así como la auditoría llevada a cabo sobre el programa de prevención.

f) Criterios para valorar la eficacia del Programa de Prevención de Delitos.

En cuanto a la evaluación de la eficacia del Programa de Prevención de Delitos, se analizará en primer término si el Programa de Prevención expresa un compromiso corporativo real encaminado a la cultura de cumplimiento, punto en el que resultará fundamental el apoyo de la alta dirección a la hora de procurar la adecuada ejecución del modelo de prevención. De ahí la importancia de que el modelo garantice, como se ha señalado, altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados.

En este sentido, los delitos que los directivos cometan tendrán mayor peso a la hora de considerar la ineficacia del modelo que los ejecutados por los empleados, como mayor peso tendrán también, los supuestos en que la conducta criminal redunde directamente en beneficio de la empresa respecto de aquellos en que tal beneficio haya resultado secundario o tangencial.

Por otro lado, se concederá especial importancia al descubrimiento del delito por la propia empresa, así como a las medidas adoptadas por ésta tras la comisión del delito: la imposición de sanciones a los autores del delito, la inmediata revisión del programa, la restitución y reparación del daño o la colaboración activa con la investigación serán factores a valorar en favor de la empresa.

Asimismo, la gravedad de la conducta delictiva, el número de empleados implicados en la comisión del ilícito penal y su frecuencia y duración en el tiempo o la escasa dificultad a la hora eludir fraudulentamente el Programa de Prevención serán circunstancias a valorar por el Ministerio Fiscal, junto con eventuales antecedentes delictivos de la persona jurídica.

Al hilo de la Circular, con fecha 29 de febrero de 2016, se ha dictado por el Tribunal Supremo la primera Sentencia sobre responsabilidad de la persona jurídica. Dicha Sentencia confirma la responsabilidad penal de las empresas implicadas, haciendo hincapié en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas eficaces que prevengan la comisión de delitos, subrayando asimismo la importancia de desarrollar una cultura de compromiso ético y de respeto a la Ley al objeto de que la persona jurídica pueda quedar exenta de responsabilidad penal.

IV. IMPLANTACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE PREVENCIÓN DE DELITOS

Por último, cabe precisar que, de cara a la confección e implantación de un Programa de Prevención de Delitos, resulta necesario llevar a cabo las siguientes actuaciones:

- a) Realizar una valoración de los riesgos penales de la empresa con fundamento en su actividad y el sector en el que opera.
- b) Establecer unas normas internas que contemplen los riesgos de conductas delictivas y las actuaciones de prevención.
- c) Encomendar a un órgano de control el funcionamiento y supervisión del Programa de Prevención.
- d) Establecer un protocolo que regule la detección de irregularidades y su régimen disciplinario.
- e) Formar a los empleados y representantes legales para asegurar la efectividad de las normas y protocolos establecidos.
- f) Establecer un canal de denuncia que facilite la detección y comunicación de irregularidades.

A la vista de todo lo anterior, ponemos en su conocimiento que BSK Legal &Fiscal presta asesoramiento para la confección e implementación de Programas de Prevención de Delitos, valorando específicamente los posibles riesgos derivados de la actividad de cada uno de nuestros clientes y las medidas preventivas adecuadas en cada caso.

Sin otro particular, les saluda muy atentamente.

* * * * *

Queremos advertirles que la presente circular es meramente informativa y, por lo tanto, contiene información de carácter general que no constituye asesoramiento jurídico. En este sentido, si a la vista del contenido del presente documento necesitaran aclarar cualquier aspecto en relación con el contenido del mismo, les rogamos se pongan en contacto con nosotros para que les asesoremos adecuadamente atendiendo a las circunstancias de su caso concreto.

BSK LEGAL & FISCAL ASOCIADOS

Departamento Derecho Penal Económico

Personas de contacto

Carmen Rodríguez: crodriguez@grupobsk.com

Alaitz Gonzalo: agonzalo@grupobsk.com