

COMPLIANCE Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Diciembre 2019

I. INTRODUCCIÓN

El año 2010 supuso un punto de inflexión en lo relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de un delito. Hasta entonces, estas solo respondían si habían participado de los efectos del delito, esto es, de los objetos o bienes que derivaran de él, teniendo entonces la *obligación civil* de restituir la cosa o resarcir el daño hasta la cuantía en que hubieran participado.

Sin embargo, con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, el legislador español cambió las reglas del juego. La responsabilidad de la persona jurídica por un delito dejó entonces de circunscribirse al ámbito civil para extenderse al ámbito de lo penal.

Actualmente, las personas jurídicas pueden realmente *cometer* delitos y, por ello, pueden imponérseles auténticas *penas*.

El legislador perfeccionó el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal. En ella se

introdujeron las figuras del programa de cumplimiento normativo (*compliance*), así como la del órgano o persona encargados de su supervisión (*compliance officer*).

A continuación, presentamos un esbozo del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas actual (II-IV). Resaltamos, además, la importancia del *compliance* y del *compliance officer* (V-VI). Finalmente, realizamos una breve mención al ámbito específico de las pequeñas y medianas empresas (VII).

II. EL OBJETIVO DEL LEGISLADOR

El objetivo perseguido con la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas es triple:

- Trasladar a la propia persona jurídica la tarea de prevenir los eventuales delitos que se puedan cometer en su seno.
- Promover el desarrollo de una cultura ética empresarial que dificulte la comisión de delitos.
- Fomentar que uno de los criterios por los que se rijan las empresas sea el de minimizar el riesgo de actividad delictiva.

Nuestro legislador se alinea así con la estrategia que se sigue en EE. UU. y en otros países de nuestro entorno (*e. g.* Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Portugal o Reino Unido).

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA

Para conseguir los objetivos anteriores, el Código Penal prevé un catálogo cerrado de delitos que pueden ser cometidos por personas jurídicas.

Entre ellos destacan: **la estafa, las insolvencias punibles, los delitos de corrupción, cohecho y tráfico de influencias, los delitos fiscales y contra la seguridad social, delitos urbanísticos y medioambientales o el blanqueo de capitales.**

El régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica para estos delitos está contenido en los arts. 31 *bis* y siguientes del Código Penal. En ellos se establece que la persona jurídica responde penalmente por **delitos que le reporten un beneficio (directo o indirecto) cometidos por**

- i) sus representantes legales y administradores, de hecho o de derecho;**
- ii) otras personas que, en el ejercicio de actividades sociales, hayan cometido el ilícito, cuando no se**

haya ejercido sobre ellas el debido control.

Este segundo grupo de personas comprende no solo a los trabajadores asalariados, sino también a cualquiera que esté en el ámbito de control de la persona jurídica, como trabajadores autónomos, colaboradores o subcontratistas.

Finalmente, la responsabilidad penal de la persona jurídica se acumula a la de las personas físicas que intervinieron personalmente en el delito. Pero, además, puede darse la primera incluso en los casos en que no se haya podido identificar a las personas físicas responsables, o cuando no haya podido dirigirse el procedimiento contra ellas —*e. g.* por haber fallecido—.

IV. POSIBLES PENAS

Las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas son las siguientes:

Multa por cuotas o proporcional

Disolución de la persona jurídica

Suspensión de actividades (máx. 5 años)

Clausura de locales o establecimientos (máx. 5 años)

Prohibición de realizar actividades como las que sirvieron para cometer, favorecer o encubrir el delito

Inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, contratar con el sector público o gozar de beneficios fiscales o de la Seg. Social (máx. 15 años)

Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores (máx. 5 años)

V. ¿CÓMO LIBERAR DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA?

La responsabilidad penal de la persona jurídica en la forma y por los delitos anteriormente mencionados **no es automática**. Y así, incluso cuando se haya cometido un delito en su seno, la persona jurídica no será penalmente responsable si, *antes de la comisión del delito*, se había diseñado y aplicado un modelo de organización y de gestión destinado a minimizar el riesgo de que se produjeran delitos de esa naturaleza. Si, en cambio, la implementación del modelo fuera *posterior al delito*, pero anterior a la apertura del juicio oral, el Tribunal podría atenuar la responsabilidad de la persona jurídica según el art. 31 *quater.d*) del Código Penal.

