



FACULTAD DE DERECHO

**LOS PLANES DE CUMPLIMIENTO  
NORMATIVO COMO EXENCIÓN DE LA  
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS  
PERSONAS JURÍDICAS**

Autor: Javier Martín Morales de los Ríos

4º E1 A

Derecho Penal de la Empresa

Tutor: María del Carmen Rodríguez Gómez

Madrid  
Abril 2018

## **RESUMEN**

Las reformas legislativas de estos últimos años han supuesto un cambio radical en la forma en la que el Derecho Penal observa a las personas jurídicas, pues no sólo se ha procedido a reconocer su responsabilidad penal mediante el principio *societas delinquere et puniti protest*, sino que también se ha optado por ofrecer a estas entidades una vía de escape que permitiría su exención de responsabilidad, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos. Esta novedosa vía de escape son los planes de *Compliance*, y serán tratados a lo largo del trabajo desde una perspectiva teórica para poder abordar un análisis práctico de riesgos penales (parte imprescindible de un plan de cumplimiento normativo) a una sociedad ficticia.

## **PALABRAS CLAVE**

Análisis de Riesgos, canal de denuncias, cumplimiento normativo, Fiscalía General del Estado, órgano de supervisión y responsabilidad penal de la persona jurídica.

## **ABSTRACT**

The recent amendments have meant a radical change in the way in which Criminal Law treats legal entities, as it has been established, not only a recognition of their criminal responsibility, but also a possibility to omit that criminal responsibility through *Compliance programmes*. This escape route allows the commented exemption as long as certain requirements are met.

We will be analysing, through a theoretical point of view, the characteristics which a *Compliance programme* should have to become an escape route. This will be necessary to create a risk assessment of a fictitious company, which will be the practical part of the writing.

## **KEY WORDS**

Compliance, Criminal liability of the legal entity, General State Attorney, risk analysis, whistleblowing channel and supervisory body,

## **ÍNDICE**

- 1. ABREVIACIONES**
- 2. INTRODUCCIÓN**
- 3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**
- 4. EL ARTÍCULO 31 BIS Y EL 31 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL**
  - 4.1 Los criterios de imputación**
  - 4.2 La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**
  - 4.3 Los delitos y penas de las personas jurídicas**
- 5. INTRODUCCIÓN A LOS PLANES DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO**
- 6. ANÁLISIS DE RIESGOS PENALES**
- 7. CASO PRÁCTICO**
  - 7.1. Cuestiones previas**
  - 7.2. Identificación, Análisis y Valoración de Riesgos**
  - 7.3. Tabla Probabilidad-Impacto de Riesgos**
- 8. CONCLUSIONES**
- 9. ANEXOS**

## 1. ABREVIACIONES

- ❖ Código Penal: CP
- ❖ Código Civil: CC
- ❖ Constitución Española: CE
- ❖ Ley Orgánica: LO
- ❖ Tribunal Supremo: TS
- ❖ Ministerio Fiscal: MF
- ❖ Unión Europea: UE
- ❖ Persona jurídica: PJ
- ❖ Persona física: PF
- ❖ Fiscalía General del Estado: FGE

## 2. INTRODUCCIÓN

Los planes de cumplimiento normativo o planes de *compliance* están resultando ser la gran novedad del Derecho Penal de la empresa desde su aparición en España en 2015 y están cobrando cada vez más importancia en nuestra sociedad por los beneficios que ofrecen.

Su gran utilidad práctica se fundamenta en la posibilidad que otorgan a las personas jurídicas para eximirse de responsabilidad penal cuando se cumplan ciertos requisitos que analizaremos a lo largo del trabajo. Además, logran una mayor concienciación de las empresas en cuanto a la comisión de delitos, ya que hacen que estas entidades prevengan los ilícitos penales que puedan llevarse a cabo dentro de su seno.

Otro de los puntos a favor respecto de los planes de cumplimiento normativo es que ayudan considerablemente a las empresas a favorecer su reputación en el sector económico en el que actúan, desarrollando un sistema que les permita ser mucho más transparentes y demostrar una cultura ética muy valorada hoy en día. La buena reputación derivará en otros tangibles beneficios, como podrán ser unos ingresos más elevados y un mayor número de clientes.

Es importante tener en cuenta que, a pesar de que en la actualidad los planes de *compliance* tienen carácter voluntario por norma general, ya existen varios sectores en los cuales resulta obligatoria la implantación de un plan de *Compliance*, como ocurre con la Liga de Fútbol Profesional en España, que exige a los clubes la realización de un plan de *compliance* para su inscripción.

En efecto, a pesar de que no se exija por ley la tenencia de un plan de estas características, algunas sociedades y aseguradoras imponen el deber de tener estos modelos de cumplimiento para contratar con ellas, por lo que no cabe duda de que los planes de cumplimiento normativo van a terminar siendo una necesidad para todas las empresas que desarrollen actividades en España.

La innegable importancia que los planes de *compliance* tendrán en el futuro y la incertidumbre sobre el camino que recorrerá su interpretación, teniendo en cuenta la escasa jurisprudencia que hay sobre la materia, me ha llevado a desarrollar un trabajo sobre los mismos, pues se puede considerar que van a ser fundamentales en nuestro país para lograr la exención de la

responsabilidad penal de las personas jurídicas y resultan una cuestión muy interesante para tratar en un trabajo de fin de grado.

En cuanto a la estructura del escrito, se comienza haciendo una referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, algo que tampoco está muy tratado en nuestro ordenamiento jurídico al aparecer hace tan solo ocho años y, posteriormente, se tratan dos artículos fundamentales respecto a los planes de cumplimiento normativo: el artículo 31 bis y el 31 quáter CP, que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las características que deben tener los planes de compliance y la atenuación de las penas.

Una vez tratados estos temas, nos adentramos en el concepto del *Compliance* y en los requisitos jurisprudenciales y doctrinales que debe reunir un plan de cumplimiento para eximir a la persona jurídica de responsabilidad. En este sentido, es clave la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, la cual será comentada a lo largo de todo el trabajo.

Posteriormente, se hace referencia una cuestión muy importante que todo plan de *compliance* debe tener: el análisis de riesgos, que es la primera exigencia que hace el Código Penal para que un modelo de *compliance* sea correctamente elaborado. El motivo de incluir el análisis de riesgos en el trabajo es que va a ir seguido de un caso práctico basado en esta parte del *Compliance* Penal, a través de la creación de una empresa ficticia a la que tendremos que estudiar para identificar, analizar y valorar sus riesgos penales tal y como se hace en la práctica.

Atendiendo al sector de la empresa, al número de trabajadores, a los lugares donde tiene sus núcleos económicos y a las actividades que desarrolla, identificaremos los posibles delitos que las personas físicas puedan cometer en el seno de la persona jurídica y haremos una recomendación sobre las acciones que se pueden llevar a cabo con tal de prevenir esos delitos. Además, se elaborará una valoración de los delitos en atención a la probabilidad de su comisión y al impacto que puedan tener en la entidad.

Como vemos, se trata de un tema novedoso de gran relevancia práctica que va a ser abordado a través de un trabajo basado en cuestiones tanto teóricas como prácticas, dado que para poder realizar el caso práctico es fundamental haber estudiado y tratado la materia en profundidad.

### 3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Hasta 2010, en nuestro ordenamiento jurídico regía el principio *societas delinquere non protest*, lo que implicaba, en otras palabras, que las personas jurídicas carecían de responsabilidad penal.

Esto se sustentaba en varios motivos. A las personas jurídicas es difícil aplicarle categorías delictivas ya que, incluso en la actualidad, solo se le podrán aplicar determinadas categorías del Código Penal y, además, castigar a la persona jurídica podría implicar que todas las personas físicas de aquella soportasen la pena.

Del mismo modo, cabe añadir que el legislador no contemplaba la idea de introducir dicha responsabilidad porque resultaba innecesario ante la existencia de sanciones administrativas que cubrían la reprobación de las actitudes ilícitas de las PJ.

A pesar de no existir responsabilidad penal para las personas jurídicas durante esta etapa, se introducen en el Código Penal varios artículos que tienden a buscar justamente lo contrario: Como ejemplo, el artículo 129 CP, que no supuso un reconocimiento explícito de tal responsabilidad, pero fue un precedente muy valioso. En este artículo se desarrollaban las llamadas consecuencias accesorias, las cuales permitían la aplicación de una serie de penas (como su disolución o la prohibición de contratar con el Sector Público) en caso de cometerse un delito en beneficio de la sociedad. No obstante, era imprescindible la condena de la persona física por un delito determinado (*numerus clausus*) para que tal responsabilidad tuviera lugar.

Debemos mencionar que existía solidaridad en cuanto a las penas de multa, pues si una persona física actuaba en beneficio de la persona jurídica y era multada por ello, la persona jurídica tenía que asumir solidariamente la obligación del pago de la cantidad a la que ascendiera aquella.

Tendríamos que esperar al año 2015 (con la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 de marzo) para el reconocimiento expreso de la responsabilidad penal directa, es decir, para la introducción en nuestro ordenamiento del principio *societas delinquere et puniti protest*. Este cambio de rumbo que tomó el legislador surgió, tras varias críticas doctrinales de la reforma de 2010, como consecuencia de la lucha contra el crimen organizado y la corrupción, así como para igualar los derechos y deberes de personas físicas y jurídicas, previniendo la comisión de delitos por parte de ambos.

Esta intención del legislador de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene su causa en la reiterada impunidad de las personas físicas, que utilizaban a la persona jurídica como instrumento delictivo, amparándose en la puesta en conjunto de personal y medios de las sociedades para evitar su descubrimiento y posterior reproche. En este sentido, Alfonso Galán Muñoz y Elena Núñez Castaño señalan que *“las frecuentemente complejas estructura y organización de dichas entidades podría servir y, de hecho, en muchas ocasiones, han servido para que gravísimas conductas lesivas de bienes jurídicos quedarán sin sanción penal”*. (Galan Muñoz, Alfonso y Núñez Castaño, Elena, 2017, págs. 36-37).

Otro de los motivos es que, si existe ya responsabilidad administrativa de las personas jurídicas ¿Por qué no va a existir la penal? Lo que queremos decir es que, si las personas jurídicas respondían de sus deudas e incumplimientos frente a la Administración Pública con anterioridad a la reforma (tomando como ejemplo el pago de sanciones e intereses de demora por impago de impuestos) carece de sentido que no puedan responder penalmente.

A pesar de este intento del legislador por mejorar la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la reforma de 2015 también ha sido criticada, pues no ha sido justificada por ninguna normativa europea que inste a su promulgación y cierto sector doctrinal la tachaba de innecesaria, teniendo en cuenta los sistemas con los que ya se contaba para prevenir la comisión de delitos por parte de personas jurídicas. Ocurre, por ejemplo, con González Cussac, quien hace referencia a la poca aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas hasta el momento (González Cussac, 2015, págs. 151-155).

No obstante, debemos mantenerme en desacuerdo con su opinión, pues se puede considerar fundamental el reconocimiento de la responsabilidad penal de sujetos cuyas características intrínsecas pueden facilitar a las personas físicas que los integren la comisión de tipos penales que atenten contra bienes jurídicos protegidos, sin perjuicio de que tal responsabilidad sea reconocida o no por otros Estados.

Por otro lado, y continuando con el análisis de la última reforma del Código Penal, se puede comentar que las PJ necesitan que una persona física (empleados, consejeros, etc.) cometa el delito en provecho de las mismas, pero ello no implica que se deba condenar a la persona física, es decir, ya no va a haber una consecuencia accesoria como ocurría con anterioridad a la reforma de 2010 (STS N°514/2015 de 2 de septiembre de 2015).

De hecho, no hay ni siquiera porqué identificar a la persona física cuando la jurídica haya tenido un beneficio con su acto, pero sí es cierto que únicamente existirá la responsabilidad penal de la persona jurídica con determinados delitos (se da un sistema *numerus clausus* que comentaremos en un apartado más adelante), como vimos con la legislación anterior a 2010. Por lo tanto, puede haber una coexistencia de responsabilidad de la persona jurídica y de la física o puede no haberla, pues a veces resulta muy complejo descubrir quién es la persona física que ha cometido el delito.

La posibilidad de atribuir la responsabilidad penal a la entidad sin ni siquiera identificar o condenar a la persona jurídica y el sistema de penas previsto exclusivamente para PJ, justifican que se trate de una responsabilidad directa.

