

**Conozca las preguntas clave sobre
la Reforma del Código Penal
(en vigor desde el 1 de julio de 2015)**

Y

**elimine las amenazas
que ponen en riesgo
la existencia de su empresa**



*Consejo Andaluz
de
Colegios de Abogados*

Información reservada para el abogado

Para evitar posibles graves perjuicios, la empresa tiene la obligación de vigilar la actividad de sus empleados, con el fin de prevenir la comisión de un delito.

1. ¿Qué deben saber las empresas del nuevo Código Penal?

R: Si hay un tema que ha tenido especial repercusión en los últimos meses en el ámbito empresarial ese es, sin lugar a dudas el que afecta a la Reforma en torno a la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. El nuevo texto limita la responsabilidad al incumplimiento del deber de supervisión sobre los trabajadores de la empresa. Esta circunstancia ha sembrado la inquietud en miles de empresas, y no solo en las de mayor tamaño sino también en las pymes. Unas y otras serán “penalmente responsables en caso de que se hayan cometido delitos en su nombre o por cuenta de estas”. Ya sea de forma directa o indirecta.

Ahora bien si la empresa dispone de un programa de prevención (lo que se conoce como Compliance Officer) quedará exenta de responsabilidad penal. Todas aquellas que no cumplan con este requisito serán responsables de los delitos que cometan sus trabajadores. Y el abanico puede ser muy amplio.

2. ¿Cuándo incurre en responsabilidad penal una Persona Jurídica?

R: La respuesta a esta pregunta está en el artículo 31 bis del Código Penal.

La Reforma del Código Penal establece una doble vía para atribuir Responsabilidad penal a las Personas Jurídicas.

La primera vía, que podríamos llamar de imputación directa, según la cual la sociedad puede ser condenada por los delitos que cometan sus representantes legales y/o administradores.

La segunda vía que podemos denominar de imputación indirecta es aquella según la cual las Personas Jurídicas pueden incurrir en Responsabilidad penal por aquellos delitos realizados por sus empleados, siempre y cuando dicho delito lo cometan actuando en el ejercicio de sus actividades en la empresa. Esta imputación a la empresa se basa en no haber ejercido el suficiente control sobre sus empleados.

Se debe tener en cuenta, que aun cuando en un procedimiento penal la justicia no sea capaz de identificar al responsable del delito, la empresa pagará por ello, lo que revela la dureza con la que el legislador ha dictado la norma. “Es una norma muy dura y por ello las empresas están muy preocupadas”.

Por otra parte el sistema penal Español es extremadamente lento y eso es una carga adicional, toda vez que se daña a la relaciones entre socios, clientes y proveedores.

Si cualquier empleado o colaborador comete un delito la empresa tiene responsabilidad penal, aunque no se identifique al empleado responsable del delito.

La responsabilidad de las Personas Jurídicas tiene las siguientes características:

1º La responsabilidad de la empresa es independiente de la que tiene el empleado.

2º Solo afecta a Personas Jurídicas (S.A., S.L. etc...)

3º Solo es responsable en lo referente a los 24 delitos definidos por el Código Penal.

3. ¿Qué características tiene la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas?

R: La primera característica importante de la responsabilidad de las Personas Jurídicas es que dicha responsabilidad es autónoma e independiente de la responsabilidad en la que puedan incurrir a su vez las personas físicas. Es decir, que por los hechos que pueda cometer el Administrador de una Persona Jurídica podrá ser condenado dicho Administrador pero también lo será la Persona Jurídica.

La segunda característica es que el Código Penal solo predica la Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas, además debe tratarse de Personas Jurídicas cuyo régimen jurídico sea de derecho privado, porque las entidades públicas están expresamente excluidas.

Por tanto, y para clarificar, una S.A. o S.L. ordinarias, o una Cooperativa si pueden incurrir en Responsabilidad penal. En cambio, a una comunidad de bienes o a una sociedad civil que carece de personalidad jurídica, no se le podrá imputar Responsabilidad penal.

La tercera característica es que solo podrá exigirse Responsabilidad penal a las Personas Jurídicas en aquellos delitos que expresamente se contemplan en el Código Penal (24 Delitos).

4. ¿Qué penas se pueden imponer a las Personas Jurídicas?

