

El frau en l'empresa: el sistema de prevenció contra els delictes de l'art. 31 bis del codi penal

GABRIELA BOLDÓ

Professora de la Universitat Pompeu Fabra, Coordinadora del Màster Universitari en Advocacia, Exjutgessa-substituta

HAI DÉ COSTA

Professora de la Universitat Rovira i Virgili (URV), Exjutgessa, sòcia Judilex

FRUITÓS RICHARTE

Professor del Màster de l'Advocacia a la UAB, Exmagistrat, soci Judilex

Data de recepció: 1/02/2016

Data d'acceptació: 27/05/2016

RESUM

Amb la reforma del Codi Penal que va entrar en vigor l'1 de juliol del 2015 la persona jurídica ja no només pot ser responsable penalment pels delictes que puguin cometre els seus administradors, directius o treballadors, si tals comissions la beneficien directament o indirectament, sinó que introdueix ara sí i no només com una mera atenuació de la responsabilitat, la possibilitat de l'exempció en cas d'haver adoptat un sistema de prevenció de delictes. El present article tracta de com s'adopta tal sistema de prevenció, o el com, el què i el qui, mitjançant un sistema d'interrogacions i respostes que tracten de donar llum sobre una de les reformes més esperades del Codi Penal.

Classificació JEL: K14; K42; M42; M48

PARAULES CLAU

Compliance penal, reforma penal, frau, detecció, sistema de prevenció.

ABSTRACT

The regulatory reform of the Penal Code, 1 July 2015, introduces the possibility of exception in criminal fraud as long as the organization had implemented a crime prevention system. A legal entity may no longer be criminally responsible for the crimes directors, officers or employees may commit when they benefit the organization directly or indirectly, if the entity has implemented a mechanism of detection and prevention of fraud. This article analyses how, who and when this prevention system needs be implemented throughout a series of questions and answers that try to clarify one of the most expected regulatory reforms.

Classification JEL: K14; K42; M42; M48

KEYWORDS

Regulatory reform, penal compliance, fraud, prevention system.

Introducció: la responsabilitat penal de la persona jurídica i la seva exempció: el *compliance* penal

El 2010, per primera vegada, es va introduir en el nostre Codi Penal una institució d'origen anglosaxó que bandejava el principi *societas delinquere non potest* del nostre ordenament jurídic.

Alguns autors com Santiago Mir Puig raonen que en realitat no hi ha hagut canvi de paradigma quant a la possibilitat de delinquir de la persona jurídica, sinó que el principi que abandona el Codi Penal és el de *societas puniri non potest* (Mir, Corcoy i Gómez, 2014), ja que l'empresa podrà ser responsable penalment per fets perpetrats per les persones físiques que hi treballen, que són les qui tenen capacitat d'acció o omissió dins de la persona jurídica, essent per tant les persones físiques que ostentin algun càrrec en l'empresa qui els cometen en benefici directe o indirecte d'aquestes. Podria tractar-se d'una forma de responsabilitat que és comparable a una responsabilitat civil per fet aliè. Acceptem el canvi legislatiu des de l'òptica del *societas delinquere non potest* o del *societas puniri non potest*, la conseqüència és que la nostra empresa podrà ser condemnada penalment per algun dels vint-i-cinc tipus delictuals previstos quan l'hagi perpetrat, per exemple, un treballador, si això beneficia la persona jurídica d'alguna forma.

Amb l'entrada en vigor de l'última reforma del codi penal per la LO 1/2015, l'1 de juliol de 2015, no només es consolida la responsabilitat penal de la persona jurídica, sinó que introdueix una novetat important en forma d'exempció de responsabilitat en el cas que s'hagi adoptat, per part de la persona jurídica, un sistema o model de prevenció de riscos penals o *compliance* penal.

El *compliance* penal és, sintèticament, un pla de prevenció de delictes i de formació que una vegada implantat en la persona jurídica (empresa) permet acreditar el seu compromís amb el compliment de les lleis penals, i que, en aplicació d'allò que disposa l'articulat de la reforma del 2015, l'exonera de responsabilitat penal.

1. És obligatori per a les persones jurídiques adoptar un sistema de prevenció de delictes?