Al igual que se introduce la responsabilidad penal de la persona jurídica se regula la posibilidad de exclusión de dicha responsabilidad penal por el hecho delictivo cometido. Se trata del aspecto fundamental de esta reforma, pues en 2010 también se regulaba, pero solo como atenuante y no como forma de excluir la responsabilidad. La posibilidad de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica a través de la elaboración e implementación de los denominados planes o programas de cumplimiento penal será objeto de estudio en otro epígrafe.

Es importante destacar que no toda persona jurídica es responsable, ya que es necesario que tenga personalidad jurídica y se encuentre dentro del supuesto de hecho del artículo 31 bis del CP. No obstante, si no se tiene personalidad jurídica no supone que la entidad no vaya a sufrir ninguna consecuencia, si no que se aplicará el artículo 129 CP y, con él, las consecuencias accesorias, como la prohibición de realizar algunas actividades con indiferencia de que sean lícitas o no.

Las entidades sin personalidad jurídica no son las únicas que no son susceptibles de tener responsabilidad penal, pues el artículo 31 quinquies CP regula una serie de personas jurídicas que carecerán de responsabilidad penal: estas son *“el Estado, 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 o administrativas”*.

Respecto a las sociedades mercantiles públicas, cuya responsabilidad penal se reconoció en 2015, solo serán susceptibles de ser condenadas a penas de intervención judicial o multa cuando

lleven a cabo políticas públicas o presten servicios de interés económico general, ya que en caso contrario se les podrá aplicar el régimen general de penas previstas para las personas jurídicas.

Tampoco cabe dudar de la responsabilidad penal de las organizaciones no gubernamentales, colegios profesionales, organizaciones sin ánimo de lucro o fundaciones (incluso de las fundaciones públicas) dado que no entran en el supuesto de hecho del artículo 31 quinquies CP y pueden cometer tipos penales como cualquier otra entidad. Por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales correrán riesgo de cometer delitos de trata de seres humanos y de prostitución o corrupción de menores, como ha podido ocurrir con la organización OXFAM con posterioridad a los terremotos de Haití.

En cuanto a los partidos políticos y los sindicatos, pasaron a ser responsables con posterioridad a 2013, al igual que las fundaciones y entidades con personalidad jurídica vinculadas a los mismos.

No debemos finalizar este criterio subjetivo de la materia sin antes tratar aquellas entidades con participación pública mayoritaria, pudiendo comentar que esto no implicará la exención de responsabilidad penal en virtud del artículo 31 quinquies, pues en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado (Pgs.26-35) se argumenta que no será suficiente obtener la participación pública mayoritaria de acuerdo con la Ley 6/1997 de 20 de abril de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado (BOE núm. 90, de 15 de abril de 1997) y derogada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 02/10/2015), sino que se deberá cumplir con los requisitos previstos en el artículo 31 quinquies, es decir, la sociedad mercantil pública deberá *“ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general”*.

En este sentido, debemos citar la opinión de Milans del Bosch y de Urríes, ambos abogados de Cuatrecasas, respecto a las sociedades comentadas en el anterior párrafo cuando desarrollen una actividad estrictamente mercantil: *“podrán ser imputables conforme al artículo 31 bis en todos aquellos aspectos en los que se rigen por el derecho privado cuando no estén ejecutando políticas públicas o prestando servicios de interés económico general”* (Milans del Bosch, Santiago y De Urríes, Jordán, 2014, págs. 24-26) .

En cuanto a lo comentado en la Circular 1/2016 de la FGE (Pgs.30-35) sobre la exención de responsabilidad de las PJ del sector público, debemos comentar que este texto divide, entre las

personas jurídicas del sector público administrativo, las del sector público empresarial y las del sector público fundacional.

Mientras que las entidades y organismos del sector público administrativo se incluyen dentro de *“aquellas organizaciones que ejercen potestades públicas de soberanía o administrativas”* y, por lo tanto, carecen de responsabilidad penal, las pertenecientes al sector público empresarial y las del sector público fundacional podrán ser responsables penalmente, pues no tienen cabida en aquella clasificación.

#### **4. EL ARTÍCULO 31 BIS Y 31 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL**

##### **4.1 Los criterios de imputación**

El artículo 31 bis. 1 a) CP señala que las personas jurídicas *“En los supuestos previstos en este Código (CP), serán penalmente responsables: de los delitos cometidos en nombre y por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”*.

Una vez leído el artículo, es importante tener en cuenta que la responsabilidad penal de una entidad solo nacerá si ésta tiene personalidad jurídica. Es irrelevante que la constitución se haga con observancia a la legislación civil o mercantil, española o extranjera, siempre que se reconozca la personalidad jurídica de la entidad.

De hecho, la entidad no tendrá ni siquiera que estar inscrita, pues una sociedad es, al fin y al cabo, un contrato consensual que nace con el mero consentimiento, por lo que la responsabilidad surgirá una vez prestado ese consentimiento. Esto tiene sentido si lo situamos en el contexto de las sociedades irregulares, pues sería inviable y ridículo que estas sociedades no tuvieran responsabilidad penal únicamente por no estar inscritas en el Registro Mercantil, ya que han sido constituidas con anterioridad a su inscripción meramente declarativa.

Se trata de un artículo que engloba un espectro considerable de personas físicas que pueden hacer penalmente responsables a la persona jurídica. Sin embargo, podemos decir que se exige que dichas personas actúen por cuenta o en nombre de la persona jurídica y que ésta tenga alguna clase de beneficio, ya sea mediante una reducción de gastos a través una evasión de impuestos o un beneficio económico como consecuencia de una determinada actividad antijurídica, es decir, podrá tratarse tanto de un beneficio indirecto como directo.

En este sentido, cabe citar un extracto del fundamento jurídico quinto del Auto nº 91/2016 de 22 de marzo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Navarra, donde “beneficio” se analiza y se interpreta como un concepto amplio: *“tanto provecho como beneficio hacen alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica”*. Resulta claro que no se precisa de un beneficio económico para que exista la condena, ya que, de hecho, la Circular 1/2016 de la FGE (Pgs.16-20) considera que ni si quiera es necesario tal beneficio, sino únicamente la realización de la actividad por la que la persona física busca el provecho para la entidad.

Analizado este artículo, se puede observar que serán responsables tanto los representantes legales como los que tengan alguna clase de poder de decisión en la persona jurídica, como pueden ser los altos directivos, los consejeros de la sociedad, o incluso los apoderados.

Guiándonos por la Circular 1/2016 de la FGE (Pgs.13-16), no cabe duda de que los representantes legales serán aquellos que representen a la sociedad de forma orgánica, es decir, aquellos que representen a la sociedad en todas las cuestiones referentes al objeto social. No obstante, la Fiscalía General del Estado también considera que la representación voluntaria de la sociedad puede situarse dentro del concepto de “representante legal”, por lo que deberemos incluir a los apoderados, siempre y cuando se cumplan los requisitos previos de elevación a escritura pública inscripción en el registro público correspondiente, como personas físicas contempladas en los criterios de imputación del artículo 31 bis del Código Penal.

Debemos advertir que el Código Penal señala también a *“aquellos autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica”* y *“aquellos que ostentan facultades de organización y control dentro de la persona jurídica”*. En cuanto a los primeros, siguiendo el criterio de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado (Pgs.13-16), serán los apoderados

y los administradores de derecho y, en cuanto a los segundos, serán todas aquellas personas que tengan cierta capacidad para ordenar, como son los altos directivos, los mandos de la sociedad y los administradores de hecho.

Tendremos que mostrarnos de acuerdo con la posición de la Fiscalía General del Estado a la hora de incluir a los administradores de hecho dentro de la segunda clasificación, pues no han sido debidamente autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, pero sí ostentan ciertas facultades de decisión dentro de ella.

Ahora bien ¿Cuál es la diferencia entre administrador de hecho y administrador de derecho? A pesar de que esta pregunta no sea relevante a efectos de la responsabilidad penal de la empresa, ya que los actos de ambos pueden derivar en la misma consecuencia, el administrador de derecho es aquella persona que se encarga de la gestión de la entidad, ha sido nombrada por la Junta y consta en el Registro Mercantil correspondiente, mientras que el administrador de hecho es quien, frente a terceros, tiene apariencia de administrar la sociedad, pero realmente no está inscrito y no ha sido elegido por la Junta de socios u accionistas. Piénsese en Amancio Ortega, quien podría ser considerado como administrador de hecho en el Consejo de Administración de Inditex, pues, dada la posibilidad que tiene de asistir a sus reuniones por estar autorizado a ello, la presencia e influye en la toma de decisiones de los administradores de derecho para su beneficio propio y el de la entidad.

Como vemos, resulta mucho más difícil determinar si una persona física es un administrador de hecho que determinar si se trata de un administrador de derecho, pero los actos que realicen llevarán a la misma consecuencia si se trata de actos ilícitos.

Cabe mencionar que, en virtud de la Circular 1/2016 de la FGE (Pgs.20-26), el incumplimiento de los deberes de supervisión y vigilancia de las personas físicas mencionadas en artículo 31 bis 1 a) CP deberá ser grave teniendo en consideración las características del caso. Siguiendo el criterio de Ricardo Abia González y Guillermo Dorado Herranz, la expresión “*incumplimiento grave*” (empleada en la última reforma) resulta ser mucho más restrictiva que “*debido control*” (utilizada en la reforma de 2010), por lo que el legislador ha querido limitar la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, apartando aquellas cuestiones de menor importancia (Abia González, Ricardo y Dorado Herranz, Guillermo, 2017, págs. 27-28)

En cuanto al artículo 31 bis. 1 b) CP podemos comentar que solo cambia las personas que pueden hacer derivar la responsabilidad penal en la persona jurídica, pues explica que *“las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos...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 aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”*. Este apartado está claramente destinado a los empleados (tanto internos como externos) que realizan algún acto ilícito en favor de la persona jurídica, pues la idea de que el ilícito penal sea cometido por una persona sin poder de decisión no exime a la persona jurídica de responsabilidad penal.

Visto todo lo anterior, debemos tener en cuenta que, para que exista dicha responsabilidad, es imprescindible que el empleado cometa el ilícito penal dentro de las funciones que le han sido cedidas, pues carecería de sentido que la persona física realizara cualquier actividad antijurídica que le venga en gana y la persona jurídica fuera responsable por ello. En cambio, no es necesario que los representantes legales, los administradores de hecho y de derecho lleven a cabo un acto dentro de las actividades que desarrollan normalmente en la sociedad para reconocerse la responsabilidad penal de éstas.

Esto implica que la responsabilidad jurídica no responderá por lo que sus empleadores o personas con poder de decisión puedan hacer, sino por lo que ella misma deje de hacer y por la conducta que debería haber llevado a cabo con el fin de evitar el acto, dejando así claro que la persona jurídica responde por el hecho propio al tener una culpa *in eligendo* y/o *in vigilando*.

La Circular 1/2016 de la FGE determina que la sociedad responde penalmente ante la omisión de su deber de supervisión, sin perjuicio de la responsabilidad penal del autor inmediato que actúa en provecho para la sociedad. Por ello, la persona física traspasa la responsabilidad a la persona jurídica, a pesar de que sea la primera quien verdaderamente cometa el delito, por lo que nos hace pensar que, en virtud de la Circular 1/2016 de la FGE, en el Código Penal no se habla del delito cometido por una persona jurídica, sino de la responsabilidad de la persona jurídica por delitos cometidos en su beneficio por personas físicas.

Debemos señalar que, en virtud de la Circular de la FGE, se diferencia entre dos modelos de atribución de la responsabilidad: el vicarial, donde la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta en la acción llevada a cabo por una persona física que la relaciona con

el delito, y el autónomo, donde se reconoce a la persona jurídica como sujeto que comete el ilícito.

Lo que considera la Fiscalía General del Estado es que, tanto para los delitos cometidos por los mandos societarios como para los delitos cometidos por los empleados, se dará un sistema de atribución de la responsabilidad de carácter vicarial. Sin embargo, dejando claro que el Tribunal Supremo todavía no se ha manifestado sobre dicha cuestión (tal y como se explica en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº514/2015 de 2 de setiembre), existe parte de la doctrina que tiene un punto de vista contrario a lo que defiende la Fiscalía General del Estado, como bien se explica en su Circular.

