

Buen Gobierno y RSC

elEconomista

Revista mensual

19 de mayo de 2017 | Nº 1

Guerra por el uso
de símbolos religiosos
en la empresa | P8

98.802 contratos nuevos
en 2016 para personas
con discapacidad | P34

LAS EMPRESAS DE LUZ Y GAS ATACAN LA POBREZA ENERGÉTICA

Gas Natural Fenosa dedica 4,5 millones de euros anuales para combatir
situaciones de vulnerabilidad y divulgará medidas para la eficiencia P4

Opinión



Carlos Lesmes
Presidente del Poder Judicial

P12



Eloy Velasco
Juez de la Audiencia Nacional



y Beatriz Saura
Copresidenta de la Comisión
de 'Compliance' del ICAM

P22



Eloy Velasco y Beatriz Saura

Magistrado de la Audiencia Nacional.
Abogada en Legal y
Económico y copresidenta de la
sección de 'Compliance' del ICAM

Una de las consecuencias más graves que puede sufrir la empresa derivada de la comisión de un delito en su seno es el daño reputacional y de imagen que puede suponer que se vea envuelta en un proceso penal

Responsabilidad penal de la persona jurídica y prevención

La entrada en vigor el 24 de diciembre de 2010 de la Ley Orgánica 5/2010 introdujo uno de los mayores cambios que se han producido en nuestro sistema jurídico, al establecer la posibilidad de que las personas jurídicas puedan cometer determinados delitos y, en consecuencia, puedan ser sancionadas penalmente por ello. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con las personas físicas, las jurídicas no pueden ser privadas de libertad, por lo que esta pena no se contempla entre el elenco de las que les pueden ser de aplicación, de manera que para las entidades corporativas el Código Penal establece una serie de penas específicas: la pena de multa, como obligatoria, ya sea por cuotas o proporcional, y además, de manera potestativa, salvo imposiciones específicas, contempla otras de carácter interdictivo previstas para determinados supuestos y con diferente extensión temporal, como pueden ser: la suspensión de actividades; clausura 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, para contratar con el sector público y 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, pudiendo llegarse incluso a acordar, en casos extremos, la disolución de la persona jurídica. No debemos

olvidar que aparte de la imposición de alguna de estas penas, posiblemente una de las consecuencias más graves que puede sufrir la empresa derivada de la comisión de un delito en su seno sea el daño reputacional y de imagen que puede suponer que se vea envuelta en un proceso penal. Posteriormente, con la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, pudimos comprobar que esta nueva responsabilidad penal había venido para quedarse. Con la nueva reforma, más regulatoria que para corregir experiencias casi inexistentes hasta esa fecha, se ampliaron las categorías delictivas comisibles por las personas jurídicas hasta alcanzar el actual número de 26, añadiéndose delitos como los de odio contra el diferente, o los de contra la salud pública en el ámbito farmacéutico y alimentario, o el dopaje deportivo.

Junto con la ampliación de delitos comisibles por la persona jurídica -y posiblemente sea este el factor más relevante a los efectos de haber impulsado el interés por la prevención del delito en muchas empresas-, se estableció la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a aquellas personas jurídicas que adopten con eficacia, y previamente a ocurrir, el hecho ilícito corporativo, medidas para procurar prevenir, reducir o minorar el riesgo de que el mismo se produzca.

Se definieron asimismo una serie de elementos cuya concurrencia deviene necesaria para poder considerar que se ha actuado diligentemente y que se cuenta con un modelo de

organización y gestión eficaz para la prevención del delito, en una redacción abierta, que al ser bastante genérica en sus términos deberá ser completada a la vista de la interpretación que la jurisprudencia realice respecto de cada uno de ellos.

Estos requisitos son:

1.º Identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, en lo que se viene llamando *mapeo de riesgos*, que debe asimismo incluir un elenco de medidas reductivas o minorativas de los mismos.

2.º Establecimiento de 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.

3.º Establecimiento de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º 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.

En relación con la previsión recogida en el punto cuarto, hemos de referirnos al canal de denuncias y al órgano de supervisión, al que, con una expresión que se ha generalizado, se suele denominar con el término inglés de *Compliance Officer*.

El canal de denuncias es el sistema de comunicación de riesgos e incumplimientos habitualmente recomendado como medio de gestión para el cumplimiento de la obligación de

comunicar esas incidencias. Puede hacerse efectivo a través de una dirección de correo electrónico, un buzón físico, un *call center*, o cualquier otro sistema que se considere adecuado en la empresa para gestionar de modo efectivo el sistema para la obtención de la información sobre riesgos, cuyo conocimiento en muchas ocasiones ofrecerá a la empresa la posibilidad de evitar que se produzca un daño irreparable para su organización. Para conseguir un eficaz funcionamiento de este sistema, es aconsejable además que se garantice que el informante de buena fe no será sancionado -ausencia de represalias- y que su denuncia tendrá carácter confidencial.

En cuanto a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado, señala el Código Penal que ha de ser 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, aunque señala que en el caso de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones -las autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada- esas funciones las podrá asumir directamente alguien del órgano de administración.

Es posiblemente esta figura del Órgano de Supervisión -el *Compliance Officer*- una de las cuestiones en estos momentos más debatidas y sobre las que aún habrá que trabajar mucho, teniendo en cuenta que la experiencia anglosajona previa en esta materia nos puede ser de indiscutible ayuda, siempre que consigamos adaptarla adecuadamente a los requisitos legales exigidos por nuestra concreta regulación legal, que no coincide en todo con la de esos otros países.

Así las cosas, habrá ocasión de pronunciamientos por parte de los Juzgados y Tribunales que, pese al esfuerzo preventivo de muchas empresas, continúan recibiendo casos concretos en muy diversos sectores productivos, que, poco a poco, irán resolviendo las líneas maestras de esta nueva responsabilidad.

Eloy Velasco y Beatriz Saura

Magistrado de la Audiencia Nacional.
Abogada en Legal y
Económico y copresidenta de la
sección de 'Compliance' del ICAM

La figura del Órgano de Supervisión -el 'Compliance Officer'- es posiblemente una de las cuestiones que en estos momentos están siendo más debatidas y sobre las que todavía habrá que trabajar mucho para adaptarla a los requisitos legales