La reforma del Codi Penal no estableix l'obligatorietat de disposar d'un sistema de prevenció de delictes o *compliance*, si bé s'ha de recordar i fer èmfasis que en el projecte de Llei del CP, es contemplava l'anomenat tipus d'incompliment dels deures de vigilància i control en persones jurídiques i empreses, essent els subjectes actius els administradors que no haguessin adoptat les mesures de vigilància o control adequades, que haguessin evitat la comissió delictual, incloent-hi dins de tals mesures de vigilància i control la selecció acurada i responsable de les persones encarregades del sistema de prevenció de delictes de l'art. 31 bis CP (BOCG. Congrés dels Diputats Núm. A-66-1 de 04/10/2013). Finalment i per les raons exposades en les esmenes del Grup Parlamentari Socialista, aquest tipus delictiu no va veure la llum i amb això la fi d'un tipus el subjecte actiu del qual no era la persona jurídica, sinó els seus administradors, amb penes de fins a un any de presó (esmenes 723 i 724 grup parlamentari socialista).

Malgrat la seva no obligatorietat, la nova regulació estableix com a condició primera perquè concorri l'exoneració de responsabilitat, que el model d'organització i gestió amb mesures de vigilància i control, ha d'haver-se adoptat abans de la comissió delictual (condició 1a. de l'apartat 2 de l'art. 31 bis CP), relegant a la categoria d'atenuant en l'apartat d) de l'art. 31 quater, el fet d'haver establert abans del judici oral, mesures eficaces per prevenir i descobrir els delictes de futur.

La imperiosa necessitat i amb això la quasi obligatorietat, del *compliance* penal, s'imposarà, sens dubte, en un breu lapse de temps en empreses (operadors econòmics) que contractin amb l'administració pública. Serà a partir del moment en el qual les administracions públiques, com deriva de

les lleis de transparència recentment aprovades i el seu evident trasllat a la lluita contra la corrupció pública, finançament il·legal de partits polítics, blanqueig de capitals i suborn; sigui exigint com a requisit o mèrit per a la contractació haver adoptat un sistema de prevenció de riscos penals. La referida exigència d'haver adoptat mesures tècniques, organitzatives i de personal concretes i apropiades per evitar noves infraccions penals, resulta ja obligatòria en la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell de 26 de febrer del 2014, en el cas de contractació d'empreses condemnades per delictes d'organització delictiva, corrupció, blanqueig, treball infantil i altres. Sens dubte l'evolució de la lluita contra la corrupció i la transparència no només comportarà l'exigència de la justificació de la implementació d'un sistema de prevenció de delictes a les empreses condemnades, sinó a totes aquelles que contractin amb l'administració i això de forma imminent a totes les empreses amb capital públic, com a part indissociable de la transparència en la contractació que s'implementarà en breu amb les oficines tècniques de transparència i compliment.

2. Quines són les conseqüències que l'empresa no adopti un sistema de prevenció de delicte?

El complex món empresarial actual, la pressió dels mercats, el sobre-dimensionament de les organitzacions i els continus canvis normatius posen en risc les empreses. En aquest context els delictes tipificats en el codi penal dels que poden ser responsables les persones jurídiques, moltes vegades són desconeguts per directius i treballadors, la qual cosa suposa un risc altíssim d'incompliment fins i tot de forma imprudent.

Aquest incompliment pot comportar les penes descrites en l'art. 33 CP:

- a) Multa per quotes o proporcional de mínim 30 euros/dia fins a un màxim de 5.000 euros/dia per un temps entre 10 dies i un màxim de 2 anys.
- b) Dissolució de la persona jurídica.
- c) Suspensió de les seves activitats.
- d) Clausura dels seus locals i establiments.
- e) Prohibició de realitzar en el futur les activitats en l'exercici de les quals s'hagi comès, afavorit o encobert el delicte.
- f) Inhabilitació per obtenir subvencions i ajudes públiques, per contractar amb el sector públic i per gaudir de beneficis i incentius fiscals o de la Seguretat Social.
- g) Intervenció judicial per salvaguardar els drets dels treballadors o dels creditors.

És per això que per a la tranquil·litat i seguretat de les organitzacions cal implementar un pla de prevenció de delictes, ja que la imposició d'una de les penes citades pot suposar la mort empresarial, ja no només per la mateixa condemna, sinó pel mateix efecte mediàtic negatiu, ja que el sol fet que s'investigui una organització per la comissió d'algun delicte pot comportar que caigui en desgràcia abans de la mateixa condemna, com ja va passar als EUA amb Andersen (el que és l'“efecte Andersen”). En aquest cas no va ser la resolució la que va dur a la liquidació de l'empresa, sinó la mateixa pèrdua de confiança dels clients durant el procediment judicial (Henning, 2009).