Efectivamente, este sector<sup>1</sup> defiende que, en lo referente a la letra a) del artículo, es decir, a los delitos cometidos por los mandos y directivos de la sociedad, existirá un modelo de carácter vicarial, pues son los altos mandos de la sociedad los que están capacitados para cambiar el rumbo de esta. En cuanto a los delitos de la letra b), es decir, los delitos cometidos por empleados, esta parte de la doctrina defiende que el reconocimiento de la responsabilidad de la empresa se basa en un modelo autónomo, ya que serán los mandos quienes deberán controlar a los empleados y, en el caso en el que omitan su deber de vigilancia, la empresa responderá.

Veremos posteriormente que esto tiene un tremendo valor práctico, pues supone el cumplimiento de un mayor número de requisitos para que se reconozca la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el delito ha sido cometido por un empleado en comparación con el delito que ha sido cometido por un directivo, administrador o apoderado de la sociedad.

El hecho de que se precisen unos requisitos distintos en el supuesto regulado en el apartado 1 a) a los requisitos exigidos en el supuesto 1 b), ambos del artículo 31 bis CP, nos puede hacer llegar a la conclusión de que la idea del sector doctrinal anteriormente comentado es la acertada.

Por último, cabe destacar que este artículo 31 bis CP introduce una novedad en el sistema jurídico español que ya había sido considerada en varios países, sobre todo en aquellos basados

---

<sup>1</sup> Como Andrés Díaz Gómez, que explica lo siguiente: “Desde la introducción en nuestro Derecho del modelo *societas delinquere postest* por la LO 5/2010, nuestro sistema de responsabilidad de las personas jurídicas se ha basado siempre en una «doble vía» de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, en función de si el delito es cometido por representantes de la persona jurídica o por otras personas con la aquiescencia o pasividad de estos representantes” (Díaz Gómez, 2013, págs. Pgs. 152-153)

en el Common Law del mundo anglosajón (Reino Unido o Estados Unidos son un claro ejemplo de ello).

En efecto, estamos hablando de los planes de *compliance*, los cuales están regulados en el artículo 31 bis.2 CP y abren una vía a la exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas siempre que se reúnan unos requisitos concretos y muy estrictos, ya que esta vía solo se contempla para aquellas entidades que guarden una voluntad de prevención respecto a los delitos que se puedan cometer bajo su seno y en su beneficio.

Una vez mencionados estos programas de cumplimiento normativo, que serán objeto de estudio en apartados posteriores, debemos mencionar que la exención no es la única vía disponible para las personas jurídicas que intenten prevenir la comisión de delitos. En este sentido, dejando claro que no todo es blanco o negro, se abre la posibilidad de reducir la pena a la persona jurídica que lleven a cabo una de las conductas tasadas del artículo 31 quáter del Código Penal, que será analizado en el apartado siguiente.

#### **4.2 La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Este apartado va dirigido a dejar claro que el hecho de que no todo plan de cumplimiento normativo derive en la exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no quiere decir que la pena de la persona jurídica no vaya a ser atenuada, dado que el artículo 31 quáter contempla una serie de posibilidades que tienen estas entidades para conseguir la atenuación de la misma.

En nuestra opinión, debemos dejar a un lado las posibles discusiones doctrinales sobre la aplicación de las atenuantes genéricas, pues el artículo 31 quáter aclara que *“sóló podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas... las siguientes actividades”*.

El primer supuesto que se contempla es la confesión, por lo que se hace referencia a una situación que tendrá lugar en un momento posterior a la comisión del delito, dejando de lado la prevención y pasando a un remedio para sacar a la luz la comisión y la autoría.

Sin embargo, resulta necesario que tal confesión se haya efectuado con anterioridad al conocimiento de que el proceso se está dirigiendo contra la persona jurídica, es decir, con anterioridad al momento de la investigación de la persona jurídica por las autoridades judiciales al existir ciertos indicios que puedan incriminar a la entidad. Esto resulta evidente, pues la entidad no merece la atenuación de la pena cuando vaya a confesar por saber que va a ser condenada.

Para la atenuación de la pena también es relevante que se haya cooperado con las autoridades judiciales, no sólo teniendo que presentar las pruebas requeridas, sino también aquellas que, según el comentado artículo del Código Penal, *“fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos delictivos”*. Dicho esto, observamos que la persona jurídica tendrá que cooperar activamente con el órgano judicial, algo parecido a lo que sucede con las llamadas “Cartel Leniency Policies” de Derecho de la Competencia en la UE, donde la primera empresa perteneciente a un cártel que otorgue información sobre el mismo quedará exenta de pagar una multa.

Otra de las formas que tiene una persona jurídica para rebajar una pena es la reparación del daño causado, restableciendo la situación anterior en la medida de lo posible. También se tendrá en cuenta la disminución del daño, pero ambas acciones se tendrán que llevar a cabo en un momento anterior al juicio oral.

Por último, también en un momento anterior al juicio oral, se podrán haber tomado las acciones necesarias para evitar o conocer la comisión de nuevos delitos en el marco de la entidad, por lo que se podrá realizar el plan de compliance después de la comisión del delito y aun así tener la posibilidad de atenuar la pena.

#### **4.3 Los delitos y penas de las personas jurídicas**

Los delitos por los que una persona jurídica podrá tener responsabilidad penal son los siguientes:

- Tráfico ilegal de órganos humanos (156 bis 3 CP)
- Trata de seres humanos (177 bis 7 CP)
- Prostitución y corrupción de menores (189 bis CP)

- Delitos contra la intimidad, allanamiento informático, etc. (art.197.quinquies CP)
- Estafas y fraudes (art. 251 bis CP)
- Frustración en la ejecución (art. 258 ter)
- Insolvencias punibles (art. 261 bis CP)
- Daños informáticos (art. 264.quáter CP)
- Delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 288 CP)
- Blanqueo de capitales (art. 302 CP)
- Financiación ilegal de partidos políticos (art.304 bis)
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis CP)
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis)
- Delitos contra la ordenación del territorio (art. 319 CP)
- Delitos contra los recursos naturales y el medioambiente (art. 327 y 328 CP)
- Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343 CP)
- Delitos de riesgo producidos por explosivos (art. 348 CP)
- Delitos contra la salud pública relativos a sustancias peligrosas, medicamentos, dopaje,
- Delitos alimentarios y similares (art. 366 CP)
- Tráfico de drogas (art. 369 bis CP)
- Falsedad de moneda (art. 386 CP)
- Falsedad en los medios de pago (art. 399 bis CP)
- Cohecho (art. 427 bis CP)
- Tráfico de influencias (art. 430 CP)
- Delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 445 CP)
- Provocación a la discriminación, el odio y la violencia (art. 510 bis)
- Financiación del terrorismo (art. 576 bis CP)
- Delito de contrabando (no mencionado en el Código Penal, pero sí en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando)

En cuanto a las penas aplicables a una persona jurídica, contempladas en el artículo 33.7 de la a) a la g), debemos decir que la pena aplicable por excelencia a estas entidades es principalmente la de multa, que podrá ser mediante cuotas o mediante una cantidad proporcional al beneficio o daño causado.

Mientras que el sistema de cuotas, que puede alcanzar una duración máxima de cinco años con una cantidad diaria entre 30 y 5.000 €, el sistema proporcional atiende con mayor precisión a las circunstancias del caso, pues el juez puede considerar tanto el beneficio de la entidad al cometer el delito como el daño que surge de él.

También podrá tenerse en cuenta la pena de prisión impuesta a la persona física a la hora de decidir sobre la cuantía de la multa, pero debemos recordar la independencia que existe entre la persona física que comete el delito y la entidad responsable de aquél. Podrá condenarse a la persona jurídica sin ni siquiera identificar a la persona física, situación en la que este modo de evaluar la cuantía no podrá tener lugar.

Por otro lado, nos encontramos con penas que no serán tan comunes como la anterior, pero que ofrecen una posibilidad al juez para aplicar otras penas que, aplicadas separada o conjuntamente con la de multa, podrían tener un efecto mayor que el de aplicar únicamente la contemplada en la letra a) del artículo 33.7.

En efecto, estamos hablando de la disolución de la sociedad y la prohibición de llevar a cabo las actividades que han sido la causa del delito como medidas que pueden imponerse con carácter definitivo, y la suspensión de actividades (máximo cinco años), el cierre de establecimientos (máximo cinco años), imposibilidad para contratar con la Administración u obtener ventajas fiscales o con la Seguridad Social (máximo hasta quince años) y la intervención judicial, que tendrá especial transcendencia respecto a delitos de insolvencias punibles/alzamiento de bienes o contra empleados.

## **5. INTRODUCCIÓN A LOS PLANES DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO**

Llega el momento de centrarnos en los planes de cumplimiento normativo, nacidos a raíz de la reforma del Código Penal con la LO 1 y 2/2015 y que han revolucionado el antiguo sistema en el que se basaba el ordenamiento jurídico español, como ya hemos comentado en anteriores epígrafes.

Para comenzar, debemos llevar a cabo un análisis del artículo 31 bis. 2 del Código Penal, pues aquí es donde se sustentan los planes de compliance, previéndose una serie de supuestos y requisitos que deben reunirse para obtener la exención de responsabilidad.

Este artículo reza lo siguiente: *“Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:*

*1.ª 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;*

*2.ª 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;*

*3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y*

*4.ª 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*

*En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.*

*3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.*

*4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir*

*delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.*

*En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo”.*

Pues bien, en el caso en que el delito fuere cometido por los representantes legales, los administradores de hecho o los administradores de derecho, se exige la instauración de sistemas preventivos de conductas delictivas por los que se cumplan unos estándares mínimos de supervisión.

Sin embargo, llevando a cabo una interpretación literal del Código Penal en base al artículo 3.1 del Código Civil, no sólo se precisa de la creación de esos sistemas con anterioridad al hecho ilícito, sino que también se requiere la revisión constante y periódica de los mismos, es decir, el llamado *Compliance Officer* debe haber creado estos modelos de prevención de delitos y debe haberse encargado del buen fin de los mismos.

Además, se precisa que las personas físicas contempladas en la letra a) omitan las reglas establecidas por la entidad y lleven a cabo una actitud enérgica dirigida a cometer un delito, burlando al órgano de supervisión, que en ningún caso podrá relajarse a la hora de revisar las actividades que desarrollan estas personas en la entidad.

Dicho esto, el órgano de administración puede ser quien se encargue del cumplimiento de los modelos en determinados supuestos, pero esta facultad también puede ser encomendada a otras personas, pues en virtud del art. 31 bis. 2 apartado segundo, podrán tener tal facultad “*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*”.

Atendiendo a la cita anterior y al apartado tercero del mismo artículo, debemos añadir que no siempre es el órgano de administración quien desarrolle la supervisión de los modelos de prevención, pues esto únicamente ocurre con las personas jurídicas “*de pequeñas*

*dimensiones*<sup>2</sup>”, es decir, aquellas que pueden presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y reúnen los requisitos contemplados en el artículo 258 de la Ley de Sociedades de Capital.

Entre las posibles personas que pueden incluirse dentro del supuesto de hecho de este artículo debemos nombrar sin ninguna duda al Consejero Delegado, pues es innegable que tiene un control autónomo. Además, podría incluirse a los altos directivos de la compañía, que también tienen ciertas facultades de iniciativas y una considerable autonomía.

En cualquier caso, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado (Pgs.46-50) entiende que el órgano de supervisión deberá ser creado ad hoc con la suficiente autoridad e independencia, ya que será un órgano que tendrá que vigilar a todas las personas físicas de la sociedad, lo que incluye a los altos directivos y al consejo de administración.

Además, señala la circular que el órgano de supervisión deberá adaptarse a la sociedad, determinándose el número de miembros en atención al tamaño de la sociedad, pudiendo además obtener apoyo de departamentos internos o de asesores legales para que el plan de compliance sea lo más completo y fiable posible.

Hay que advertir que, sea quien sea el *Compliance Officer* de la persona jurídica, a priori no responderá penalmente de los delitos cometidos por su condición, pues no se encuentra en posición de garante: la situación principal donde se comete por omisión un delito. Además, el hecho de que no tenga capacidad para efectuar decisiones (facultad encomendada a los mandos de la sociedad) justifica que no tenga responsabilidad penal, sin perjuicio de su indudable responsabilidad en los casos de autoría y participación respecto al delito.

---

<sup>2</sup> Pequeñas dimensiones según el artículo 258 de la LSC: “Podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.
- b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.

2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior”.

