



## INFORME SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

Tradicionalmente se había venido entendiendo, que sólo las personas físicas podían cometer delitos y que las personas jurídicas (en nuestro caso las empresas, gerenciadas por sociedades), no podían delinquir.

Sin embargo, de conformidad con la reforma del Código Penal publicada en 2010, las personas jurídicas/empresas, pueden ya ser penadas cuando cometan los delitos que se identificarán a continuación: 1) siempre y cuando hayan sido realizados en su nombre y provecho por sus representantes legales, o sus administradores de hecho o de derecho, o 2) siempre y cuando hayan sido cometidos por otras personas físicas, sometidas a los administradores, en tanto en cuanto éstos no hayan ejercido sobre aquéllas **el debido control** para evitar el ilícito penal.

Como hemos adelantado **una empresa puede ser condenada por la comisión de cualquiera de los siguientes delitos**: descubrimiento y revelación de secretos; estafa; insolvencias punibles; daños informáticos; delitos contra la propiedad intelectual, industrial, mercado y consumidores; blanqueo de capitales; contra la Hacienda Pública y Seguridad Social; contra los derechos de ciudadanos extranjeros; contra la ordenación del territorio; contra los recursos naturales y el medio ambiente; vertidos tóxicos; riesgos catastróficos; riesgos causados por explosivos y otros agentes; contra la salud pública; falsificación de tarjetas/cheques de viaje; cohecho; tráfico de influencias; corrupción en transacciones internacionales; financiación terrorista y contrabando.



Pese a su naturaleza **no es posible, hoy por hoy, imputar penalmente a una empresa por razón de los siguientes delitos:** aprobación indebida y coacciones; delitos contra la seguridad en el trabajo o salud pública; calumnias e injurias en la prensa; delito de organización/grupo criminal, y obstrucción a la justicia.

Como decimos, de los delitos citados, puede llegar a **responder cualquier persona jurídica;** y únicamente desde el 17 de Enero de 2013, en que se suprimió la irresponsabilidad penal de los partidos políticos y sindicatos, **están exentas de esa responsabilidad:** las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de Derecho Público, y aquellas otras 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.

**LAS PENAS** a imponer a las empresas pueden ser las siguientes:

- multas por cuotas o proporcional
- disolución de la persona jurídica;
- suspensión de sus actividades, por un plazo que no podrá exceder de cinco años;
- clausuras de sus locales y establecimientos



- prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito;
- inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas
- inhabilitación para contratar con el sector público
- inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social
- intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores, o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURIDICA/EMPRESA SERA EXIGIBLE**, aunque no se identifique al responsable, éste haya fallecido, o esté huido.

**SE CONSIDERARÁN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES** el que la persona jurídica/empresa haya realizado, con posterioridad a la comisión del delito, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.



- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, **antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir** los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Esto es 1) si antes de la comisión del delito hubo un debido control, en el seno de la empresa, para evitar el delito, habrá eximente; 2) si las medidas preventivas de futuro, esto es si el debido control se acuerda **después de la comisión del delito**, será un **atenuante**.

De aquí que sea necesario identificar en qué consiste ese debido control, lo que variará en función de cada empresa, y de su exposición a los posibles delitos que, en aquella, se puedan cometer.

**ELLO EXIGE EN CADA CASO UN DIAGNÓSTICO PREVIO Y LA POSTERIOR ELABORACIÓN DE UN PROGRAMA DE PREVENCIÓN**, que, en su momento, pueda ser exhibido ante el Juzgado o Tribunal competente para defender la eximente, o atenuante que proceda.

Es esta una cuestión de gran trascendencia para las empresas, máxime si se tiene en cuenta la **inseguridad jurídica difícilmente soportable** que conlleva un concepto jurídico indeterminado como lo es el del debido control.



Y no solo es ya la inexistencia de un programa de prevención lo que tiene importancia si se comete un delito, es que la inexistencia de ese programa, puede en un **futuro conformar por sí mismo un delito**.

Esa importancia la consideramos acrecentada por el hecho de que el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal que ha elaborado el Ministerio de Justicia, prevé en su tercera versión, de Abril del presente año, **un nuevo delito consistente en la omisión de medidas de control destinadas a evitar los delitos de empresa**. El artículo que se propone como 286/7 dice así:

“1.- Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, **que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito**, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y



control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2.- Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.

3.- No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas.”

Como justificación para la introducción de este precepto la Exposición de Motivos del Anteproyecto señala lo siguiente:

“Asimismo, se introduce dentro de los delitos relativos al mercado una nueva figura delictiva que sanciona a los **representantes o administradores de hecho, o de derecho, que dejan de adoptar las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos**, entendiéndose por tales medidas las expresadas en los número 2 y 3 del artículo 31 bis.

Los directivos de las entidades en las que, por falta de adopción de programas de cumplimiento, se cometan delitos de los que deriva responsabilidad para las personas jurídicas, no tienen que ser necesariamente responsables de los mismos. **Para estos casos se introduce esta sanción, no por la participación en el delito, sino por la falta de implementación de los programas de prevención a que estaban obligados.**”



Asimismo es necesario destacar, como señalan los abogados Jiménez Cusi y Pol que, consciente el Anteproyecto precitado de las deficiencias de la vigente regulación sobre de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dicho **Anteproyecto ha procurado mejorar técnicamente dicha regulación y delimitar con precisión el contenido del debido control**, cuyo quebrantamiento es el fundamento de la responsabilidad penal de las empresas.

Ese Anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal, de forma clara e inequívoca, **apuesta por una cultura de Compliance** al otorgar a los programas de prevención adoptados por las empresas un valor eximente de responsabilidad penal derivada de delitos cometidos en su nombre y en su provecho, tanto por sus apoderados y administradores como por sus empleados.

Así, el nuevo artículo 31 bis establece que **la única vía al alcance de la persona jurídica para quedar exenta de responsabilidad penal consiste en que ésta pruebe** 1) que su órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la comisión de delitos; 2) que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención se ha confiado a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control; 3) que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de prevención, y 4) que no se haya producido una omisión, o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte del órgano encargado de ello.



Si bien es imprescindible, según el Anteproyecto, contar con un **PROGRAMA DE COMPLIANCE**, que haya sido adoptado y ejecutado con eficacia por el órgano de administración y, en algunos casos, con un departamento de Compliance, que supervise el funcionamiento y cumplimiento de aquél, **no cualquier programa de Compliance será suficiente para eximir a la persona jurídica/empresa.**

El Anteproyecto regula el **contenido que deben tener los programas de Compliance** para que estos puedan tener valor exculpatório; los modelos de prevención deberán cumplir los siguientes requisitos:

- identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos (esto es, se impone la necesidad de realizar un análisis de riesgos penales),
- 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, y



- establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

## **CONCLUSION**

En conclusión, desde CEOE se quiere alertar sobre el riesgo que corren en la actualidad las empresas y sus administradores, así como de los que pueden correr en el futuro todos ellos, si en el seno de las mismas no se adoptan las medidas preventivas pertinentes para evitar que actuaciones delictivas de sus administradores, o empleados, puedan repercutir en la vida de las propias empresas.

12 de Julio de 2013