3. Amb quina periodicitat s'ha de realitzar el model de prevenció de delictes?

L'art. 31 bis CP, estableix la verificació del model quan es produeixin canvis organitzatius, estructurals de control o d'activitat i, per descomptat, legislatius. L'articulat peca doncs d'una falta de concreció quant a la periodicitat en la qual ha de ser revisat el model. La resposta a tal pregunta no ha de ser una altra que, tractant-se d'un model o sistema absolutament dinàmic i inspirador en tota activitat empresarial, haurà de ser constantment revisat, actualitzat i verificat. El model, doncs, no pot ser entès en sentit estàtic, no és un document o auditoria arxivada en una prestatgeria qualsevol de l'empresa, i que només s'hi accedeix en cas de necessitat o de requeriment per les autoritats administratives o judicials; el model (terme usat pel Codi Penal), o millor usar el terme “sistema” que s'utilitza en la Norma ISO 19600, o fins i tot de l'AS 3806 (estàndard Australià), mai no pot ser un mer certificat o llibre de consulta. Aquest sistema ha d'establir, doncs, un autèntic canvi en els paradigmes en la formació de la voluntat de la persona jurídica a tots els nivells, des dels qui prenen les decisions fins als qui es troben sotmesos a aquestes. En definitiva, el sistema de *compliance* ha de ser integral i integrador, dinàmic, independent, ha de contenir un poder disciplinari de qui exerceixi les funcions de vigilància i control i ha de gaudir d'una total autonomia i llibertat. En cas contrari, no podrà ser contemplat pels tribunals com a tributari de l'exempció de responsabilitat penal. Conforme a això (entenen els programes de *compliance* com un sistema que ho impregna tot), ha de ser revisat constantment, sense un període de caducitat establert “ex ante”. Resulta evident que haurà de ser estrictament diligenciat si, davant proves de control, afloren riscos prèviament no detectats, o es posen de manifest infraccions en protocols i mesures de control.

4. Una visió crítica, pràctica i informativa sobre l'article 31 bis CP

L'hermenèutica de l'article 31 bis del Codi Penal no sembla complicada en una lectura diagonal però, quan ens hi endinsem, ens trobem davant un cúmul de conceptes jurídics indeterminats, i inconcrecions diverses que intentarem desvelar i interpretar d'acord amb els canons internacionals dels plans individualitzats de prevenció de delictes en les persones jurídiques. En aquest apartat desgranem els aspectes més importants de l'article 31 bis CP.

4.1. El benefici directe o indirecte del delicte perquè neixi la responsabilitat en la persona jurídica

S'inicia l'art. 31 bis, apartat primer, amb un autèntic "calaix de sastre", en introduir que les persones jurídiques seran responsables dels delictes comesos en el seu nom o per compte d'aquestes en el seu benefici directe o indirecte. Ens trobem davant conceptes jurídics indeterminats que posen en escac tota l'organització empresarial. Quin és el concepte de benefici indirecte? El no buscat, el no pretès, fins i tot el de benefici col·lateral del delinqüent en el si d'una empresa, que per cometre acte delictiu, necessita com a mitjà l'empresa i la seva estructura, potser fins i tot el seu bon nom o reputació i que aprofitant-se d'això, i com a dany col·lateral en la seva ànsia o mentalitat criminal beneficiarà, gairebé sense saber-ho, i sens dubte sense desitjar-ho, l'empresa de la qual forma part. És gairebé un supòsit en el qual el mitjà per delinquir sigui la mateixa empresa i la seva organització, un concepte tan ampli que és de difícil delimitació, i que perquè no generi inseguretats jurídiques ha d'interpretar-se en el seu sentit més estricte.

4.2. Qui ha de cometre el delicte perquè neixi la responsabilitat de la persona jurídica?

Mantenint la teoria que segueix imperant el principi *societas delinquere non potest*, el codi penal assenyala quines són les persones físiques que poden cometre un delicte en el si de la persona jurídica dels quals aquesta serà responsable. Entrem doncs en el "qui?".

Encapçalen "el qui" les persones físiques integrants dels òrgans d'administració, si bé el redactat els amplia a tots aquells que "*estiguin autoritzats a prendre decisions en nom de la persona jurídica o ostentin facultats d'organització i control dins d'aquesta*" (art.31bis.1.a). A ningú no se li escapa que aquesta àmplia descripció inclou qualsevol apoderat general o especial, qualsevol que pugui prendre decisions.