Las penas aplicables a las Personas Jurídicas son las siguientes:

- Multa por cuotas o proporcional
- Disolución de la Persona Jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico mercantil, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de 5 años.
- Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de 5 años.
- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuese temporal, el plazo no podrá exceder de 15 años.
- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de 15 años.
- 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 5 años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.

El interventor nombrado por el Juez, tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

Lo primero que debemos señalar es que la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial, además de penas a imponer por una sentencia judicial, también pueden ser acordadas por el Juez instructor como medida cautelar mientras se realiza la investigación y se tramita el procedimiento, es decir mucho antes de que exista sentencia; para evitar la continuidad de la actividad presuntamente delictiva y garantizar la eficacia del proceso.

Las penas que se pueden imponer a las Personas Jurídicas son:

- Multas.
- Suspensión de actividades.
- Clausura de locales.
- Inhabilitación.
- Intervención judicial.
- Disolución de la Persona Jurídica.



5. ¿Qué criterio se sigue para imponer la pena de multa por cuotas?

Existen dos posibilidades para imponer la pena de multa: Imponerla por cuotas diarias o imponerlas de forma proporcional.

Respecto a la multa por cuotas, la cuota diaria tendrá un mínimo de 30€ y un máximo de 5000€. Por otra parte cuando se fije la duración de la pena de multa por meses o por años, se entenderá que los meses son de 30 días y los años de 360 días.

Por ejemplo: Si la sentencia que se impone a una sociedad es una pena de multa de 5 años con una cuota diaria de 600€, la empresa vendrá obligada a abonar la cantidad total que resulte de pagar 600€ al día durante 5 años (computados como de 360 días).

Es decir, 360 días x 5 años = 1.800 días.

1.800 días x 600€ al día = 1.080.000€.

Así pues la empresa habría sido condenada a una multa de 1.080.000€.

Como vemos las penas que se pueden imponer son muy elevadas (hasta 9 millones de euros)

Por otra parte si la Persona Jurídica condenada no paga voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se le hubiera fijado, el tribunal podrá acordar su intervención judicial hasta el pago total de la multa.

Finalmente, hay que señalar que la Responsabilidad penal de una Persona Jurídica llevara consigo su responsabilidad civil de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.

El criterio para calcular las multas por cuota es el siguiente:

$360 \text{ días} \times n^{\circ} \text{ años} = n^{\circ} \text{ días}$

$N^{\circ} \text{ días} \times \text{€día} = \text{multa}$

(Multas hasta 9 millones de €)

6. ¿Es posible eludir la responsabilidad penal al extinguirse la Persona Jurídica?

R: La transformación, fusión, absorción o escisión de una Persona Jurídica no extingue su Responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión.

Si lo que se pretende es disolver la empresa para así eludir la Responsabilidad penal que pudiera recaer sobre ella, dicha disolución encubierta o meramente aparente de la Persona Jurídica, no la exime de responsabilidad. Se considera en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la Persona Jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de los clientes, proveedores y/o empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

La Persona Jurídica no está exenta de responsabilidad:

- Por transformación.
- Por fusión.
- Por absorción.
- Por escisión.
- Por disolución encubierta.

7. ¿Qué tipo de delitos tipifica el Código Penal que puede cometer una Persona Jurídica?

R: Aunque el catálogo es amplio (24 Delitos) Algunos de ellos no guardan relación directa con el funcionamiento normal de una Persona Jurídica dentro del tráfico mercantil.

Por ello, vamos a enumerar solo aquellos que pueden tener interés para los asesores de empresa, o para administradores de Personas Jurídicas, porque están más **relacionados con su funcionamiento ordinario o su actividad empresarial**.

1. Delito contra la intimidad y allanamiento informático. (Art. 197 bis).
2. Estafas propias e impropias (Art. 291 bis).
3. Insolvencias punibles. Alzamientos y concursos punibles (Art. 258 ter y 261 bis).
4. Delitos relativos al mercado y los consumidores (Arts. 278-286 quáter).
5. Blanqueo de capitales (Art. 302).
6. Delitos contra la hacienda pública y la seguridad social. (Arts. 305-310 bis).
7. Cohecho y tráfico de influencias (Art. 427).
8. Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la constitución (Art. 510 bis).

