

ETICA Y EMPRESA

Los Códigos de Conducta y el Control Preventivo de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

Por Luis Mir Pardo

Abogado

El mundo de los negocios requiere cada día más el control de los órganos de gobierno y de sus ejecutivos a través de instrumentos preventivos que permitan a las empresas desarrollar sus actividades en el marco de la legalidad y consolidar de esta forma lo que llamamos “la cultura de la ética empresarial” que se debe de implantar en las organizaciones empresariales para que todo sus miembros que forman parte de su estructura, asuman unos principios básicos en el ámbito de sus actividades. Hasta ahora los llamados Códigos de Conducta se han ido implantando en empresas de cierto volumen, especialmente en las empresas cotizadas y en concreto las del IBEX pero su eficacia, como hemos podido ver, no han alcanzado todos los objetivos pretendidos. De todos es conocido los casos de corrupción en determinadas empresas que han colapsado el día a día de algunos de los órganos judiciales.

La preocupación en el orden político hasta este momento por este tema, ha tenido a mi juicio una traducción limitada e insuficiente en el desarrollo normativo y más concretamente la regulación de lo que se ha llamado la “Corporate Governance” implantada como hemos dicho, más en las empresas de gran volumen que no en el resto –pequeñas y medianas empresas- que forman el tejido empresarial del Estado, centrado más, por otra parte, en establecer procedimientos de nombramiento y organización de los órganos de gobierno de las entidades que no en desarrollar actuaciones que pudieran prever hechos como los abundantes casos de corrupción que a lo largo de estos últimos años han aparecido y que finalmente hemos podido todos padecer. En definitiva podemos decir que la “Corporate Governance” y los Códigos de Conducta que hasta la fecha se han implantado en las empresas han sido un auténtico fracaso para evitar las corruptelas y prácticas fraudulentas, por decirlo de forma suave, tal y como hemos visto.

Dentro de este ámbito y más concretamente en lo referente a hechos delictivos, la L.O. 5/2010 de 23 de junio, que modificó el Código Penal, introdujo ya determinadas Decisiones y Directivas Comunitarias que exigían sanciones a las personas jurídicas. Así pues, se introdujo en aquella reforma la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas para determinados delitos que pudieran cometer en el ámbito de su actividad económica. En consecuencia la Responsabilidad penal por hechos delictivos a partir de esta reforma legislativa, no sólo se limitaba a las personas físicas sino también se extendía a las empresas, en sede del Art. 31 Bis del Código Penal.

De acuerdo con el mencionado artículo la persona jurídica respondía penalmente en dos supuestos:

- Por los delitos cometidos por sus legales representante y administradores de hecho o de derecho.
- Por los delitos cometidos, en el ejercicio de sus actividades por quienes estén sometidos a la autoridad de sus legales representantes o administradores pero no han ejercido sobre ellos –sus subordinados- el control suficiente.

Todo ello, para el caso de que los hechos o actuaciones realizadas vinculadas a la empresa pudieran incurrir en alguno de los 31 delitos previstos en el Código Penal con encaje en la actividad empresarial.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015, modifica el Código Penal y profundiza en esta materia, estableciendo incluso la posibilidad de atenuar o eximir de la Responsabilidad Penal a aquellas empresas que hayan establecido dentro de sus organizaciones procedimientos y protocolos, con carácter preventivo, para el debido cumplimiento de la normativa penal y en general de la legalidad vigente.

En su nueva redacción, el Art. 31 Bis del Código Penal establece que quedará exenta, total o parcial, según los casos, de Responsabilidad Penal cuando:

- Se han adoptado y ejecutado con eficacia, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control para prevenir delitos.
- La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantados.
- Los autores han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.
- No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión y vigilancia.

Asimismo, se señala que sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- Confesar la infracción a las autoridades.
- Colaborar en la investigación del hecho.
- Reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- Establecer medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos.

En cuanto a los requisitos que se deben de cumplir en la implantación de los modelos de organización y gestión, quedan también señalados en el indicado art. 31 Bis, del Código Penal:

- Identificación de las actividades objeto de prevención.
- Implantación de protocolos y procedimientos
- Dispondrán de recursos financieros suficientes para las actividades de prevención.
- Exigencia de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos.

- Implantación de un sistema disciplinario y sancionador en la empresa para este ámbito.
- Verificación y control periódico de los modelos y procedimientos.

Sorprendentemente, no es aplicable esta regulación 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. No dice la norma, bajo qué control estas entidades y organismos públicos se encontrarán sometidos para los hechos delictivos a que nos estamos refiriendo. Quizás también en este punto el legislador podría haber hecho un esfuerzo y un paso más para el control de la Responsabilidad Penal en los ámbitos de estas organizaciones oficiales y administrativas.

Si se extiende esta obligación preventiva y de control de las Responsabilidades Penales a las pequeñas empresas cuyas funciones de control preventivo podrán ser asumidas por el propio órgano de administración, entendiéndose que 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.

En conclusión podemos decir que a través de sus respectivos representantes legales de forma interna o externa, según los casos, se debe establecer un control preventivo de las actuaciones que pudieran incurrir en hechos delictivos mediante la implantación de procedimientos internos que sirvan para detectar aquellas situaciones delictivas en que pudieran incurrir tanto la propia persona jurídica como tal –a través de sus representantes legales-, como sus propios empleados y subordinados, con la finalidad de no incurrir en ningún tipo de Responsabilidad Penal. Para todo ello se deberá de contar con la figura del “Controller Jurídico” o profesional especializado para que de forma independiente pueda desarrollar e implantar los protocolos y procedimientos y controles necesarios para poder alcanzar esta finalidad, es decir la exoneración de la Responsabilidad que tenemos comentada.

Con esta reforma se da un paso más en lo que denominamos “la Cultura de la Ética Empresarial”, en el marco de lo que hasta este momento han sido los Códigos de Conducta y de Buen Gobierno en el ámbito de la empresa y de la Responsabilidad Social Corporativa que deben de regir la actividad empresarial y comercial, incluso no sólo en las grandes empresas sino también en las pequeñas y medianas empresas. A mi juicio quedarán aún pendientes de regular procedimientos preventivos para implantar en el ámbito laboral de las empresas que eviten situaciones y comportamientos de “mobbing” que han tenido que sufrir en muchas ocasiones los trabajadores pero quizás esto pueda ser motivo de otro comentario.

22.01.2016

L.M.P.