No obstante, Abia González y Dorado Herranz comentan la postura de la doctrina sobre la cuestión, estableciendo cuatro requisitos que deben concurrir para que el *Compliance Officer* pueda tener responsabilidad penal (Abia González, Ricardo y Dorado Herranz, Guillermo, 2017, pág. 42):

En primer lugar, el *Compliance Officer* deberá “favorecer o tolerar” la comisión del delito mediante una omisión que permita al autor la ejecución. Por lo tanto, no solo podrá reconocerse la responsabilidad penal cuando se colabore en la comisión, sino que el hecho de “no hacer” también puede derivar en tal consecuencia.

En segundo lugar, se precisa que el delito tenga lugar dentro de las actividades que desarrolla la empresa, es decir, no habrá responsabilidad del *Compliance Officer* cuando el delito cometido por una persona física de la entidad no guarde ninguna conexión con la misma.

Como tercer requisito que menciona la doctrina, al órgano de supervisión le ha tenido que ser encomendada de forma explícita la facultad de supervisar la posibilidad de que tenga lugar esa acción punible, ya que en caso contrario no podrá ser condenado.

Por último, debemos tener en cuenta que, exceptuados los delitos susceptibles de comisión imprudente, el *Compliance Officer* podrá ser responsable únicamente cuando su conducta vaya acompañada del dolo. Por ello, es necesario que el *Compliance Officer* tenga la intención de delinquir, además de ser imprescindible su prueba de acuerdo con la presunción de inocencia.

En cuanto a los directivos de la sociedad, señala la Sentencia de la Sala Segunda o de lo Penal del Tribunal Supremo nº1193/2010, de 24 de febrero que: “*el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión*”. Lógicamente, solo será responsable cuando no haya denunciado la acción del subordinado o cuando, a pesar de conocerla o haberla podido conocer, no ha actuado.

Ahora bien, el artículo que estamos observando requiere que se cumpla una última cuestión cuando el delito ha sido cometido por las personas anteriormente comentadas: la falta de omisión.

La falta de omisión implica que el órgano unipersonal o colegiado encargado de la supervisión y del cumplimiento de los modelos de prevención no omita su deber de velar por los mismos, ya que en caso contrario la persona jurídica no quedará exenta de responsabilidad penal, al no cumplirse todos los requisitos previstos en el Código Penal.

Respecto a los delitos cometidos por los empleados cabe decir que, del mismo modo, se requiere también la adopción de unas medidas de carácter preventivo previas a la comisión del delito. Estas medidas son los llamados planes de cumplimiento normativo, y solo podrán dar lugar a la posibilidad de eximir de responsabilidad a la persona jurídica cuando anulen o reduzcan el riesgo de la realización del hecho delictivo.

No podemos terminar la distinción efectuada en los párrafos anteriores sin hacer referencia a la “Teoría de la X” planteada en *“Cuestiones prácticas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance”*, de Eloy Velasco Núñez y Beatriz Saura Alberdi.

Esta teoría es una metáfora donde se sitúa a los delitos cometidos por los mandos en un palo de una X y a los delitos cometidos por empleados en otro, de forma que si partimos la X por la mitad tendremos a un lado los elementos del tipo y, a otro lado, los requisitos para la eximente (Velasco Núñez, Eloy y Alberdi Saura, Beatriz, 2016, pág. P.32).

Los delitos cometidos por empleados tendrán más requisitos para que se cumpla el tipo (pues precisan de una omisión grave del deber de los mandos, aparte de los demás elementos previstos para los delitos cometidos por estos últimos) y menos requisitos para la eximente, mientras que los delitos cometidos por quienes tengan un poder de control tendrán menos requisitos para que se cumpla el tipo y más para la eximente.

Lo que se intenta explicar es que en ambos supuestos la responsabilidad penal de la sociedad de la PJ surge por los actos llevados a cabo por los mandos, ya sea de forma directa, mediante su propia ejecución, o de forma indirecta, mediante la omisión de los deberes inherentes a su puesto.

Pues bien, el apartado quinto del artículo 31 bis CP contempla una serie de requisitos que los planes de compliance deben reunir para que se produzca el objetivo que buscan, que no es otra cosa que la exención de responsabilidad. Los requisitos previstos por el Código Penal son los siguientes:

En primer lugar, se deberá hacer referencia a las posibles acciones del ámbito de actuación de la persona física en el que se pueda llevar a cabo alguna clase de ilícito penal, es decir, se lleva a cabo un análisis de los riesgos y de las posibilidades de derivar en la comisión de un delito.

Un ejemplo de identificación de una de las posibles acciones sería hacer referencia en el ámbito de una empresa fabricante de aceitunas a la posible comisión de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente tipificado en el artículo 327 y 328 CP, pues en este sector no es raro verter aguas residuales derivadas de la fabricación de sus productos.

En segundo lugar, se deberá acordar la forma en la que la persona jurídica toma decisiones y las lleva a cabo. Puede parecer que simplemente se trata de la exigencia de un sistema preestablecido por el que adoptar acuerdos, pero este requisito también incluye la obligación de realizar un programa de cumplimiento que prevea la política de delegaciones en el consejo de administración de la sociedad.

Debemos mencionar que el hecho de que un consejero delegue sus funciones no quiere decir que no sea condenado, pues efectivamente lo será si su omisión es dolosa, a pesar de que el delegado sea el principal responsable del delito.

El tercer requisito guarda un sentido económico, pues se precisa que las entidades tengan modelos de administración en cuanto a los fondos propios, dado que esto servirá para conocer las cantidades que van a destinarse a la prevención de los delitos que puede cometer una persona jurídica y, además, servirá para saber el fin de los fondos y asegurar una forma de gestionarlos, pudiendo conocer de esta forma si dicho fin es ilícito. Todo ello se contempla en el apartado tercero del artículo 31 bis CP, pues dice que las personas jurídicas *“dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos”*.

En cuanto al cuarto requisito, se trata de un deber de información sobre la posibilidad de que haya tenido lugar un delito en el ámbito de la persona jurídica. Estamos hablando de una exigencia muy importante, pues el hecho de incluir en el plan de compliance un deber de advertir de la comisión de un posible ilícito penal al órgano encargado de la revisión de dicho plan es un signo evidente de que la voluntad de la empresa va dirigida a prevenir o, al menos, a actuar frente a esta clase de conductas.

Para ello, la persona jurídica deberá tener un canal de denuncias correctamente implantado que permita a aquellas personas físicas que conozcan de la comisión de un delito, advertir sobre el mismo, cualquiera que sea el puesto o relación con la empresa de tal persona. Esto permitirá al órgano encargado del plan de compliance y a la dirección conocer de una forma eficaz los posibles actos ilícitos realizados, así como ofrecer la posibilidad de tomar cartas en el asunto a través de un sistema seguro y fiable.

La quinta exigencia para la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica es la más simple y lógica de todas, ya que su carácter sancionador exige la previsión de un sistema disciplinario que actúe frente a quien haya desarrollado actividades contrarias al plan de cumplimiento normativo. Esto quiere decir que, cuando un trabajador de la sociedad incumpla la normativa prevista en el modelo de prevención, se le aplicará una medida disciplinaria contemplada en ese mismo modelo, tomando como ejemplo la suspensión de empleo y sueldo por cierto tiempo o, en los casos más extremos, el despido.

Respecto a tal exigencia, cabe comentar que el *Compliance Officer*, en virtud del artículo 58 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24/10/2015), no tiene competencia para llevar a cabo sanciones disciplinarias, sino que deberán ser los altos directivos quienes tomen tales medidas. Por lo tanto, la función del *Compliance Officer* se reduce únicamente a la comunicación del acto delictivo a quién esté capacitado para sancionar cuando haya motivos para ello.

Como vemos, las sanciones disciplinarias impuestas a los empleados deberán decidirse y llevarse a cabo con observancia a la legislación aplicable (como es el Estatuto de Trabajadores) y al contrato de trabajo celebrado entre empleador y empleado, así como al convenio colectivo y a la reglamentación interna de la empresa sobre la cuestión.

En último lugar, en caso de que se produzcan vulneraciones del plan de cumplimiento o alteraciones en el timón de la sociedad o en la actividad que la misma desarrolla, el artículo 31 bis CP obliga a modificar el plan incumplido o afectado por un cambio en la sociedad. Además, se impone el deber de revisar cada cierto tiempo el modelo de prevención por la simple razón de que puede haber cambios jurisprudenciales o legislativos que alteren la forma en la que debe estar constituido un modelo de prevención de delitos eficaz.

Por lo tanto, no se trata de que la sociedad busque la impunidad tras haber cometido algún delito, sino que pretende realmente conseguir que haya cierta colaboración en el seno interno de las empresas para buscar la ética y moral en sus actividades y prevenir la comisión de delitos, ya que la comisión de delitos en el marco de la empresa, aunque no implique de forma absoluta la no consideración del plan de *compliance* a efectos de un posible eximente, nos hace pensar que el plan de cumplimiento normativo no ha sido debidamente efectivo (Abia González, Ricardo y Dorado Herranz, Guillermo, 2017).

## **6. ANÁLISIS DE RIESGOS PENALES**

De acuerdo con el primero punto del apartado quinto del artículo 31 bis, todos los programas de *compliance* deberán tener un análisis de riesgos penales para su correcta elaboración.

La identificación y análisis de riesgos penales es aquel proceso que se lleva a cabo en una sociedad donde el órgano de supervisión del plan de cumplimiento normativo resalta, atendiendo a las actividades que desarrolla la empresa, la posibilidad de cometer ciertos tipos delictivos por parte de la persona jurídica, así como el impacto que estos tendrían. Se trata de un método muy útil y complejo que demanda una gran precisión en su elaboración, pues puede salvar a la empresa de la responsabilidad penal al facilitar la elaboración de un programa de *compliance* a medida y de acuerdo con sus particularidades.

Será imprescindible la identificación de los riesgos, determinando los posibles tipos penales en los que puede incurrir la empresa, para un posterior análisis y valoración de los mismos junto con sus consecuencias.

La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado (Pgs.42-46) exige que se lleven a cabo estas tres fases a través de un sistema que valore tanto los riesgos que se dan en el presente como los riesgos en potencia, es decir, aquellos que puedan producirse en el futuro. Además, es necesario que el análisis de riesgos conste por escrito y determine de forma detallada y visible los riesgos en los que pueda incurrir la empresa, dejando claro que no debe ser una copia literal del trabajo hecho por otra empresa, sino que el análisis de riesgo y el plan de *compliance* deberán ser específicos y personales.

Los riesgos penales variarán con el tiempo por cuestiones tanto internas como externas, por lo que será imprescindible una actualización periódica de los programas de compliance atendiendo a los nuevos riesgos a los que se enfrente la sociedad. No importará si el riesgo se produce por un cambio en el domicilio social de la sociedad (circunstancia interna) o por un cambio interpretativo de la jurisprudencia (circunstancia externa).

Es relevante distinguir entre riesgo neto y riesgo bruto: el neto es aquel que se produce cuando se ha llevado a cabo una identificación, análisis y valoración de forma concreta atendiendo a las especialidades de la empresa y a su capacidad para mitigarlos, y el bruto es aquel que existe cuando se ha producido una identificación, análisis y valoración de manera general. Según el socio de KPMG del departamento de cumplimiento normativo, Alain Casanovas, es importante identificar ambos, pues conocer el riesgo bruto nos determinará si es relevante o no hallar el riesgo neto, pudiendo decir que sólo tendrá sentido hallarlo si el riesgo bruto no es elevado. Una vez valorado el riesgo bruto, podremos pasar al riesgo neto a través de una valoración de las prevenciones que toma la sociedad para reducir los riesgos (Casanovas, 2015, págs. 6-7)

¿Quién tiene que analizar los riesgos penales de una empresa? Resulta obvio que el órgano de supervisión es quien tiene que encargarse, aunque sea en última instancia con la previa participación de asesores externos, de la identificación, análisis y valoración de los riesgos penales, pero se precisa ir más allá en la mayoría de los casos. Es cierto que el órgano encargado de tal función deberá tener experiencia, un conocimiento muy amplio de los tipos penales y conocer la jurisprudencia al respecto, pero también será vital tener constancia de todas las actividades que desarrolla la empresa, así como las personas físicas que trabajan en ella y los lugares donde actúa. Sin perjuicio de que puedan surgir más cuestiones a tener en cuenta dependiendo de las características societarias, estas tres últimas cuestiones resultan fundamentales para quien tenga que analizar los riesgos penales.