No obstante dependiendo del sector también serán aplicables otros delitos, tales como:

9. Delitos contra la propiedad intelectual e industrial (Arts. 270-277).
10. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis).
11. Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (Arts. 319-320).
12. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (Art. 328).
13. Delitos informáticos y hacking (Art. 264 quáter).
14. Delitos contra la salud pública (Art. 366).
15. Delitos relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes (Art. 343).
16. Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (Art. 348).
17. Delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados (Art. 386).
18. Delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (Art. 399 bis).
19. Tráfico de drogas (Art. 369 bis).
20. Tráfico ilegal de órganos (Art. 156 bis).
21. Trata de seres humanos (Art. 177 bis).
22. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (Art. 189 bis).
23. Delitos por financiación ilegal de los partidos políticos (Art. 304 bis).
24. Delitos de terrorismo (Art. 576).

De los 24 delitos aplicables a las Personas Jurídicas:

8 delitos son habituales en todas las empresas.

16 delitos se aplicaran dependiendo del sector al que pertenece la empresa.

8. ¿Cómo pueden estar exentas de responsabilidad penal las Personas Jurídicas?

R: La Reforma del Código Penal que entro en vigor el 1 de Julio de 2015 establece como causa de exención de la Responsabilidad penal de la Persona Jurídica la existencia de un programa de prevención que disminuya el riesgo de comisión de delitos por parte de los empleados o colaboradores de la Persona Jurídica.

Para ello la Persona Jurídica debe implantar un Modelo de Organización y Gestión que deberá cumplir los siguientes requisitos:

Para estar exenta de responsabilidad penal, la empresa debe implantar un Modelo de Organización y Gestión que cumpla los siguientes requisitos:

- Identificar las actividades.
- Establecer protocolos o procedimientos.
- Recursos financieros.
- Canal de denuncias.
- Sistema disciplinario.
- Verificación periódica.

- Identificará las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos
- Establecerá 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 aquellos.
- Dispondrá de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- Impondrá la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al órgano encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del Modelo de prevención
- Establecerá un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el Modelo.
- Realizara 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 haga necesarios.

La supervisión del Modelo de organización y gestión debe confiarse a un órgano independiente a la Persona Jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control y que tenga encomendada la función de supervisar la eficacia de los controles establecidos.

Es aconsejable contratar siempre a un órgano o profesional externo e independiente (Compliance Officer), para:

1º Controlar a los directivos (administrador, jefes de departamento, etc...)

2º Controlar a los empleados subordinados de los primeros.

9. ¿Pueden las Personas Jurídicas de pequeñas dimensiones encomendar la función de supervisión a su órgano de administración?

R: La Reforma del Código Penal establece a estos efectos que dicha función puede asumirla el órgano de administración cuando la Persona Jurídica sea de pequeñas dimensiones, entendiéndose como tales las empresas que estén autorizadas a presentar la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

No obstante resulta evidente que los representantes legales de la empresa o administradores no pueden supervisarse a sí mismos, por cuyo motivo aunque la Reforma del Código Penal lo permite, resulta ineficaz y poco probable que en un proceso penal se admita como prueba la auto supervisión y control de uno mismo. Por este motivo en cualquier caso la Persona Jurídica debe contratar siempre la función de supervisión y control a un órgano o profesional externo e independiente.

10. ¿Establece la Reforma del Código Penal la limitación de la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas solo a los casos en los que el incumplimiento del deber de vigilancia sobre los empleados se considere grave?

R: En efecto, por una parte el artículo 31 bis 1b dice: “En los supuestos previstos en este código, las Personas Jurídicas serán penalmente responsables”:

1.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 anterior han podido realizar los hechos **por haberse incumplido gravemente por aquellos, los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad** atendidas las concretas circunstancias del caso.

De su lectura, se deduce aparentemente que el Legislador excluye del ámbito de lo punible el incumplimiento “no grave” de los deberes de supervisión, vigilancia y control.

Pero resulta que la Reforma aborda la misma cuestión en las reglas de determinación de la pena (Artículo 66 bis 2), y lo hace aplicando un **criterio distinto**, al decir:

“Cuando la responsabilidad de la Persona Jurídica, en el caso previsto en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un **incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave**, estas penas tendrán en todo caso una **duración máxima de 2 años**”.

