

NOVEDADES LEGISLATIVAS

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como bien es sabido, a raíz de la reforma de nuestro Código Penal del año 2010, se introduce la responsabilidad penal de las personas físicas en nuestro País. Como consecuencia, nuestras empresas, además de las obligaciones que ya tenían en cuanto a programas de prevención de riesgos laborales, prevención en materia de medio ambiente entre otras, añadieron una responsabilidad penal tipificada en el artículo 31 bis del Código Penal. En concreto, por los delitos cometidos, en su beneficio directo o indirecto, por los directivos y los empleados de las mismas, teniendo la consideración de empleados de las mismas no solo aquellos que tengan una relación laboral por cuenta ajena. La realidad es que, desde 2010, los casos no han sido muchos de aplicación de esta novedad.

Sin embargo, en julio de 2015, entra en vigor la nueva reforma introducida por la L.O 1/2015, de 30 de marzo, donde aparecen unos importantes cambios en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, modificándose el artículo 31 bis, reformando parcialmente el artículo 66 bis, que trata de la aplicación de las penas a las personas jurídicas, e introduciendo tres nuevos artículos, 31 ter, 31 quater y 31 quinquies. Cambios que, aunque aparentemente “dulcifican” algunos aspectos de esta responsabilidad, mucho nos tememos que van a suponer un endurecimiento y, sobre todo, mucha mayor aplicación en la práctica de esta responsabilidad.

Impresión que ha quedado reforzada por la reciente publicación, el 22 de enero de 2016, de la Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que nos aclaran los criterios que van a seguir los Fiscales ante casos en los que pudiera existir la responsabilidad de las personas jurídicas. Dos son los cambios más relevantes a efectos prácticos que introduce esta Circular, y que entendemos que pueden tener mucho recorrido en la práctica de los tribunales: En primer lugar, que dice expresamente que los protocolos de defensa penal no pueden ser un “corta y pega” genérico para cualquier empresa y sector, sino que deben estar adaptados a cada caso y estar orientados claramente a la prevención de la comisión de delitos. Además, de que no basta con tener un protocolo, sino que hay que hacer un seguimiento después de su implantación y una adaptación del mismo si se producen cambios en las circunstancias de la empresa. Y el segundo, en un claro “aviso a navegantes”, que tener un protocolo no impide *per se* que los Consejeros de la sociedad puedan ser imputados personalmente por hechos de los directivos y/o empleados no

MA Abogados

consejeros si se considera que han incurrido en *comisión por omisión*. En definitiva: No tener un protocolo penal puede significar un claro peligro no solo para la persona jurídica sino para la diligencia personal de los consejeros a la hora de prevenir delitos; pero tenerlo no garantiza la exención de responsabilidad ni de la persona jurídica ni la personal de sus consejeros.

Entrando brevemente en el detalle de dicha Circular, después de las consideraciones preliminares, nos habla:

1) De cómo queda el modelo de responsabilidad de la persona jurídica tras la última reforma, aclarando que la responsabilidad de la Mercantil es autónoma y no vicaria o por hecho de otro.

2) La Circular, nos plasma asimismo, un listado de Delitos específicos donde pueda existir responsabilidad de las personas jurídicas, que es de mucha utilidad.

3) Otra conclusión a destacar de esta Circular es que recalca que la definición que se hace en el apartado 1 del artículo 31 letra a), amplía los sujetos a los que se aplicaba la norma antes de la reforma, en cuanto a que no solo serán responsables penalmente las personas jurídicas respecto a los delitos cometidos por los *representantes legales o integrantes de un órgano de administración*, sino también aquellos que tienen puestos intermedios, apoderados y otras personas en las que se hayan algún tipo de delegación en concreto, incluidos los compliance officer (oficiales de cumplimiento de los modelos de prevención penal).

4) Asimismo, refuerza la naturaleza objetiva de la acción, que se dio con la modificación del artículo 31 bis 1, letra a) en la reforma de 2015, en cuanto a que se sustituyó la anterior expresión “en su provecho” por la actual de “en su beneficio directo o indirecto”.

Siendo suficiente, para la aplicación del tipo penal, la intención de beneficiar a la entidad, aunque este beneficio no se produzca.

5) También se extiende la responsabilidad jurídica a aquellas mercantiles cuyo objeto social no persiga intereses económicos, así como incluir, ya claramente, los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto, los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales.

6) Se tasan aquellas conductas penales en grado de imprudencia cometidas por personas físicas que reputarían responsabilidad penal a la persona jurídica, siendo estas: La insolvencia punible, delitos contra los recursos naturales y de medio ambiente, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

7) El apartado b del artículo 31 bis.1, habla de la culpabilidad del ilícito penal cometido por “empleado”, que fue modificado también en cuanto a que se sustituyó la expresión, de que el autor del delito lo haya podido cometer por no ejercerse sobre él “el debido control” por otra, “haberse incumplido gravemente os deberes de supervisión, vigilancia y control” esta modificación en la Circular se interpreta como una disminución del ámbito penal en estos casos, y se dejan fuera aquellos incumplimientos no graves.