¿Cómo deberá hacerlo? A través de tablas donde, por un lado, se valore el impacto que tendría la posible comisión de un delito, considerando el daño reputacional y las multas a las que se enfrentaría la empresa y, por otro, se evalúe la probabilidad de cometerse el delito, teniendo en cuenta las actividades que se desarrollan, el número de empleados en plantilla y los lugares donde actúa, entre otras cuestiones.

## 7. CASO PRÁCTICO

A lo largo de este apartado, llevaré a cabo un análisis de riesgos penales de una sociedad ficticia con el fin de saber cómo debe configurarse correctamente un plan de prevención de riesgos penales para lograr la eximente de la responsabilidad penal de dicha sociedad, que será mi cliente ficticio.

El análisis de riesgos es el primer requisito contemplado en el artículo 31 bis CP que debe introducir una sociedad en su plan de compliance para eximirse de responsabilidad. Por ello, considero pertinente dedicar este trabajo a identificar los riesgos que una sociedad concreta puede cometer desde un punto de vista práctico, tal y como ocurriría en la vida real.

El sistema que llevaré a cabo será el de pregunta-respuesta-consejo, pues es el método que se lleva a cabo en la mayor parte de los despachos, ya sea de forma hablada o a través de un plan de prevención de riesgos penales.

De forma introductoria, podemos comentar que primero deberemos identificar los posibles riesgos que puede cometer nuestra sociedad, luego deberemos analizar la posibilidad y el impacto de esos riesgos y, finalmente, habrá que comentar la consideración y las posibles acciones que pueden efectuarse para reducir los riesgos penales.

### 7.1 Cuestiones previas

De acuerdo con el artículo 1 de los Estatutos Sociales de la sociedad cuyos riesgos voy a analizar, se trata de una empresa cuya denominación es “Spanish Tobacco International, S.A.”, en adelante “STI, S.A.”, y fue constituida el 1 de enero de 2018.

Atendiendo al artículo 2 de los Estatutos de “STI, S.A.”, el objeto social es el siguiente: *“Es el objeto social de la Sociedad la fabricación, distribución, importación y exportación de labores de tabaco. Del mismo modo, constituirá el objeto de esta Sociedad aquellas actividades accesorias o similares a la fabricación y distribución de tabaco, como puede ser la fabricación, distribución, exportación e importación de cigarrillos electrónicos”*.

El domicilio social se contempla en el artículo 3 de sus estatutos: *“La Sociedad tiene su domicilio social en España, Madrid, Pozuelo de Alarcón, calle Mistral, números 46, 48 y 50 con código postal 28223”*.

En lo referente al Consejo de Administración, debemos citar el artículo 12: *“El gobierno, administración y gestión de la sociedad se encomienda al Consejo de Administración, cuyos miembros estarán autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y ostentarán facultades de organización y control dentro de la misma”*.

Una vez resaltados estos artículos de imprescindible atención, debemos tener en cuenta que el director de Comunicación de “STI, S.A.” ya me ha remitido la información que le pedí. Por lo tanto, a los datos anteriores hay que añadir que se trata de una empresa con 557 empleados a jornada completa, entre los que destacamos a 7 altos directivos y a un presidente de nacionalidad brasileña llamado Joao Da Silva-Curasao.

Una vez expuestas las características fundamentales de la sociedad y viendo que se dedica al sector del tabaco, podemos decir que hay varios supuestos en los que puede surgir la responsabilidad penal de esta sociedad dado el especial carácter de este sector, que conlleva la fabricación de productos de indudable controversia, el trato con personas pertenecientes al sector público y una comercialización altamente susceptible de resultar irregular, entre otras cuestiones que serán tratadas en el próximo apartado a través del método pregunta-respuesta-recomendación.

Llevaré a cabo unas preguntas concretas con el fin de analizar los riesgos penales de la sociedad y, dependiendo de la respuesta, mi recomendación será una u otra. Posteriormente, evaluaré el impacto de los delitos que puedan cometerse y determinaré la importancia de centrar los esfuerzos en prevenir determinados delitos frente a otros cuya prevención no resulta tan prioritaria.

Como ya sabemos, las personas jurídicas solo serán responsables de determinados delitos (enumerados en el apartado 3.d de este trabajo), por lo que los riesgos de cometer un tipo penal se reducen considerablemente en comparación con los riesgos de cometer un delito por parte de una persona física, al menos atendiendo al número de tipos de injusto que una y otra puedan llevar a cabo.

Pues bien, lo primero que tenemos que hacer a la hora de identificar los posibles riesgos penales es evaluar el sector de la empresa a la que vamos a asesorar. El sector del tabaco es un sector complejo, que puede implicar la comisión de varios delitos por los altos directivos o por los mismos empleados. Dejando claro la indudable posibilidad de cometer delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social o delitos relativos al mercado y los consumidores como cualquier otra sociedad en España, existen otros delitos a los que hay que prestar especial consideración, pues es muy probable que las empresas tabaqueras puedan incurrir en estos tipos delictivos.

Pensemos en la constante relación que los altos directivos de estas empresas mantienen con incontables cargos públicos a fin de influir sobre los impuestos del tabaco, abrir o cerrar fábricas en determinadas regiones o simplemente regularizar este sector a su favor. Este constante contacto con ministros, Presidentes de Comunidades Autónomas o, incluso, Diputados, nos lleva a pensar en la altísima posibilidad de incurrir en varios tipos penales.

También debemos tener en cuenta que las fábricas de estas compañías pueden resultar contaminantes, por lo que no se excluye la posibilidad de cometer un delito contra los recursos naturales y el medioambiente.

Del mismo modo, el producto con el que tratan no es un producto que esté bien visto a los ojos de la sociedad, hasta el punto de llegar a considerarlo droga, por lo que también habrá que observar la posibilidad de cometer un delito de contrabando u otro de publicidad engañosa, ya que no es raro que algunas de estas empresas traten de favorecer el contrabando o vendan sus productos como “no perjudiciales” basándose en investigaciones que sólo ellos mismos han efectuado.

Después de esta breve introducción sobre varios delitos a tener en cuenta en este sector, realizaré las preguntas pertinentes al director del Departamento Jurídico de “STI, S.A.” con el fin de poder asesorar de la mejor forma posible a esta empresa y llevar a cabo un plan de análisis de riesgos que pueda eximir a la sociedad de la responsabilidad penal.

## 7.2 Identificación, Análisis y Valoración de Riesgos

**7.2.1 Pregunta:** *¿Tienen instaurado un Plan de Compliance en su empresa? En caso afirmativo ¿Cumple su Plan de Compliance con todos los requisitos? ¿Tienen instaurados mecanismos para que los empleados conozcan las actividades que no pueden desarrollar?*

**Respuesta:** Tenemos un plan de cumplimiento normativo, pero no hemos llevado a cabo un análisis de riesgos penales. Sí tenemos esa clase de mecanismos, ya que organizamos una conferencia anual de asistencia obligatoria donde comunicamos a nuestros empleados todo lo que consideremos oportuno.

**Recomendación:** Un plan de cumplimiento normativo tiene múltiples beneficios, entre los que destacamos la exención de responsabilidad penal si se cumplen determinados requisitos y la mejora de la reputación de la empresa, que tendrá como consecuencia unos mayores ingresos al final del ejercicio.

Estos son factores esenciales de los que no se van a beneficiar como no elaboren un correcto análisis de riesgos penales, pues el Código Penal, en su artículo 31 bis. 5, establece que los planes de organización y gestión deberán *“identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos”*.

Respecto a la forma de hacer llegar a sus empleados las acciones que tienen prohibidas no es la ideal, pues no se tiene constancia de la información que han recibido. Por ello, sería mucho mejor hacerles firmar un documento donde consten todas aquellas cuestiones que puedan conllevar la responsabilidad penal de “STI, S.A”.

Al no cumplirse todos los requisitos expuestos, debemos decir que habrá un riesgo de carácter alto, por lo que las consecuencias pueden ser muy negativas: no solo las posibles penas de multas o interdictivas que se puedan aplicar en caso de condena por la comisión de uno de los delitos tipificados (como la disolución de la sociedad o la imposibilidad de contratar con el sector público), sino también el evidente daño económico y reputacional que azotaría a la empresa.

**7.2.2 Pregunta:** *Dado el gran número de empleados ¿Tienen alguna clase de control sobre ellos y les asesoran sobre las acciones que no pueden llevar a cabo?*

**Respuesta:** Respecto a la primera parte de la pregunta, controlamos a la hora que salen y a la que entran de la empresa y estamos pendientes en todo momento de su correo electrónico sin que ellos sepan nada.

Respecto a la segunda, no asesoramos de forma exhaustiva, si no que les hacemos firmar el código ético de la sociedad cuando son contratados sin ninguna otra acción posterior.

**Recomendación:** Debemos decir que hay aspectos que se desarrollan correctamente por parte de la empresa, pero hay otros respecto a los cuales tienen que prestar mucha atención y corregir su forma de actuar.

Está muy bien vigilar a los empleados, ya que la empresa puede incurrir en responsabilidad penal por no hacerlo (culpa *in vigilando*), pero deben tener cuidado con acceder a su correo electrónico. De hecho, yo no lo haría a no ser que el trabajador sea previamente notificado, pues nuestro Derecho no permite lo que ustedes están llevando a cabo al vulnerar un derecho fundamental: el derecho a la intimidad.

Es cierto que es fundamental que los trabajadores sepan lo que deben hacer y lo que no cuando son contratados, pero también es fundamental que les sean recordados una y otra vez los reglamentos de la sociedad, pues es crucial que la intención de la empresa sea evitar y prevenir de forma constante la posible comisión de delitos por sus empleados y mandos, teniendo que llevar a cabo una revisión periódica del plan de compliance para eludir la responsabilidad, así como definir de forma muy concreta las directrices que las personas físicas deben cumplir.

Esto se debe a los continuos cambios legislativos y jurisprudenciales sobre esta materia, que exigen una constante actualización de los planes de compliance, como hemos visto con los comentarios sobre la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

**7.2.3 Pregunta:** *Para llevar a cabo un correcto análisis de riesgos penales, es importante conocer los lugares de España donde esta empresa tiene los núcleos de intereses económicos ¿Cuáles son?*

**Respuesta:** Madrid (domicilio social), Barcelona (oficinas), Bilbao (oficinas), Extremadura (fábrica), Asturias (fábrica) y La Línea de la Concepción (oficinas muy próximas a Gibraltar).

**Recomendación:** El hecho de actuar en zonas donde es probable la comisión de hechos delictivos por parte de la empresa es una situación a la que debemos prestar especial atención. La Línea de la Concepción (Cádiz) es un sitio bastante peculiar para unas oficinas de una empresa tabaquera, dada la gran cantidad de contrabando de tabaco que se produce en los alrededores de Gibraltar, por lo que deberán actuar con mayor diligencia a la hora de delegar en los empleados de estas oficinas.

El establecimiento de medidas expresas contra el contrabando de tabaco es algo prioritario, pues las acciones de sus empleados o mandos en provecho de la empresa pueden hacer a la empresa responsable de este tipo delictivo. De hecho, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del estado comenta que no será necesario ni siquiera un beneficio económico, ya que se permite que el beneficio sea indirecto, por lo que un simple beneficio de la reputación de la persona física puede resultar suficiente para condenarla por los delitos cometidos por sus empleados o los altos mandos.

Como medida concreta recomendamos la implantación de un control efectivo de suministro a los distribuidores, siendo este el único caso en el que puede mostrarse la diligencia debida por parte de la entidad. En efecto, la vigilancia de las cantidades de los productos que se entregan a los distribuidores podrá reducir considerablemente la existencia de este tipo de injusto.

**7.2.4 Pregunta:** *¿Tiene constancia de la comisión de delitos relacionados con el contrabando de tabaco?*

**Respuesta:** Se desconoce, pero nuestras oficinas de La Línea son las más pequeñas y las que más ingresos tienen.

**Recomendación:** De ser así, dejen de realizar estas acciones de forma inmediata y, si quieren desvincularse por completo, también aconsejo que trasladen sus oficinas de La Línea de la Concepción a un lugar donde la delincuencia en el sector del tabaco no esté a la orden del día. El hecho de que sea la oficina más pequeña y la que más ingresos tiene, considerando que la Línea de la Concepción no es precisamente el núcleo neurálgico de la economía española, es un indicio suficiente para que se inicie una investigación frente “STI S.A”.

El delito de contrabando puede cometerse a través de varias acciones, pero la más clara que puede cometer esta sociedad es que, atendiendo al artículo 2.1 a) de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre de Represión del Contrabando, *“importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera”*.

No obstante, debemos tener en cuenta el artículo 3 b) de esta misma LO, dado que nos dice que solo se cometerá delito de contrabando respecto a las labores del tabaco cuando la cantidad de las mercancías exceda de 15.000 euros, lo cual es una cantidad muy pequeña desde el punto de vista de una empresa tabaquera y, por lo tanto, se trata de un delito de muy fácil comisión.

Ahora bien ¿Cómo sabemos que una persona jurídica puede ser penalmente responsable por este delito si no se incluye en los delitos previstos para las PJ? De acuerdo con el artículo 2.6 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. (BOE núm. 297 de 13/12/1995): *“Las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis CP”*.

Como vemos, la persona jurídica podrá incurrir en responsabilidad penal cuando sus empleados o mandos realicen alguna actividad de contrabando de tabaco en su provecho directo o indirecto, por lo que se deberán llevar a cabo las medidas necesarias para evitar las posibles acciones ilícitas de las personas físicas.

No sólo se deberá prohibir a las mismas que lleven actividades de contrabando, sino que es imprescindible vigilar y controlar que dichas acciones no se produzcan, bien mediante un cambio de oficinas o un control y vigilancia exhaustivos de las personas físicas. Por ejemplo, el hecho de contratar a un encargado en La Línea que se ocupe de verificar la licitud de la procedencia del tabaco sería muy aconsejable.

Del mismo modo, la exención de responsabilidad penal no es lo único importante, pues hay que mencionar que el daño reputacional a una empresa que ha favorecido el contrabando es masivo, pudiendo acabar con la misma.

Además, otra cuestión por la que aconsejo el fin de estas acciones (si es que se están produciendo) es la posible cantidad económica a cuyo pago se enfrenta la empresa en virtud de la Ley Orgánica comentada anteriormente, ya que podría terminar pagando la deuda tributaria pendiente en concepto de responsabilidad civil, una sanción administrativa que podría ascender hasta el 600% del valor de las mercancías o incluso el cierre de establecimientos, sin dejar de lado el comentado daño reputacional.

No sólo animo a cesar las actividades delictivas que se puedan estar cometiendo, si no que sería aconsejable desarrollar actividades por las que se os sitúe al otro lado del contrabando de tabaco, como podría ser la celebración de convenciones en contra del contrabando o la realización de campañas con este mismo propósito.

Resulta imposible eludir la responsabilidad penal de la persona jurídica con la comisión de estos delitos sin el empleo de la debida diligencia y la elaboración de un plan de compliance que cumpla todos los requisitos legalmente previstos, por lo que hay un alto riesgo de obtener una sentencia condenatoria en caso de que se abra un procedimiento judicial contra la sociedad.

**7.2.5 Pregunta:** *¿Tienen relaciones con funcionarios del Sector Público? ¿Son relaciones personales o profesionales? En caso de que las tengan, ¿Los funcionarios reciben alguna clase de regalos por parte de la empresa?*

**Respuesta:** Sí. Tratamos con los presidentes de Extremadura y Asturias por las fábricas que tenemos allí, así como con varios diputados, senadores, ministros, alcaldes e inspectores de la Seguridad Social o Hacienda. No solo tenemos que trabajar con ellos por múltiples razones, si no que muchos son amigos de nuestro presidente (inspector de trabajo en excedencia) y de altos directivos de la compañía. Son invitados a partidos de fútbol por cuestiones institucionales y reciben todos varias cajas de puros habanos en Navidad.

**Recomendación:** Aunque no tenga porqué ser así, el trato con tantos cargos públicos podría desembocar en varios tipos penales si se dan las circunstancias: el delito de cohecho (427 bis CP) y el delito de tráfico de influencias (430 CP). Esto puede surgir a raíz de relaciones tanto profesionales como personales.

En cuanto al delito de cohecho regulado en los artículos 419 y ss. CP, podemos decir que no es otra cosa que ofrecer a un funcionario público una “dativa o retribución” con el fin de que lleve a cabo una determinada acción u omisión por el cargo que ejerce, ya sea en contra de las funciones que le han sido encomendadas o en el cumplimiento de las mismas. Como vemos, esto implica cualquier regalo o simple beneficio que se le haga a un funcionario, aunque sea por hacer su trabajo.

La sociedad corre riesgo de cometer un delito de estas características, pues el artículo 429 bis CP reconoce expresamente tal posibilidad cuando se cumplan los requisitos del artículo 31 bis CP. Además, es cierto que las empresas tabaqueras no suelen contratar con el Sector Público, pero correrán riesgo de cometer este delito en múltiples situaciones: cuando pretendan obtener del funcionario un determinado beneficio fiscal, una autorización para abrir una determinada fábrica o un permiso para llevar a cabo un expediente de regulación de empleo de forma ilícita.

Hay varias consecuencias negativas a las que puede enfrentarse la empresa cuando se cometa un delito de estas características, pero entre ellas debemos destacar que el artículo 427 bis CP contempla una posible pena de dos a cinco años o tres a cinco veces mayor que el beneficio obtenido en los peores casos, y una multa de seis meses a dos años o dos a tres veces mayor que el beneficio obtenido en los mejores. Esto, añadido a las investigaciones que sufriría la empresa y al comentado daño reputacional, resultaría muy perjudicial para la misma, pues además los funcionarios públicos dejarían de tratar con la sociedad por miedo a verse afectados.

Sin embargo, hay una excepción que debemos tener en cuenta, regulada en el artículo 426 CP, que dice así: *“Quedaría exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos”*. ¿Qué quiere decir esto? Simplemente, si uno de los funcionarios públicos con los que trata la sociedad ofrece llevar a cabo una determinada acción en provecho de la sociedad a cambio de una determinada contraprestación, la sociedad carecerá de responsabilidad penal si denuncia los hechos antes de que pasen dos meses a pesar de haber accedido a la oferta.

Por lo tanto, mi recomendación es que se establezcan las siguientes directrices, necesarias para evitar esta clase de delitos:

En primer lugar, sería recomendable la prohibición de otorgar cualquier clase de regalos a funcionarios públicos bajo toda circunstancia, así como imponer a los empleados y a los altos directivos el deber de determinar día a día la cantidad de dinero de la empresa que gastan y cuál es su destino, lo que podría buscarse con la contratación de un contable que tenga únicamente encomendada la función de controlar los gastos de tales personas.

En segundo lugar, sería muy recomendable establecer la prohibición de invitar a funcionarios públicos a eventos que implican un gasto para la empresa (como partidos de fútbol) y permitir únicamente su asistencia a eventos solidarios o con fines sociales que hayan sido organizados por “STI S.A”. El hecho de invitar a un funcionario a un evento deportivo debería estar

prohibido por el plan de cumplimiento normativo, pues su invitación a un evento de estas características resultaría innecesaria, pudiendo entenderse sin excesivas maquinaciones que existe una intención de obtener una contraprestación.

En último lugar, podría establecerse un método a través del cual se premie a aquellas personas que tengan constancia de que se ha cometido un delito de cohecho por parte de funcionarios públicos o compañeros y lo denuncien al órgano de supervisión de la sociedad, al igual que el Código Penal premia a quien denuncie al funcionario público que ofrece realizar un determinado acto a cambio de una contraprestación. Esta propuesta se basa en que la recompensa es el método más eficaz para evitar esta clase de delitos.

Las relaciones con el sector público son fundamentales en cuanto al crecimiento empresarial, por lo que no es en absoluto recomendable que se corte las relaciones con los mismos, sino que se establezcan unos parámetros firmes que mantengan las distancias con el fin de asegurar el cumplimiento de la legislación española y eludir la posible responsabilidad de la persona jurídica.

En cuanto al delito de tráfico de influencias, está prevista su comisión por parte de las personas jurídicas en el artículo 430 CP, si bien el supuesto de hecho se encuentra en el artículo 429 CP, que dice así: *“El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero...”*.

Si analizamos el artículo comentado en el párrafo anterior, vemos que se tiene que condicionar al funcionario aprovechándose de la relación que se mantenga con él para lograr que desarrolle una determinada acción que nos otorgue un beneficio. No obstante, cabe matizar que la relación podrá tenerse con el funcionario que lleve a cabo la acción que nos beneficie o con otro distinto y, además, el beneficio (tanto directo como indirecto) podrá ser tanto para nosotros como para terceras personas.

Para evitar este delito se pueden llevar a cabo varias acciones:

En primer lugar, se debe imponer una prohibición general a todos los miembros de la sociedad, con especial hincapié en los altos directivos, de solicitar a empleados públicos con los que guarden cualquier clase de relación la elaboración de cualquier acción en beneficio de la sociedad, pues esto reduciría considerablemente el riesgo de cometer este tipo delictivo. No obstante, hay que tener en cuenta que también habrá delito cuando el beneficio lo facilite otro funcionario con el que no se tenga tal relación, por lo que también se deberá de imponer la prohibición de solicitar al funcionario con el que se guarde relación la ayuda y colaboración de cualquier otro funcionario.

En segundo lugar, sería recomendable introducir un sistema a partir del cual los profesionales de la sociedad pudieran informar al órgano de supervisión de las relaciones que guardan con funcionarios, a fin de tener conocimiento del riesgo de llevar a cabo una acción ilícita. Sería apropiado obligar a los profesionales a informar sobre aquellas relaciones surgidas a raíz del ejercicio de su puesto en la sociedad, pero establecer también, de manera facultativa, la posibilidad de informar sobre aquellas relaciones que hayan surgido a raíz de su vida personal.

No hay duda de que el delito de tráfico de influencias y el de cohecho guardan una relación muy estrecha y ambos buscan la incorruptibilidad y objetividad del funcionario público en el ejercicio de su cargo.

No obstante, debemos decir que el delito de tráfico de influencias implica una relación preexistente con un funcionario, en contraste con lo que ocurre con el delito de cohecho, que requiere de una “*dadiva o retribución*”, pero no de una relación personal con cualquier clase de funcionario o autoridad.

Ahora bien ¿Cual tiene una mayor probabilidad de cometerse? En nuestra opinión, resulta más sencilla la comisión de un delito de tráfico de influencias, pues lo único que se necesita es emplear la relación que se tiene con una autoridad para lograr un beneficio, que ni siquiera tiene que ser directo. En el delito de cohecho habrá que ofrecer o dar una retribución al funcionario, lo que parece una acción más elaborada y pensada que simplemente aprovecharse de la relación que se tenga con él.

¿Cuál será el posible impacto al que nos enfrentamos en uno y en otro? El daño reputacional sería muy similar y traería consecuencias muy negativas para la sociedad en ambos casos, pues la corrupción es algo muy criticado hoy en día por los medios de comunicación españoles. Sin duda sería muy mal visto por la sociedad y conllevaría una caída severa de los ingresos en comparación con ejercicios anteriores, además del gran reto que supondría perder la mala reputación de la empresa.

Mientras que la condena por un delito de cohecho puede implicar penas de multa distintas en atención a la pena de prisión prevista para la persona física, el delito de tráfico de influencias acarrea una pena de multa de seis meses a dos años, lo que significa que el impacto de cometer un delito u otro será proporcional a la gravedad de la acción constitutiva de delito. No obstante, teniendo en cuenta que la pena de multa mínima prevista para el delito de cohecho es igual a la pena prevista para el delito de tráfico de influencias y considerando que el delito de cohecho contempla una pena de multa máxima de cinco años, podemos decir que el impacto podrá ser mucho más negativo en caso de cometerse este último delito.

También habrá que comentar que la pena de multa no es la única prevista para estos tipos delictivos, sino que se podrán imponer otras en atención a las letras b) a g) del apartado séptimo del artículo 33 del Código Penal, es decir, las penas interdictivas como la disolución de la sociedad o la prohibición de llevar a cabo actividades que han dado lugar a la comisión del delito.

Para finalizar, se puede decir que existe un alto riesgo de cometer esta clase de delitos, pues muchos de los mandos de la sociedad (incluido el presidente) guardan relaciones de amistad con funcionarios, asisten juntos a eventos deportivos cuyo coste ha sido abonado por la propia sociedad y los funcionarios reciben regalos de elevado coste con carácter anual. Es por ello por lo que se recomienda el cese de esta clase de actividades y se aconseja la regulación de las relaciones con funcionarios y autoridades públicas.

**7.2.6 Pregunta: Determine si reciben alguna clase de beneficio fiscal ¿Cumplen debidamente con sus obligaciones tributarias? ¿Y con la Seguridad Social?**

**Respuesta:** No recibimos ninguna clase de beneficio fiscal (ni debida ni indebidamente), pues resulta muy difícil conseguirlos teniendo en cuenta la clase de productos que vendemos.

Por otro lado, no sólo tenemos un departamento interno que se ocupa de la fiscalidad y contabilidad de la empresa, sino que también externalizamos parte de los servicios con una consultora y un despacho reconocidos a nivel mundial. Todos ellos tienen expresamente prohibido eludir el pago de impuestos de forma ilícita con el fin de buscar un mayor beneficio para la empresa y, además, se les impone el deber realizar correctamente las retenciones.

Respecto a las obligaciones con la SS, las llevamos con la misma disciplina que las obligaciones tributarias, ya que el departamento de fiscalidad y contabilidad, junto con los asesores externos, se ocupan de ello.

**Recomendación:** Las acciones que está llevando a cabo la empresa son correctas, sin embargo, también fundamental la vigilancia y control del departamento interno de fiscalidad y contabilidad por parte del órgano de supervisión, pues es algo crucial para que exista la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica.

En caso de no llevarse a cabo esta clase de acciones, la empresa podría constituir un delito fiscal tipificado en el artículo 310 bis CP, que reconoce la posibilidad de comisión de este delito por parte de las personas jurídicas. No obstante, el hecho de no recibir ninguna clase de beneficio fiscal impide la comisión del delito mediante la obtención indebida de beneficios fiscales, sin perjuicio que pueda cometerse a través de otras acciones, como la elusión del pago de tributos, la realización de retenciones y la recepción ilícita de devoluciones.

Hay que tener en cuenta que no resulta lógico el hecho de realizar una declaración o liquidar la deuda debidamente y, posteriormente, no realizar el pago, por lo que entiendo que estamos ante una circunstancia de poco riesgo para la empresa. Apoyamos esta idea porque la principal razón por la que se va a eludir el pago después de la declaración es la falta de ingresos en la empresa, algo que no se está produciendo al tratarse de una de las empresas más potentes del sector. En este sentido, determinamos mucho más probable la no declaración de las rentas obtenidas.

En todo caso, estaremos hablando de posibles defraudaciones o engaños dirigidos a la elusión de impuestos, pudiendo diferenciar entre fraude de ley, la economía de opción y el negocio simulado:

Mientras que el fraude de ley implica el amparo en una norma de cobertura que sirve de instrumento para llegar a un resultado ilícito incumpliendo otra norma, en el negocio simulado no existe tal norma de cobertura, pues lo que se hace es falsear una situación con el fin de conseguir la aplicación de una norma determinada.

Por otro lado, la economía de opción no es más que elegir entre las distintas posibilidades que te ofrece el ordenamiento jurídico, siendo coherente y lícito escoger aquella posibilidad que evite un mayor pago de tributos.

Ahora bien, existe un enfrentamiento entre la doctrina/Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional respecto al fraude de ley y el negocio simulado, pues mientras el TS y la doctrina mayoritaria consideran que tanto el fraude de ley como el negocio simulado deben condenarse a través de las penas contenidas en el Código Penal, el TC defiende que fraude de ley no es lo mismo que defraudación y, por tanto, sólo deberá condenarse en caso de negocio simulado.

Después de este breve análisis sobre las corrientes en materia del delito fiscal, debemos hablar sobre la posibilidad de eludir el pago de impuestos que recaen sobre los beneficios obtenidos a través de un hipotético contrabando de tabaco. ¿Deberán aplicarse las penas previstas en ambos tipos delictivos? La respuesta es que se aplicarán exclusivamente las previstas para el delito de contrabando de tabaco cuando se cumplan los siguientes requisitos: que exista condena por el delito de contrabando, que los ingresos que han supuesto la comisión del delito fiscal deriven directamente del delito de contrabando y que se haya llevado a cabo el comiso o devolución de los ingresos derivados de la conducta típica. Tratando las posibles repercusiones que puede tener el delito de contrabando, me remito a las recomendaciones anteriores referentes a ese tipo delictivo.

Lo que tenemos que considerar respecto a este delito es que la franja entre la sanción administrativa y la condena penal está en la cuantía que se defrauda, por lo que si se defrauda 120.000 euros estaremos ante un tipo penal y si se defrauda 49.000 euros (por ejemplo) estaremos en vía administrativa.

Ahora que conocemos más este tipo delictivo es menester comentar que habrá que prestar especial atención al departamento interno de fiscalidad y contabilidad, pues la empresa podrá ser penalmente responsable por las ilegalidades que lleven a cabo en su provecho si el órgano de supervisión no realiza las acciones de control y vigilancia que el Código Penal le exige.

Respecto a los asesores externos, lo único que recomiendo es la negativa por parte de la sociedad a realizar cualquier clase de ilícito para obtener mayores ingresos en caso de que sea propuesto por uno de estos asesores. Hay que tener en cuenta que solo se condenará a la empresa si tiene conocimiento de la actuación fraudulenta de los asesores externos, pues si el *extraneus* lleva a cabo este tipo de conducta sin actuar en nombre del *intraneus* y sin que este tenga constancia de la actuación, el *intraneus* no será condenado.

En cuanto a la posible comisión de un delito contra la Seguridad Social por parte de “STI S.A”, hemos de decir que es escasa en caso de que se realicen las acciones que detallaré a continuación, ya que no es suficiente con imponer a los asesores internos el deber de realizar correctamente los pagos a la Seguridad Social.

En primer lugar, sería muy recomendable que todos los empleados, incluidos los becarios, tuviesen contrato de trabajo debidamente cumplimentados y se llevasen a cabo los despidos, procedentes e improcedentes, siguiendo las pautas que la legislación laboral nos exige.

En segundo lugar, resulta muy importante que se cumpla con el pago periódico de las cuotas de la Seguridad Social y que se efectúen las retenciones e ingresos a cuenta pertinentes, pues en caso contrario podrá cometerse este delito. Por ello, deberá ofrecerse especial atención a las retribuciones en especie abonadas a los empleados (como puede ser un coche o una casa), pues en caso de no hacerse los ingresos a cuenta de forma correcta la empresa podrá ser responsable por la comisión de este delito.

Por lo tanto, aconsejamos que en el órgano de supervisión haya un especialista en Derecho laboral individual y colectivo, que se encargue de prevenir todas las posibles acciones de empleados y altos directivos que pueden suponer un delito contra la Seguridad Social.

En cuanto al impacto que puede suponer ambos delitos, debemos comentar que, en virtud del artículo 310 bis, podrán aplicarse las penas interdictivas previstas en las letras b), c), d), e) y g) del apartado 7 del artículo 33 CP, además de una pena de multa que podrá ascender al doble de la cantidad defraudada en los peores casos. También debemos mencionar el posible daño

reputacional, que no será tan grande como en los delitos de cohecho y tráfico de influencias, pero si afectará gravemente a la sociedad en sus relaciones con el sector público.

Como vemos, la sociedad tendrá que hacerse cargo de que los asesores internos no realizan ninguna actividad ilícita, pero el riesgo penal es bajo, pues únicamente falta que el órgano de supervisión controle a quien pueda cometer este tipo de delitos, considerando que todos los demás requisitos están cubiertos.

**7.2.7 Pregunta:** *¿Tratan en sus fábricas con sustancias peligrosas para el medioambiente? ¿Realizan actividades que puedan dañar el medioambiente? Determine el proceso de fabricación de sus productos.*

**Respuesta:** El proceso de elaboración de los cigarrillos es un proceso muy complejo, ya que el tabaco tiene que pasar por un humectador, un salseador, silos de mezcla y, posteriormente, debe ser picado, secado y aromatizado. Después, se elaboran los filtros y los cigarrillos y se procede al liado y enfardado para su posterior distribución.

Es cierto que los cigarrillos dañan el medioambiente, pero en nuestras fábricas no hay sustancias peligrosas y tampoco se trata de un proceso de fabricación especialmente dañino, puesto que solo tratamos con hojas de tabaco y sustancias aromatizantes.

**Recomendación:** Vemos que no existen sustancias peligrosas y no se realizan actividades que puedan, según los artículos 325 y siguientes del Código Penal, “*causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, a animales o plantas, muerte o lesiones graves a las personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”.

No cabe duda de que no se cumplen estos requisitos, dado que el tabaco es nocivo una vez ha sido distribuido y el comprador toma la decisión de fumarlo, pudiendo perjudicarse a sí mismo y al medioambiente. Esto no entraría dentro del tipo, pues la distribución del tabaco y su consumo son actividades reguladas y admitidas por nuestro Derecho.

Por lo tanto, entiendo que hay escaso riesgo de cometer un delito contra los recursos naturales y el medioambiente ya que, sin perjuicio del tremendo impacto que tendría (multas de hasta el cuádruple del perjuicio causado, junto con posibles penas interdictivas y el consecuente daño reputacional), la probabilidad de que ocurra es muy pequeña.

No obstante, debo recomendar al órgano de supervisión la exhaustiva vigilancia a los trabajadores de las fábricas y de las materias que utilizan, redactando un listado con las sustancias que puedan usarse en la fábrica y determinando las sustancias cuyo uso esté terminantemente prohibido con el fin de prevenir de forma absoluta la posible comisión de este delito.

**7.2.8 Pregunta: *¿Qué productos venden? ¿Anuncian sus productos? ¿Qué tipo de publicidad llevan a cabo?***

**Respuesta:** No desarrollamos ninguna actividad publicitaria fuera de los estancos, ya que tenemos constancia de que está prohibido. Dentro del estanco, solemos vender las cajetillas de tabaco con mecheros de promoción, mientras que los cigarrillos electrónicos son vendidos a través del siguiente eslogan: “La salud es lo primero”.

**Recomendación:** En primer lugar, debemos decir que no habrá un alto riesgo de cometer un delito en cuanto a las cajetillas de tabaco, pues solo se llevan a cabo labores de publicidad dentro de los estancos, es decir, en el único lugar donde está permitido en España.

Respecto a la venta de cajetillas con mecheros, souvenirs, regalos o premios, no habrá riesgo de cometer un ilícito penal, ya que es algo que también está permitido y, de hecho, llevan a cabo todas las empresas tabaqueras.

No obstante, lo que verdaderamente nos preocupa es la venta de cigarrillos electrónicos, pues la utilización de ese eslogan podrá dar lugar a una condena por el empleo de engaños que deriven en la posible comisión de un delito contra del mercado y los consumidores regulado en el artículo 282 CP.

Pues bien, el supuesto de hecho de este artículo es la realización de anuncios o comentarios que, no sólo sean falsos o dudosos, sino que también puedan perjudicar de forma “*grave y manifiesta*” a los consumidores. Por lo tanto, después de haber leído el eslogan, lo fundamental es ver si los cigarrillos electrónicos son verdaderamente más saludables, ya que en caso contrario traería consecuencias muy negativas para la empresa.

La falta de investigaciones y pruebas que demuestren el mayor beneficio para la salud de los cigarrillos electrónicos nos llevan a pensar que es muy posible cometer un delito de estas características, ya que no hay duda de que estaríamos hablando de publicidad engañosa y de un probable daño físico para el consumidor, que comenzaría a consumir los cigarrillos electrónicos pensando que será más beneficioso para él.

Los riesgos a los que se enfrentaría la empresa serían de gran entidad, dado que una noticia así afectaría enormemente a su reputación, pudiendo perder un gran número de clientes, los cuales comenzarían a comprar productos de la competencia. Además, el artículo 288 CP nos dice que se podrá imponer una pena a la persona jurídica del doble al triple del beneficio que se ha obtenido o hubiere posibilidades de obtenerse por la publicidad engañosa, es decir, la empresa sufriría unas consecuencias económicas cuya gravedad se centraría en las ganancias recibidas tras la venta de su producto engañoso. Debemos recordar que también se le podrá imponer penas interdictivas en virtud del artículo 66 CP.

No obstante, cabe comentar que, como norma general, la publicidad engañosa se lleva más por la vía administrativa al no haberse producido ninguna condena por un Juzgado del orden jurisdiccional penal, lo que implicará que las consecuencias serán menores, sin perjuicio de que la sanción pecuniaria podría seguir siendo elevada.