Queda por tanto suficientemente claro que se castigará con pena de hasta 2 años aunque el órgano encargado de vigilar incumpla los deberes de supervisión, vigilancia y control, sin que dicho incumplimiento tenga la consideración de grave.

El incumplimiento del deber de supervisión, vigilancia y control sobre los empleados no tiene por qué tener carácter grave.

Cuando no es grave también se condena con una pena de duración máxima de 2 años.

La Ventaja principal para la empresa, es:

- La exención de la responsabilidad penal.

Otras ventajas, también son:

- Ahorrar dinero a la empresa.

- Ser disuasor de conductas ilícitas.

- La pronta detección del delito.

11. ¿Qué ventajas obtiene la empresa estableciendo un Modelo de Organización y Control para la prevención de los delitos que puedan realizar sus empleados?

R: Como ventajas que ofrece la implantación del modelo cabe señalar las siguientes:

a. La exención de la Responsabilidad penal.

La principal ventaja que le puede reportar a la Persona Jurídica la implantación de todos los requisitos que establece este Modelo, consiste en no ser sometida a un proceso penal, ser absuelta y exonerada de él, si un empleado de ella cometiera un delito. Este argumento, en nuestra opinión se erige en el principal motivo por el que sería una temeridad y un riesgo innecesario que las sociedades mercantiles no optaran por la implantación de dicho modelo de organización y gestión.

b. Economías internas.

También priman razones económicas, que pueden ahorrar mucho dinero a la empresa, pues si la Persona Jurídica es condenada se expone a “costes graves”, tales como multas, honorarios de abogados y procuradores, costas, gastos, pérdida de productividad, interrupciones en las operaciones comerciales, bloqueo financiero etc...

c. Prevención.

Un Modelo sólido, bien estructurado y difundido, conseguirá que los empleados se lo piensen varias veces antes de llevar a cabo conductas delictivas. Actúa por tanto, como un potente disuasor de conductas ilícitas por parte de los empleados, que también son conscientes de que pueden ser castigados con la oportuna sanción disciplinaria.

d. Detección del delito.

Una pronta detección permite a la sociedad abordar los problemas que pueda causar tal conducta, analizar el daño y reducir el riesgo para que la gravedad de los causados no aumente.

12. ¿Cómo influirá la Reforma del Código Penal en el aumento o disminución de querellas contra las Personas Jurídicas?

R: La Reforma del Código Penal hará sin duda que aumenten las querellas contra las Personas Jurídicas. Hay que tener en cuenta que las denuncias penales contra las empresas no llevan costas y normalmente tienen un plazo de prescripción superior. Por otra parte no es necesario buscar en la empresa a una persona culpable. Además los denunciadores saben que las empresas son más solventes que los particulares, por ello siempre verán en el patrimonio empresarial mayores posibilidades de “éxito económico”.

Como consecuencia de las elevadas multas, sin duda aumentarán las querellas contra las Personas Jurídicas por tener una mayor posibilidad de “éxito económico” en el resultado.

La Reforma del Código Penal beneficia a las Personas Jurídicas al poder quedar exentas de responsabilidad penal.

Sería incomprensible asumir el riesgo que supone para la empresa no contemplar los requisitos establecidos en el Modelo de Organización y Gestión.

13. ¿Beneficia a las Personas Jurídicas la nueva Reforma del Código Penal?

R: La nueva Reforma del Código Penal que entro en vigor el 1 de Julio de 2015 beneficia sin ningún tipo de duda a las Personas Jurídicas, que pueden quedar exentas de Responsabilidad penal cuando establezcan un Modelo de Organización y Gestión, poniendo así fin a las dudas interpretativas que había planteado la regulación existente con la Ley Orgánica 5/2010.

Por este motivo resultaría incomprensible que una Persona Jurídica se mantuviese al margen del cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 31 bis para exonerarla de la Responsabilidad penal en que incurriría al cometer un delito cualquiera de sus empleados o colaboradores en el desempeño de sus funciones.

14. ¿Qué costo supone para la empresa implantar un sistema que cumpla todos los requisitos establecidos para que las Personas Jurídicas estén exentas de responsabilidad penal?

