La reforma del Código Penal, ¿un nuevo desafío para las empresas?

Tras la reforma del Código Penal de 2015, todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector o actividad, deberán tener un plan de cumplimiento normativo que abarque a todas las jurisdicciones, y no solo la penal, acreditando la existencia de una cultura corporativa de respeto al derecho. De este modo, se podrá eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica en determinados supuestos.

Patricia Juárez

El pasado 1 de julio entró en vigor la reforma del Código Penal, en la que al fin el legislador delimita de forma más adecuada el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica. De este modo, se logra finalizar con las innumerables dudas interpretativas que había planteado la regulación de 2010, que introducía por primera vez en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La nueva redacción determina que la persona jurídica será penalmente responsable cuando se den dos requisitos: (a) que un administrador, directivo o empleado cometa un delito de los que general responsabilidad jurídica en el ejercicio de su cargo dentro de la entidad y (b) que como consecuencia de la comisión de dicho delito, la sociedad obtenga un beneficio directo o indirecto. Asimismo, se prevé que si la entidad ha implementado modelos de organización y gestión adecuados para la prevención de los delitos, podrá determinarse una exención de responsabilidad penal, total o parcial.

Así, todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector o actividad, deberán tener un plan de cumplimiento normativo (*corporate compliance*) que abarque a todas las jurisdicciones, y no solo la penal. Pero, ¿cómo implantar un plan de cumplimiento normativo que se ajuste a las últimas reformas en la materia?

Como punto de partida es fundamental asumir que existen numerosos puntos controvertidos, que han suscitado importantes debates a nivel doctrinal, y que sólo podrán ser solucionados con el transcurso del tiempo, mediante la posible intervención del legislador y la casuística de nuestros tribunales (al respecto, STS 154/2016, de 29 de febrero y STS 221/2016, de 15 de marzo, primeras sentencias sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, y Circular número 1/2016 de la Fiscalía General del Estado). Por ello, el objetivo de este artículo no es introducir todas y cada una de las cuestiones objeto de polémica, sino establecer los puntos que las entidades deben considerar a la hora de valorar un concreto plan de cumplimiento normativo.

Por tanto, ¿qué es un *modelo de organización y gestión eficaz*? En la práctica, esta cuestión es más compleja de lo que pudiera parecer, ya que no basta con una interpretación literal de la norma, sino que es necesario atender a la finalidad de la reforma. Así, el legislador no pretende que la entidad demuestre que existe un modelo de prevención, sino que acredite la implantación en la sociedad de una cultura cor-

porativa de respeto al derecho, de cumplimiento normativo, que *per se* incluirá dicho modelo. Se pretende la instauración de un modelo transversal de cumplimiento, que sobrepase el ámbito penal. Realizadas las anteriores consideraciones, apuntar que los modelos de *compliance* deben ser claros, eficaces, y constar por escrito, preferiblemente en un único documento; asimismo, deben definirse en los términos del apartado 5 del artículo 31 bis, esto es:

• Deben identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. Es fundamental conocer y vigilar los tipos de clientes, países, áreas geográficas, productos y servicios, tipos de operaciones, o el tamaño de las empresas.

• Indicarán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos (por ejemplo, acreditando la diligencia debida de proyección interna en los procesos de contratación, promoción y nombramientos).

• Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

• Establecerán un sistema disciplinario que sancione debidamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

• Deberá realizarse una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Será necesario determinar un oficial de cumplimiento, *compliance officer*, o constituir un Comité de cumplimiento que lleve a cabo las funciones de supervisión y vigilancia del modelo de prevención, dependiendo y reportando directamente al órgano de administración. Adicionalmente, el propio Código Penal proporciona la opción a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (aquellas autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada) de atribuir las funciones de supervisión directamente al órgano de administración. El organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo debe detentar poderes autónomos de iniciativa y control, sin perjuicio de que en última instancia corresponda al órgano de administración determinar la política de control y gestión de riesgos de la sociedad y su supervisión, que en las sociedades cotizadas tiene la condición de facultad indelegable [art. 529 ter b) de la Ley de Sociedades de Capital]. Así, la función del *compliance officer* es la de participar en el diseño e implementación del modelo, y supervisarlo, pero no la de participar en la toma de decisiones derivada de la política de control y gestión de riesgos de la sociedad.

En conclusión, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos, no aconsejándose la copia de programas elaborados por otras entidades o los programas estandarizados, debiendo involucrar a la alta dirección en la implementación de los mismos. No obstante, dada la novedad de la materia, será necesario esperar a la acción del legislador y a la interpretación jurisprudencial para aclarar cuestiones problemáticas, sin menoscabo de que, aunque se implemente un modelo de compliance adecuado, siempre exista posibilidad de comisión de un delito en la entidad ::