El delictes no només el poden cometre aquells que ostentin la facultat de prendre decisions en el si de l'organització, sinó que s'ha de posar l'atenció al gir que realitza l'article 31 bis, quan ens situa en el cas que siguin els sotmesos a l'autoritat de les persones físiques que prenen decisions els qui hagin pogut realitzar els fets en incomplir-se greument els deures de supervisió, vigilància i control per part dels primers.

Novament el concepte de persones sotmeses a l'autoritat, torna a ser un concepte amplíssim; noteu, a més, que no s'usa la paraula "treballadors" amb la qual cosa es contemplen multitud de subjectes de forma indefinida, que requereix solament que aquesta activitat delictiva es realitzi en l'"exercici d'activitats socials". És, per tant, de l'estudi de l'apartat anterior que es desprèn que no ha de ser necessàriament un treballador qui realitzi l'activitat delictiva, podent ser terceres persones físiques o jurídiques no estrictament treballadors.

Com a tancament del "qui pot cometre el delictes" i, malgrat tot l'anterior, l'article art. 31 ter CP, acaba conclouent-hi que encara que les persones físiques que hagin comès l'il·lícit no siguin individualitzables o no s'hagin pogut determinar, seguirà sent responsable del delictes la persona jurídica.

4.3. Requisits legals del sistema de prevenció de delictes

L'apartat cinquè de l'article 31 bis estableix sis requisits, que el model de prevenció contra delictes ha de complir. Estem doncs davant l'estructura bàsica del model de prevenció, o *compliance* penal, conforme al Codi Penal.

El primer se centra en la identificació del mapa de riscos que ha de contemplar els 25 delictes del *compliance* que són els següents:

1. Tràfic il·legal d'òrgans art. 156 bis.
2. Tracta d'éssers humans art. 177 bis.
3. Prostitució, explotació sexual i corrupció de menors art. 189 bis.
4. Intimitat, violació informàtica i altres delictes informàtics art. 197 quinquies.
5. Estafes i frauds art. 251 bis.
6. Frustració de l'execució art. 258 ter.
7. Insolvències punibles art. 261 bis.
8. Danys informàtics art. 264 quater.
9. Propietat intel·lectual i industrial, mercat i consumidors art. 288.
10. Blanqueig de capitals art. 302.
11. Finançament il·legal de partits polítics art. 304 bis.
12. Delictes contra la Hisenda Pública i la Seguretat Social art. 310 bis.

13. Delictes contra els drets dels ciutadans estrangers art. 318 bis.
14. Delicte de construcció, edificació o urbanització il·legal art. 319.
15. Delictes contra el medi ambient art. 328.
16. Delictes relatius a l'energia nuclear i a les radiacions ionitzants art. 343.
17. Delictes de risc provocat per explosius art. 348.
18. Salut pública, medicaments, alimentaris i similars art. 366.
19. Tràfic de drogues art. 369 bis.
20. Falsedat de moneda art. 386.
21. Falsedat en mitjans de pagament art. 399 bis.
22. Suborn art. 427 bis.
23. Tràfic d'influències art. 430.
24. Provocació a la discriminació, l'odi i la violència art. 510 bis.
25. Finançament del terrorisme art. 576.

Aquest mapa de riscos, que com el mateix sistema ha de ser de concepció dinàmica, variarà a l'uníson de l'activitat, legislació i persones físiques o jurídiques que conformen la persona jurídica. Cal destacar que molts dels tipus a analitzar en el *compliance* penal són delictes dels anomenats “normes penals en blanc”, la qual cosa requereix un coneixement ampli del dret administratiu, estatal, autonòmic i local, i també de les normes i directives europees. Per això, en l'elaboració del mapa de riscos i en la qualificació dels seus diferents graus de risc, és fonamental el coneixement no només de la legislació sinó també de la jurisprudència, i d'aquesta manera, evitar qualsevol omissió que, de vegades, només el coneixement del món empresarial i penal de forma conjunta pot garantir.

Evidentment i com a conseqüència del mapa de riscos, i com a segon requisit, ens trobem davant la necessària implementació d'uns protocols i procediments per a la concreció i adequació del procés de formació de la voluntat de la persona jurídica. Aquí apareix, per primera vegada, el concepte de formació de la voluntat de l'ens (l'empresa), dissociat de la voluntat de les persones que prenen decisions, dels qui les executen o compleixen. El concepte és amplíssim, i tals protocols o procediments no són els coneguts formularis de codis de bones pràctiques o codis ètics, sinó que van molt més enllà, no poden limitar-se a unes condicions estàndard, ja que afecten des del més humil dels complidors d'ordres fins al més alt dels directius i culminen en el cervell de la voluntat de la persona jurídica, l'òrgan d'administració. Evidentment els protocols existents, normes internes, codis de bones conductes i codis ètics de l'empresa també formen part del pla individualitzat de prevenció, però ara s'introdueixen els protocols i procediments del *compliance* que han d'impregnar la formació de voluntat de la persona

jurídica aconsellant, limitant o inclusivament prohibint determinades decisions, pràctiques o conductes.

