



LOS PLANES DE COMPLIANCE PENAL EN LA EMPRESA

La DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en vigor desde el 26 de febrero de 2014), a diferencia de la actual legislación española, establece un importante incentivo para que las empresas que contraten con el Estado, adopten programas de cumplimiento (Compliance Programs) penales y colaboren con la Administración de Justicia. A la vista de esta tendencia, no parece descartable, resultando incluso deseable, que se establezca la adopción de dichos programas como exigencia para las empresas que quieran contratar con el sector público.

La Directiva, no solo obliga a la exclusión de las empresas que hayan sido condenadas en sentencia firme por corrupción, entre otros delitos. También permite que dichas empresas eviten la exclusión si, entre otras cuestiones, prueban que han implementado un sistema de compliance penal adecuado (medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas). Se trata de un claro incentivo para que las empresas que contratan con la administración pública adopten programas de compliance penal apropiados.

No resulta descartable que, en el futuro, se exigiera como requisito de contratación con el sector público que el operador económico tuviera un programa de cumplimiento penal adecuado. De esta manera se asegura que todas las empresas que contraten con el Estado adopten estos programas de cumplimiento.

La Directiva europea exige que las autoridades nacionales excluyan de los procesos de contratación pública a aquellas empresas que hayan sido condenadas por determinados delitos.

En España, la vigente Ley de Contratos del Sector Público (2011) contiene un catálogo similar de delitos al de la Directiva europea.

La Directiva europea da una gran relevancia a los programas de compliance penal para lograr rehabilitar a una empresa inicialmente excluida por haber sido condenada mediante sentencia firme. De este modo permite que el operador económico demuestre su fiabilidad mediante la prueba de una serie de circunstancias, entre las cuales destaca la existencia de un programa de compliance penal adecuado. Ahora bien, la adopción de los mismos no constituye un motivo automático de inclusión. El operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva, colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o falta. Las medidas técnicas, organizativas y de personal concretas deben estar orientadas a la prevención de infracciones penales.



La evolución que está experimentando la normativa europea parece conducir a que en el futuro, la administración pública exija Compliance Program penal a todas las empresas que contraten con el sector público.

Podemos asegurar que la Directiva europea sobre contratación pública de 2014, constituye un importante incentivo para que los operadores económicos que contraten o pretendan contratar con la administración pública implementen programas de cumplimiento penal adecuado. Además proporciona idéntico incentivo para que, en caso de encontrarse en el seno de un procedimiento penal, indemnicen rápidamente, colaboren con la administración de justicia y mejoren su sistema de compliance penal. A la vista de la evolución reciente, resulta probable y deseable que en un futuro no lejano se exija como requisito de contratación con el sector público que el operador económico tenga implementado un programa de compliance penal adecuado.

Así las cosas, y centrándonos en la legislación española, podemos referirnos a la reforma del Código Penal de 2010, en cuyo artículo 31 bis, en vigor en la actualidad, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se establece lo siguiente:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

Sin embargo, en la nueva revisión del Código Penal que está a punto de publicarse, se modifica este artículo, alineándolo con lo establecido en la Directiva europea, en el sentido de desarrollar más la responsabilidad de la persona jurídica, y establecer que solamente quedarán exentas de responsabilidad, aquellas que tengan programas de control revisados. La modificación es la siguiente y se encuentra en la actualidad publicada en la página web del Congreso de los Diputados:

“Vigésimo. Se modifica el artículo 31 bis, que queda redactado como sigue:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o 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 para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por

haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. 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;**

2.ª) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control;

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 letra b).

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 aquéllas 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.**

En este caso resultará igualmente aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del número 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior, deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2. Establecerán 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.

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



4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

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

El modelo contendrá las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo, y requerirá, en todo caso:

a) de una verificación periódica del mismo 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; y

b) de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención.»

Los planes de compliance penal deberán:

1. Identificar los riesgos delictuales.
2. Definir medidas de control para evitar la comisión de delitos.
3. Monitorizar las medidas de control con chequeos regulares para comprobar que funcionan.
4. Formar a los trabajadores.
5. Elaborar informes trimestrales y un documento del plan anual.