REFORMA 2013
CÓDIGO PENAL

Nuevas implicaciones y responsabilidades para empresas y directivos.

BONET

REFORMA 2013 **CÓDIGO PENAL**

Nuevas implicaciones y responsabilidades para empresas y directivos.

CONSIDERACIONES INICIALES

El código penal de 1995 se reformó en el 2010 para incorporar multitud de novedades, entre las que destaca la posible imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en determinados supuestos y situaciones. Al objeto de clarificar y definir los criterios de responsabilidad penal para las empresas el Anteproyecto de Ley de Abril 2013 incorpora un mayor detalle y clarificación de los supuestos de asignación de responsabilidad penal a las empresas y a sus administradores y directivos.

NUEVAS IMPLICACIONES Y RESPONSABILIDADES

Considerando las novedades de la Ley 5/2010 y las actualizaciones del Anteproyecto de reforma del Código Penal de abril de 2013, los aspectos más relevantes a considerar por las empresas y sus directivos son las siguientes:

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA (RPE).

La empresa (tal como establece el Art. 31 bis) podrá ser imputada penalmente por los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la misma y en su beneficio directo o indirecto en los siguientes supuestos:

- ✓ **Realizados 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 contro**l dentro de la misma, **y la persona jurídica no dispone de los procedimientos y controles que le permiten los requisitos de excepción**.

- ✓ **Realizados** por quienes, estando sometidos a la autoridad (**empleados, colaboradores, agentes**…), de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior han podido realizar los hechos por haberse **incumplido gravemente por aquéllos el deber de controlar su actividad** atendidas las concretas circunstancias del caso.

MODELO DE PREVENCIÓN.

El Anteproyecto de abril 2013 clarifica y determina los requisitos de los procedimientos y controles de prevención de la RPE. Los requisitos de los procedimientos establecen una guía de actuación para una mayor garantía jurídica y determinan el marco de excepción o atenuación de responsabilidad penal. Los aspectos mas destacables de los requisitos de control preventivo son los siguientes:

1. **Identificar las actividades** en cuyo ámbito puedan ser cometidos delitos que deben ser objeto de establecer medidas de prevención y control.
2. **Modelo de Prevención: Adoptar y ejecutar modelos de organización y gestión** que incluyan procedimientos, protocolos de actuación, medidas de vigilancia y control, para la prevención de delitos.
3. **Designar un Órgano Independiente** que ejerza la función de supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo y protocolos de prevención (en las Pymes esta función la podrá realizar el Órgano de Administración).
4. **Actualización y Seguimiento: es necesario realizar verificaciones periódicas del modelo de prevención y realizar eventuales actualizaciones** por fallos o infracciones, cuando se detecten, y por cambios organizativos, legislativos, de la estructura de control o en la actividad desarrollada.
5. **Sistema disciplinario** que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRECTIVOS.

Con independencia de la responsabilidad penal directa por posibles delitos cometidos por éstos, el nuevo Código Penal establece una responsabilidad de prevención y control a los directivos, administradores de hecho o de derecho. Esta responsabilidad queda establecida en el propio Art. 31, 31 bis y el nuevo Art. 286 siete. Los aspectos mas relevantes de los mismos son los siguientes:

- ✓ **Los Administradores de hecho o de derecho responderán penalmente**, aunque no concurran en éstos las condiciones para poder ser imputados penalmente, si tales condiciones sí se dan en la entidad o persona jurídica en cuyo nombre o representación obren (Art. 31).

- ✓ **Serán imputados penalmente** con pena de prisión, multa e inhabilitación profesional **los representantes legales, administradores de hecho o de derecho que omitan la adopción de medidas de vigilancia o control de prevención de delitos en la empresa** (Art 286).

CONCLUSIONES Y PLAN DE ACCIÓN

Considerando los nuevos deberes de prevención y control de las empresas, al objeto de prevenir la posible responsabilidad penal de la propia empresa y el órgano de dirección y sus directivos, recomendamos iniciar el proceso de evaluación de las implicaciones de esta norma en la empresa y en los diferentes niveles de dirección.

Para todo ello hemos preparado un canal de soporte especializado en **RPE** y quedamos a su disposición para comentar el alcance de los aspectos mencionados en este comunicado y definir las acciones a realizar con carácter inmediato.

Adjuntamos para su información los artículos más relevantes en el ámbito de la empresa del nuevo Código Penal.

Atentamente.

ARTICULOS RELEVANTES RPE

ARTÍCULO 31

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

ARTÍCULO 31 bis

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 gravemente por aquéllos el deber de controlar 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 podrá quedar exenta de responsabilidad si prueba que:

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;

b. 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;

c. los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y;

d. no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de 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 ello será valorado como circunstancia a los efectos de atenuación de la pena.

3. Los modelos de prevención a que se refiere la letra a) del apartado anterior, deberán cumplir los siguientes requisitos:

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

b. 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.

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

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

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

5. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de vigilancia y control a que se refiere la letra b) 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.

6.- 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 ha ejecutado eficazmente un modelo de organización, gestión y control 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.

7.- El modelo de prevención 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.

8.- El funcionamiento eficaz del modelo de prevención requiere:

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;

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

Vigésimo primero. Se introduce un nuevo artículo 31 ter, con el siguiente contenido:

"**1**. 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.

2. 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."

Vigésimo segundo. Se introduce un nuevo artículo 31 quáter, con el siguiente contenido:

"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."

Vigésimo tercero. Se introduce un nuevo artículo 31 quinquies, con el siguiente contenido:

"**1**. 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 o administrativas.

2. En el caso **de las Sociedades mercantiles Estatales** que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del número 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal."

Centésimo septuagésimo sexto. Se introduce en el capítulo XI del Título XIII del Libro 11 una nueva Sección cuarta bis, con la rúbrica "Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas".

Centésimo septuagésimo séptimo. Se introduce, dentro de la nueva Sección cuarta bis del Capítulo XI del Título XIII, un nuevo artículo 286 siete, con la siguiente redacción:

ARTÍCULO 286 siete

"**1**.- Será castigado con **pena de prisión** de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, **e inhabilitación especial para el ejercicio** de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, **el representante legal o administrador de hecho o de derecho** de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, **que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control** que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2.- Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.

3.- No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas."