

Corporate defense & business integrity: compliance y contratación pública

El reconocimiento legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha iniciado en España una nueva etapa que, aunque tardía frente al desenvolvimiento de la materia en el orden internacional, evoluciona a pasos agigantados. En esta evolución destaca la relevancia que ha ido adquiriendo – más aún tras las recientes Sentencias del Tribunal Supremo – la implantación de sistemas de compliance con la finalidad de evitar o al menos minimizar las consecuencias de la eventual comisión del tipo delictivo y con ello de la responsabilidad penal subsiguiente. Su vinculación con la contratación pública parece estar cada vez más cerca.

¿Societas delinquere non potest¹? Societas delinquere et puniri potest

Este principio **societas delinquere et puniri potest** no fue legalmente reconocido en España hasta la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que vino a dar respuesta a la necesidad de poner freno al avance de la criminalidad empresarial, en especial en el marco de la delincuencia económica. Este motivo unido a la influencia de la evolución internacional del Derecho Penal, determinó la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la introducción de un artículo 31 bis en el Código Penal, que se completaba con las disposiciones de los artículos 33.7 (penas imponibles a las personas jurídicas), 50.3 y 4 (extensión y cuota diaria de la pena de

¹ Viejo aforismo romano vigente en nuestro ordenamiento jurídico hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010.

multa), 53.5 (posibilidad de pago fraccionado), 52.4 (multas sustitutivas de la multa proporcional, cuando no sea posible el cálculo de ésta), 66 bis (determinación de la pena aplicable), 116.3 (responsabilidad civil) y 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades).

A diferencia de los sistemas anglosajones – en especial el americano y el británico -, el ordenamiento jurídico español no ha venido a contemplar la responsabilidad penal de las personas jurídicas hasta un momento muy reciente, razón que explica el por qué **no existe tradición alguna en materia de prevención de riesgos penales de las empresas**. Sin embargo, desde 2010 hasta hoy y en especial tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015, el tema de la **corporate defense** y del **compliance** se han convertido en uno de los asuntos en boga en materia de responsabilidad empresarial. Esta tendencia se aprecia también en el marco de la contratación pública y ello por diversos motivos:

- Porque las empresas que contratan con la Administración, como personas jurídicas que son, pueden incurrir en responsabilidad penal, lo que aconseja introducir en su estructura sistemas internos de prevención de delitos como un ejemplo más de lo que ha venido en llamarse “buenas prácticas empresariales”.
- Porque, pese a que el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal excluye la responsabilidad penal de las Administraciones Públicas, esta exención no alcanza a las sociedades mercantiles, que deben por ello preocuparse de dotarse de los medios adecuados para evitar riesgos de incursión en supuestos de responsabilidad penal. ¿Cómo? A través de los modelos de prevención de riesgos penales.

De conformidad con el apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal, las personas jurídicas² serán plenamente responsables – en los supuestos previstos en el Código -:³

- 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.*

² El artículo 31 quinquies del Código Penal establece que 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. El apartado 2 del mismo precepto añade que en el caso de las Sociedades mercantiles públicas 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 apartado 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.

³ Aunque inicialmente los partidos políticos y los sindicatos se encontraban incluidos en la relación de personas jurídicas excluidas, tras la reforma operada por L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, se elimina dicha exclusión, por lo que los partidos políticos y sindicatos pueden ser ya sujetos penalmente responsables

- 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 los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*

Pero el apartado 2⁴ del mismo artículo establece, para el supuesto de que el delito fuera cometido por las personas a las que se refiere el artículo 31.1.a), una serie de circunstancias cuyo concurso configura como una **exención de responsabilidad**, o como una atenuante si sólo pueden ser objeto de acreditación parcial. Tales circunstancias son:

- 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 jurídica⁵;
- 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

El apartado 4 del artículo 31.bis establece que cuando 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** (operando también en este caso la atenuante prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del mismo artículo 31 bis).

Es decir, que el ordenamiento jurídico español contempla atenuantes y eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una de las fundamentales es la **adopción y ejecución de un modelo de organización y gestión** que resulte adecuado para **prevenir delitos**: esto es lo

⁴ El apartado 2 del artículo 31 bis establece que “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 (...)”.

⁵ En relación con este supuesto el apartado 3 del artículo 31 bis dispone que en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión 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

que ha venido a denominarse **código de autorregulación, corporate defense, compliance guide o plan de prevención de riesgos penales**.

Este sistema ha dado un paso más a raíz de las Sentencias 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que han venido a arrumbar la concepción vicarial con que fue diseñada leglamente la responsabilidad penal de la personas jurídicas⁶, señalando que la persona jurídica solo debe responder, y en ello debe residir la investigación o instrucción que le dedique el proceso penal pertinente, partiendo de la **existencia o no de un plan de prevención de riesgos penales eficaz y eficiente respecto de la conducta típica desarrollada por las personas físicas que pudiera haberla llevado a cabo**. En definitiva, la interpretación que debe darse al artículo 31 bis del Código Penal en cuanto a este extremo preciso radica en considerar que para que el establecimiento de un sistema de Compliance puedan operar como atenuante o eximente de la responsabilidad penal, debe acreditarse no la eficacia del sistema de compliance sino la existencia eficiente y eficaz de dicho sistema respecto de la actividad desarrollada por las personas físicas en la concreta persona jurídica.

Esto da una mayor relevancia a la denominada Corporate Defense así como se incardina en la tendencia actual a la introducción de nuevas exigencias en la contratación pública en orden a que se pueda exigir en los pliegos la acreditación de la existencia de **modelos de organización y gestión** de los riesgos penales de conformidad con lo establecido en el artículo 31 bis. Estos sistemas de Compliance deberán cumplir los siguientes requisitos:

— **Diseño del mapa de riesgos:**

- 1.º *Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, que en materia de contratación pública habrá de consistir en la identificación de qué delitos pueden ser cometidos por la empresa en función de su objeto y actividad habitual – artículo 31 bis apartado 5.1 CP.*

— **Establecimiento de procedimientos internos :**

Una vez diseñado el mapa de riesgos es necesario establecer los procedimientos internos que garanticen que las personas físicas que trabajan en la empresa o para la empresa no incurran en uno de los riesgos identificados. Así el artículo 31 bis apartado 5 establece que se:

- 2.º *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. Artículo 31 bis apartado 5.2 CP.*

⁶ En efecto, de conformidad con el tenor de la Ley, la existencia de un **plan de prevención de riesgos penales eficaz y eficiente** conforme al modelo descrito en el apartado 5 del artículo 31 bis – que se expondrá a continuación-, constituye una excusa absolutoria, de manera que corresponde a la defensa de la persona jurídica la **prueba de la eficiencia del sistema de compliance**

3.º Dispondrán de *modelos de gestión de los recursos financieros* adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. Artículo 31 bis apartado 5.3 CP

— Sistema de control del cumplimiento:

- Controles secundarios.
 - ▶ Establecerán un **sistema disciplinario** que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. Artículo 31 bis apartado 5.5 CP
- Controles terciarios.
 - ▶ Realizarán 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. Artículo 31 bis apartado 5.6 CP.

— Sistema reporting

A los órganos de dirección para que restablezcan la estrategia de la entidad en materia de riesgos penales para que aprueben el marco y las medidas correctoras oportunas

- ▶ Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, artículo 31 bis apartado 5.4 CP

De lo expuesto se deduce la importancia de acreditar la existencia de un marco de prevención de riesgos penales eficaz y eficiente y su actualización constante así como su vinculación a los fines que se persiguen.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público,

Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid, 28046 (tel.: 915 829 204)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P.