El costo de implantación, vigilancia y control (que realiza el Compliance Officer) ,será alto si se contrata con una consultoría convencional y sin aplicar nuevas tecnologías (herramientas que faciliten el trabajo).

R: Sin duda, la respuesta a esta pregunta “implica poner el dedo en la llaga”, pues el costo que supone para la empresa establecer un Modelo de Organización y Gestión con los requisitos establecidos en el artículo 31 bis) supone unos honorarios elevados si se acude a un servicio de consultoría convencional. Lógicamente dependiendo del volumen de la empresa y el sector en el que desarrolle su actividad.

Por otra parte uno de los requisitos establecidos por la Ley dice que la empresa deberá “disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos”. Esto quiere decir que la Persona Jurídica está obligada a asignar una dotación presupuestaria específica para este fin, y demostrar que se han invertido los recursos económicos necesarios para impedir la comisión de delitos.

El Compliance Officer o Controlador, debe ser en nuestra opinión, asesor o abogado y disponer de una herramienta que le permita cumplir los requisitos necesarios para eximir a la Persona Jurídica de responsabilidad penal.

15. ¿Qué características debe tener el Controlador o Compliance Officer que ejerza las funciones de vigilancia y control?

R: La figura del Compliance Officer es híbrida pues además de necesitar conocimientos jurídicos también debe estar familiarizado con los sistemas de control. Se trata por tanto de un profesional con conocimientos específicos que no se adquieren con ningún estudio concreto. Se trata más bien de un profesional dotado de conocimientos basados en la experiencia necesaria para realizar esta función de vigilancia y control. En nuestra opinión esa figura debe ser un profesional que realice funciones de asesoramiento, o bien ejerza como abogado.

Por las razones expuestas el trabajo que desempeña el Compliance Officer debe estar apoyado por una herramienta que le ayude a identificar las actividades de la Persona Jurídica donde pueden residir los potenciales riesgos penales, así como los controles que debe implantar y la evidencia de que dichos controles se llevan a cabo. Pudiendo además realizar el seguimiento periódico de dichos controles, para poder comprobar la mejoría o empeoramiento de los mismos con la garantía suficiente. Estableciendo de esta manera una tendencia hacia la mejora continua.

Así pues, la figura del **Compliance Officer o Controlador** necesita imprescindiblemente disponer de un **mapa de riesgos** para poder llevar a cabo su trabajo, ya que de otra forma estaríamos ante un proyecto muy difícil de materializar, pues el tiempo y costo que supondría serían difícilmente asumibles por la empresa.

16. ¿En qué afecta la Reforma del Código Penal a las Leyes que regulan la protección de datos de carácter personal y la prevención del blanqueo de capitales?

R: Entre los delitos establecidos por la Reforma del Código Penal que afectan a todas las Personas Jurídicas existen tres delitos que están regulados por su propia legislación, y en consecuencia el control que debe ejercer la empresa sobre dichos delitos solamente puede llevarse a cabo cumpliendo las obligaciones establecidas por dichas legislaciones. Concretamente nos referimos:

El cumplimiento de las Leyes de Prevención de Datos y de Blanqueo de Capitales también es imprescindible para que la Persona Jurídica esté exenta de responsabilidad penal.

1. Al delito sobre la “intimididad y allanamiento informático” cuyos controles necesarios para prevenirlos solo pueden realizarse cumpliendo la Ley Orgánica de Protección de Datos, obligatoria para todas las empresas que tengan empleados y/o manejen datos de carácter personal, es decir, datos de personas físicas.
2. El delito relativo al “Blanqueo de Capitales” es un caso análogo al mencionado, si bien la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales que regula los requisitos aplicables, solo es obligatoria para determinados profesionales y sectores empresariales. No obstante, como consecuencia de la Reforma del Código Penal, implica que todas las empresas deban cumplir dicha Ley para poder llevar a cabo los controles y comprobaciones exigidos para que la Persona Jurídica quede exenta de responsabilidad penal.

Así pues, es muy importante tener en cuenta que todas las empresas que contemplen los requisitos de la Reforma establecida por el Código Penal para estar exentas de responsabilidad penal, deberán también cumplir las exigencias de la Ley de Prevención de Blanqueo de capitales y la Ley Orgánica de Protección de Datos personales.