Per implementar els protocols i procediments i que tot el pla funcioni no ens podem oblidar de la formació, ja que resulta impossible modificar, canviar o alterar la forma d'actuar si qui ha de fer-ho, ignora o fins i tot menysprea el motiu de tal imposició. Imposar sense educar és sens dubte el gen del fracàs del que es pretén amb el *compliance*, la cultura del compliment normatiu i amb això la implementació del model de prevenció.

Com a tercer requisit s'exigeixen uns models de gestió de recursos financers adequats per impedir la comissió de delictes. Aquest apartat ha tingut diverses interpretacions, alguns entenen que es tracta dels protocols o models de gestió comptables i fiscals, confonent fiscalitat i finançament. Certament el redactat de l'apartat pot conduir a errors interpretatius, però de la literalitat de la norma resulta evident que s'està referint a l'autonomia financera del model d'organització i gestió, o més concretament a la de l'òrgan amb poders autònoms d'iniciativa i control. Així doncs, no es tracta només d'un òrgan simplement independent, sinó que ha de ser independent financerament, per tal que apliqui, sense limitacions, el pla de prevenció en tota la seva extensió i conseqüències. Amb independència orgànica, funcional i econòmica és tal com, sens dubte, ha de funcionar tal òrgan de *compliance*. Si busquem un símil, la independència de l'òrgan de vigilància de *compliance*, hauria de funcionar igual que els òrgans de justícia en qualsevol Estat: de forma independent i amb autonomia financera, perquè en realitat el *compliance* penal no és més ni menys que una anticipació o l'autocontrol de l'activitat econòmica on poden crear-se riscos de comissions delictuals en el si de les empreses, on de forma directa o indirecta molts dels delictes que es tracten de combatre, poden tenir refugi o orquestrar-se. Especialment delictes tals com: finançament il·legal de partits polítics (CP art. 304 bis), delictes de construcció, edificació o urbanització il·legal (CP art. 319), delictes contra el medi ambient (CP art. 327 i 328), suborn (CP art. 427 bis) o tràfic d'influències (CP art. 430), que són l'anomenat nucli dur contra la corrupció pública que assola lamentablement la nostra societat i que, en la majoria dels casos, requereix una persona jurídica per a la seva execució.

L'apartat cinquè de l'art. 31 bis CP, punt quart, segueix estructurant el sistema o model de prevenció de delictes, ara amb l'obligació d'establir un canal de denúncies. Aquest canal de denúncies s'incorpora a través d'un mandat imperatiu, amb l'obligació d'informar de possibles riscos i incompliments a l'organisme de vigilància i control. D'altra banda, si bé no s'estableix expressament que el canal de denúncies sigui anònim i amb totes les garanties de protecció de dades, sembla que hi ha consens i és pràctica habitual que els canals de denúncia ja implementats per determinades

empreses en cas de vulneracions del codi ètic, estableixin l'anonimat de les denúncies, de manera que sembla fàcil d'implementar.

El cinquè requisit se centra en el sistema disciplinari que ha de sancionar adequadament l'incompliment de les mesures que estableix el model. Aquest sistema disciplinari no tan sols hauria d'afectar les persones sotmeses als òrgans o persones que prenen les decisions, és a dir, aquells contemplats en la lletra b) de l'apartat primer de l'art. 31 bis CP, sinó que també ha d'incloure els òrgans de presa de decisions, o directament al consell d'administració, ja que el *compliance* ha d'impregnar i implicar tota l'organització. L'afirmació que el sistema disciplinari ha d'incloure els òrgans de decisió, fonamenta la teoria que aquest òrgan de vigilància i control de *compliance* no pot estar format exclusivament pel consell d'administració (i que tractarem més endavant), ja que si no ell mateix es converteix en jutge i part del sistema disciplinari, la qual cosa ens portarà a un model d'organització inadequat i ineficaç, i per tant no podrà ser considerat mereixedor d'eximent de responsabilitat penal.