MA Abogados

Decir que ese deber de vigilancia y control debe ser ejercido por las personas físicas enunciadas en nuestro apartado d), que a su vez pueden ser imputadas también por un delito de “comisión por omisión”. Estas también deben ejercer el control y supervisión no solo de los empleados por cuenta ajena sino que también quedan incluidos autónomos, trabajadores subcontratados y empresas filiales, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social.

8) Existen unas similares exenciones de responsabilidad de la persona jurídica, para los delitos cometidos por los administradores de la empresa (letra a del artículo 31 bis.1º) y para los cometidos para los subordinados (letra b del art. 31 bis 1º), que son la existencia de modelos de organización y gestión, o planes de prevención penal, o *compliance guides* los cuales cumplan las condiciones establecidas en el art. 31 bis 2º,3º, y los requisitos del 5º, que se resumen en que:

Condiciones para eximirse de responsabilidad:

- 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;

- 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; para el caso de las empresas de pequeñas dimensiones las funciones de control y supervisión las puede asumir el propio Órgano de Administración.

- Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

- 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 2.ª

Requisitos legales que deben cumplir los modelos de organización y gestión, enumerados en el apartado 5º del artículo 31 bis, son:

- *Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*
- *Establecerán los 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.*
- *Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*
- *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*
- *Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.*
- *Realizarán 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.*

Es decir, como recalcamos al principio de esta nota, lo que se busca claramente es que este tipo de protocolos no sean meramente una forma de “cubrir el expediente”, sino que puedan servir para identificar y/o prevenir delitos.

9) La Circular 1/2016 de la Fiscalía del Estado ha desarrollado extensamente, las pautas que seguirán en este tipo de procedimientos penales, y que aunque por supuesto, habrá que ver el caso en concreto, ha llegado a una serie de conclusiones a tener en cuenta.

a) Hay que estar a la importancia que tiene el modelo de prevención respecto de la toma de decisiones del Órgano de Administración o de sus empleados. Se analizará si el programa expresa un compromiso corporativo que disuada realmente de cometer ilícitos penales.

b) Ver si existen certificados de cumplimiento de los planes de prevención, aunque dichos certificados no sean vinculantes para los Tribunales.

c) Todo plan de Prevención debe ser apoyado por el Órgano de Administración de la empresa, la Fiscalía presumirá siempre la invalidez del plan preventivo si el Órgano de Administración sea cual fuere su forma, no se compromete en el cumplimiento del mismo.

d) Deberán haberse establecido protocolos en cuanto a la contratación de altos directivos o a la promoción de empleado a directivo, para que dichas contrataciones o promociones se den en personas que garanticen altos estándares éticos.

e) Los Fiscales deberán solicitar la exención de la responsabilidad de las personas jurídicas que hayan sido ellas mismas, quienes hayan descubierto el ilícito penal y lo hayan denunciado a las autoridades pertinentes.

f) Quedará en entredicho la eficacia de aquel plan de prevención que se vea incumplido por un gran número de empleados o que no se haya tenido que hacer mucho esfuerzo por el empleado para incumplirlo, o que se haya podido incumplir por alguna persona durante un lapso de tiempo muy continuado.

g) Se atenderá asimismo a los antecedentes penales, es decir si existen en curso o en el pasado procedimientos penales de la Mercantil.

h) También tendrá que tenerse en cuenta, que en el modelo de prevención existan protocolos de actuación tras la comisión o descubrimiento de un delito, y la existencia de medidas disciplinarias para aquellos que incumplan, e incluso incentivos para aquellos que cumplan.

i) Por último decir que la carga probatoria de que un concreto plan de prevención era válido y eficaz corresponde a la empresa, y que si no ha podido acreditarse en su totalidad, el plan de prevención servirá para atenuar la pena.

MA Abogados

En definitiva, entendemos que la Circular 1/2016 de la Fiscalía supone un verdadero “pistoletazo” de salida a un posible incremento de los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por tanto, un “serio aviso” a las empresas que todavía no hayan implementado protocolos o que lo hayan hecho como un mero trámite, para que se tomen en serio esta delicada cuestión, ya que *a posteriori* va a ser muy difícil reaccionar si, por desgracia, se desvela algún caso penal dentro de una empresa.

Desde MA Abogados estamos a su disposición para cualquier aspecto que consideren conveniente puntualizar o clarificar.

Sara Recatalá

Socia MA Abogados