Por todo ello, debemos mencionar que no existe un altísimo riesgo de cometer este delito, ya que todavía no se ha demostrado si estos cigarrillos son más saludables. No obstante, el riesgo está ahí y puede derivar en la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues una vez demostrado que los cigarrillos electrónicos son igual de perjudiciales, será clara la presencia de comentarios falsos y de un “*grave y manifiesto*” daño para el consumidor.

En conclusión, nuestra recomendación sería el cambio inmediato del eslogan a uno que no pueda poner en esta clase de compromisos a la empresa y que se base en hechos probados y constatados científicamente. De hecho, sería aconsejable no realizar ninguna clase de publicidad sobre los

beneficios de cualquier clase de tabaco, ya que es algo que no estaría bien visto ni por la sociedad ni por la Administración.

### 7.3 Tabla de los Riesgos penales de “STI, S.A”

Después de identificar, analizar y valorar los riesgos penales específicos frente a los que se puede enfrentar la empresa, deberemos plasmar todos ellos en una tabla-resumen, calificando los delitos como ALTO RIESGO, RIESGO CONSIDERABLE, BAJO RIESGO o IRRELEVANTE atendiendo al impacto que tendrían y a la probabilidad de que se produzcan. Se hace referencia a todo lo comentado en apartados anteriores, trasladando a un esquema las cuestiones tratadas para un claro entendimiento sobre el impacto y la probabilidad de los riesgos penales de “STI, S.A”.

<b>Área</b>	<b>Riesgo</b>	<b>Regulación</b>	<b>Recomendación</b>
1. Cumplimiento Normativo	ALTO	Art. 31 bis CP	Crear un código de conducta firmado por empleados e incluir un análisis de riesgos para tener la posibilidad de eximirse de responsabilidad
2. Contrabando	ALTO	Art. 2 Ley de Contrabando de Tabaco	Llevar a cabo una vigilancia exhaustiva en las oficinas de La Línea a través del

			nombramiento de un encargado.
3. Relaciones con funcionarios	ALTO	Arts. 427 bis y 430 CP	Establecer la prohibición de hacer regalos e invitaciones a funcionarios e imponer el deber de avisar de las relaciones profesionales con los mismos
4. Hacienda y Seguridad Social	BAJO	Art. 310 bis CP	Se deben efectuar revisiones periódicas para comprobar que la empresa sigue estando al día con sus obligaciones tributarias y con la SS sin ninguna clase de acción defraudadora
5. Medioambiente	IRRELEVANTE	Art. 325 y siguientes CP	Seguir con este proceso de elaboración de los productos, pues será imposible que la empresa sea responsable por estos delitos si no se puede dañar el medioambiente
6. Consumidores	CONSIDERABLE	Art. 288 CP	Aconsejo el cese inmediato de eslóganes que puedan confundir al consumidor a través de datos no probados

En cuanto a la probabilidad, el delito de contrabando de tabaco y el delito de tráfico de influencias son los más probables de cometerse, pues la empresa otorga regalos de forma periódica a empleados públicos y el centro económico que más ingresa se encuentra en uno de los lugares de España con mayor contrabando de tabaco. Ambas situaciones son sin duda indicios que pueden significar la comisión de delitos y, por ello, el reconocimiento de la responsabilidad penal de “STI, S.A”.

Por debajo de ellos se sitúan los delitos contra el mercado y los consumidores, pues existe riesgo de que se pruebe que el cigarrillo electrónico resulta igual de perjudicial para la salud que el cigarrillo normal, pudiendo constituir un delito de publicidad engañosa del 282 CP. No hay ninguna duda de que, si se llega a probar esta cuestión, la probabilidad de cometer un delito de esta índole incrementaría notablemente, a pesar de que ya sea muy alta. Por otro lado, si se prueba que verdaderamente es más beneficioso para la salud, la probabilidad descendería.

Respecto al delito fiscal y al delito medioambiental, la empresa ha tomado las medidas pertinentes para evitarlos, por lo que el delito fiscal ha sido considerado como poco probable y el delito medioambiental como irrelevante. En relación con este último, las fábricas de tabaco no resultan especialmente contaminantes, razón por la cual ha sido calificado de esa forma.

En cuanto al impacto, debemos comentar que hemos situado al contrabando de tabaco, al delito de cohecho, al de tráfico de influencias y al delito contra el mercado y los consumidores prácticamente en el mismo lugar, pues el daño reputacional sería muy parecido. No obstante, tanto el delito de contrabando como el delito de publicidad engañosa se encuentran ligeramente por encima porque las penas que se le puede imponer a la empresa en comparación con el delito de tráfico de influencias o de cohecho son más severas, como ya hemos visto en el apartado anterior.

Respecto al delito contra el medioambiente y el delito fiscal hay que decir que el impacto también sería muy negativo, pero la probabilidad de que ocurran es tan escasa que no resultan un riesgo demasiado importante.

## 8. CONCLUSIONES

1.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el principio “*societas delinquere et puniti protest*” ha sido una de las cuestiones de imprescindible introducción en nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta los posibles delitos que podían cometerse mediante el amparo en una persona jurídica para lograr la impunidad.

Muchas veces resultaba imposible encontrar a la persona física que se escondía detrás de la entidad empresarial, por lo que se ha pasado a introducir la independencia entre la persona física y jurídica, es decir, la PJ puede ser condenada sin necesidad de que la PF sea identificada, respondiendo de esta forma a una exigencia social, que es la prevención de delitos en el seno de las sociedades españolas. Es por ello por lo que cada vez más personas jurídicas pueden ser penalmente responsables, con excepción de las incluidas en el artículo 31 quinquies del Código Penal.

En este sentido, se han ampliado las penas que se pueden aplicar a una persona jurídica. No sólo se podrá imponer la pena de multa prevista en la sección específica del Código Penal que regula el delito que se cometa, sino que, en la mayoría de los casos, también podrá imponerse las llamadas penas interdictivas, que pueden ir desde la disolución de la sociedad hasta la prohibición de contratar con el Sector Público. Podemos decir que, hoy en día, las consecuencias a las que se enfrenta la empresa en caso de comisión de un delito resultan mucho más negativas que antes, ya que, sumado a las penas contempladas, el daño reputacional será mucho mayor, teniendo en cuenta el mayor espectro de medios de comunicación y el proceso de globalización en el que nos encontramos.

2.- Debemos tener en cuenta que también se ha ampliado la lista de personas físicas que pueden cometer un delito del cual la sociedad deba responsabilizarse. El artículo 31 bis del Código Penal ha englobado, en mi opinión, al mayor número posible de personas físicas, pues la persona jurídica podrá tener responsabilidad por delitos cometidos por administradores de hecho y de derecho, directos, mandos intermedios, apoderados, miembros del órgano de supervisión e incluso empleados con ningún poder en la empresa. Esto se debe a que se dan dos sistemas de atribución de la responsabilidad: el vicarial y el autónomo.

3.-En cuanto a los planes de compliance, hemos de decir que resulta fundamental el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Penal, que son el análisis de riesgos penales, la implantación de un sistema para adoptar acuerdos, la introducción de modelos de administración de fondos propios, la tenencia de un canal de denuncias y la incorporación de un sistema disciplinario frente a la persona física que incumpla el modelo de cumplimiento.

Sin embargo, esto no es lo único importante. De hecho, eso solo es la punta del iceberg, al tener que cumplir tanto los requisitos jurisprudenciales como los establecidos a lo largo de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, así como los expuestos en la norma ISO 19600, que es de aplicación voluntaria pero su cumplimiento reflejaría la buena voluntad de la empresa.

Del mismo modo, los planes de compliance son la forma de eximir a la persona jurídica de responsabilidad penal si están debidamente realizados, pero hay que tener en cuenta que esto no es la única vía para reducir la pena. Con un resultado menos beneficioso para la sociedad, nos encontramos con las opciones redactadas en el artículo 31 quáter del Código Penal, que permiten rebajar la pena de la sociedad si se realizan determinadas acciones, como la confesión o la reparación del daño causado.

4.- Por otro lado, es necesario dejar claro la importancia que tiene el órgano de supervisión o *Compliance Officer* en la sociedad, ya que es el encargado de redactar el plan de compliance y vigilar posteriormente su cumplimiento. A pesar de que puede contar con la ayuda de asesores externos y de los departamentos internos, la función y las acciones que lleve a cabo este órgano son imprescindibles para prevenir delitos o para eximir a la persona jurídica de responsabilidad.

Una de las tareas que la persona jurídica debe llevar a cabo es el análisis de riesgos, el primer requisito que establece el Código Penal para la correcta elaboración de un plan de compliance y cuestión sobre la que versa la parte práctica del trabajo.

En el análisis de riesgos se llevará a cabo un estudio de la sociedad en cuestión, viendo las actividades que desarrolla, las personas físicas que la dirijan, los lugares donde actúe, el número de empleados que tenga y cualquier otra cuestión que el *Compliance Officer* considere pertinente para identificar los riesgos penales.

Una vez identificados los riesgos penales, que cambiarán en atención a las características de la empresa, pues no todas las empresas pueden cometer los mismos delitos, habrá que analizarlos

y valorarlos. Este análisis y valoración se hará mediante la observancia a la forma de actuar de la empresa, calificando el riesgo en base a la probabilidad de cometerse y a las consecuencias jurídicas, económicas y reputacionales que deriven de la comisión.

Después de esto, como realicé en la parte práctica del trabajo, se tendrá que llevar a cabo una recomendación sobre cómo prevenir los delitos y sobre la forma en la que debe actuar la empresa cuando se esté cometiendo un delito por personas físicas que trabajan en ella.

5.- Para finalizar, debo destacar de nuevo la gran relevancia práctica que está teniendo y tendrá el Compliance, sin dejar de lado que acaba de comenzar, por lo que seguramente nos depararán cambios sobre la materia. Sin embargo, la falta de jurisprudencia se trata de rellenar con la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, documento que tiene que ser tenido en cuenta por cualquier órgano de supervisión si quiere lograr la exención de responsabilidad penal para la persona jurídica.

## **9. BIBLIOGRAFÍA**

### **9.1 Libros**

Abia González, Ricardo y Dorado Herranz, Guillermo. (2017). *Implantación Práctica de un Sistema de Gestión de Cumplimiento-Compliance Management System*. Pamplona: Thomson Reuters ARANZADI.

Banacloche Palao, Julio y Zarzalejos Nieto, Jesús . (2015). *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. Madrid: Wolters Kluwer.

Galan Muñoz, Alfonso y Núñez Castaño, Elena. (2017). *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

González Cussac, J. L. (2015). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Barcelona: Librería La Jurídica.

Velasco Nuñez, Eloy y Alberdi Saura, Beatriz. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

## 9.2 Referencias de Internet

- Casanovas, A. (2015). *Serie tests de Compliance-9- Evaluación del modelo de prevención penal español: Risk assessment*. Blog KPMG Cumplimiento Legal, N°9 (22). Obtenida el 05/04/2018 de [https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/test\\_compliance\\_9.pdf](https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2016/12/test_compliance_9.pdf)
- Díaz Gómez, A. (2013). *Novedades del Proyecto de Reforma de 2013 del Código Penal sobre la Responsabilidad de las Personas Jurídicas*. Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, ISSN-e 1695-078X, N°. 11 (Pgs. 149-168). Obtenida el 22/03/2018 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4527334>
- Milans del Bosch, Santiago y De Urríes, Jordán. (2014). *Sociedad Mercantil Local. El Nuevo Marco Jurídico y de Responsabilidad Penal*. Cuadernos de Derecho Local, N° 35 (29), Obtenida el 15/03/2018 de [https://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1415792076es.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1415792076es.pdf)

## 9.3 Legislación

Código Civil

Código Penal

Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. (BOE núm. 297 de 13/12/1995)

Ley 6/1997 de 20 de abril de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado (BOE núm. 90, de 15 de abril de 1997)

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 03/07/2010)

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 02/10/2015)

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24/10/2015)

#### **9.4 Jurisprudencia y doctrina administrativa:**

Sala de lo Penal del Tribunal Supremo: STS N°514/2015 de 2 de septiembre de 2015, STS N°1193/2010, de 24 de febrero

Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Navarra: Auto N° 91/2016 de 22 de marzo

Circular 1/2016, sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015