Ahora bien, para que se produzcan esos efectos liberadores de pena es necesario que el modelo de gestión no sea meramente cosmético, limitándose a quedar plasmado en un documento, sino que **tiene que ser efectivamente aplicado y supervisado por un órgano competente**.

Ese modelo de organización y gestión es lo que se conoce como **compliance o programa de cumplimiento normativo**. Cuando el órgano encargado de supervisar su funcionamiento está constituido por

una persona, se la suele denominar **compliance officer**.

VI. EL COMPLIANCE Y EL COMPLIANCE OFFICER

Un *compliance* no es en realidad más que un sistema de detección y prevención de delitos en el seno de la organización empresarial. Por ello, su eficacia depende de que se identifiquen correctamente los riesgos penales a los que está expuesta la empresa, teniendo en cuenta su tamaño y estructura, así como el sector de actividad al que se dedica. Hecho esto, se trata de diseñar una estrategia para minimizar la posibilidad de que se produzcan delitos relacionados con los riesgos detectados.

Para ello es necesario un estudio individualizado de la empresa, debiéndose huir de modelos estandarizados que no se adapten a las concretas necesidades de la persona jurídica.

Entre las medidas que fomentan la reducción de los riesgos penales se incluyen el establecimiento de canales de denuncia dentro de la empresa o la elaboración de sistemas disciplinarios que prevean sanciones en caso de incumplimiento. Además, el modelo de gestión del que se trate debe verificarse periódicamente, teniendo que ser actualizado si se detectan nuevos ámbitos de riesgos penales o se producen cambios estructurales en la persona jurídica.

Pero tan importante como el correcto diagnóstico de los riesgos penales y el diseño apropiado de la forma de minimizar su realización es que el proceso de aplicación del modelo esté supervisado y controlado por una persona u órgano que disponga de poderes autónomos y capacidad de iniciativa, así como de la financiación y control suficientes para gestionar los riesgos: el *compliance officer*.

De la existencia y diligente actividad del *compliance officer* depende que los efectos liberadores de pena del *compliance* sean completos.

VII. EL CASO DE LAS PYMES

Habida cuenta de que el 99% del tejido empresarial en España está formado por PYMES, se hace obligado plantearnos si también estas empresas pueden verse beneficiadas por disponer de un *compliance*. La respuesta tiene que ser afirmativa: ahí donde hay riesgos penales, la aplicación de un programa de cumplimiento sirve de cortafuegos de la responsabilidad penal para la persona jurídica. Esto evita a la sociedad no solo la imposición de penas que pueden llegar a poner en riesgo su existencia, sino asimismo los costes reputacionales que las acompañan. Además, es de resaltar que en el ámbito nacional e internacional algunas

Administraciones Públicas y empresas privadas comienzan ya a requerir, como condición previa a la contratación, que se disponga de un *compliance*.

Dado lo útil que resulta también para las PYMES la elaboración e implementación de estos programas de cumplimiento, resulta conveniente acabar esta nota informativa desterrando tres grandes mitos sobre los *compliance*.

No se trata de un producto de lujo, por lo que su coste no tiene por qué ser desorbitado, sino que dependerá del tamaño, estructura y sector de actividad social de la persona jurídica.

No se busca sustituir la organización existente, sino meramente optimizarla desde la perspectiva de la reducción de los riesgos penales (lo que, según el caso, puede ser algo relativamente sencillo).

Prima el principio de proporcionalidad, lo que favorece que los costes en los que haya que incurrir para disminuir los riesgos no sean desorbitados en comparación con las capacidades de la PYME.

Quedamos a disposición para cualquier aclaración o comentario que pudieran precisar en relación con esta cuestión.

Aprovechamos la ocasión para desearles unas felices fiestas.

* * *