Finalment i com a últim requisit, es requereix una verificació periòdica quan es posin de manifest infraccions rellevants de les seves disposicions, o quan es produeixin canvis en l'organització, en l'estructura de control o en l'activitat desenvolupada que els facin necessaris, com ja hem referit a l'apartat corresponent.

4.4. Qui ha d'adoptar i supervisar el model de prevenció?

La supervisió del model ha de ser confiada a un òrgan de la persona jurídica amb poders autònoms d'iniciativa i de control "o" que legalment tingui encarregada la funció de supervisar l'eficàcia dels controls. L'ús de la disjuntiva "o" en lloc de la copulativa "i" varia, i molt, el tipus d'òrgan que ha de crear-se i la seva composició, ja que per als juristes, i especialment els penalistes, la literalitat del precepte és molt important, però també ho és la seva interpretació sistemàtica.

Conforme a una interpretació literal, d'altra banda majoritària en la doctrina, existeixen en realitat dos tipus d'òrgans de constitució i designació per la junta (que no per l'òrgan d'administració), a saber:

- a) El primer, l'òrgan autònom d'iniciativa i control, és un òrgan independent, supervisor, implementador, controlador, formador, l'autèntic "comitè de *compliance*" o "*compliance officer*".
- b) El segon, "*qui tingui legalment encarregada la funció de supervisar l'eficàcia dels controls*" és, en realitat, una *rara avis*, ja que només té la funció "legal" de supervisar l'eficàcia dels controls

interns. Acollint-se a això, no són pocs els qui han entès que la creació d'un òrgan pel mateix consell d'administració i format pels mateixos consellers i conselleres que es limiti a supervisar el sistema de compliment és suficient per complir amb el precepte.

De la interpretació del precepte pot entendre's que es permet que qui ha d'adoptar el model (el consell d'administració), i que l'ha de confiar a un òrgan autònom, perquè també pugui exercir-ne labors de control sobre el mateix ens decisor, mitjançant la introducció de la "o" disjuntiva pot crear un òrgan format per les mateixes persones que conformen el consell d'administració amb una altra denominació i que es limiti a supervisar l'eficàcia del model. Sens dubte un òrgan així creat, és molt proper al frau de llei. Per sort la majoria dels autors i professionals del *compliance*, recomanen no només ja la creació de l'autèntic òrgan autònom de la primera part del precepte, sinó que en el cas que es decideixi per la segona opció, la seva formació inclogui obligatòriament a externs no dependents de la persona jurídica i experts en *compliance* penal i no tan sols a personal absolutament dependent de l'empresa (com a assessors legals interns o exclusivament als mateixos consellers i conselleres de l'òrgan d'administració), entenent que si el mateix òrgan d'administració tingués, amb els mateixos membres, una doble denominació: "consell d'administració i de *compliance*", ens trobaríem en un autèntic bucle en el qual el controlador seria el controlat, la qual cosa donaria un fictici compliment a les disposicions legals.

Així mateix i per a les persones jurídiques que estiguin autoritzades a presentar comptes de pèrdues i guanys abreujats, és a dir les que actualment i durant dos exercicis consecutius reuneixin, en la data de tancament de cadascun d'ells, almenys dues de les següents circumstàncies: No superar els 11.400.000 € d'actiu, no superar els 20.800.000 € d'import net de xifra de negoci, no superar els 250 treballadors; les funcions de supervisió de l'òrgan autònom poden ser assumides pel mateix òrgan d'administració, ja que aquestes empreses són considerades de petites dimensions. La distinció anterior, si la comparem a la realitzada anteriorment conforme a la interpretació d'alguns autors, no seria necessària, atenent al fet que això també ho realitzarien així les empreses de grans dimensions, però creant-hi un òrgan "*ad hoc*" amb les mateixes persones tal com hem analitzat.

4.5. L'exempció de la responsabilitat i l'atenuació de la pena

Malgrat la implementació del pla de prevenció de delictes, pot succeir que la ment criminal sigui més espavilada que tots els protocols,

controls, valoracions de riscos, prohibicions o limitacions que es puguin haver implementat per evitar la comissió del delict. En aquest cas, el codi penal preveu que l'exempció de responsabilitat es mantindrà si tals models existien prèviament a la comissió delictual, i a més de reunir els requisits formals que s'han esmentat anteriorment, el pla s'ha executat amb eficàcia i idoneïtat, és a dir, que prevegi la comissió delictual o la redueixi de manera significativa.

En aquest cas la persona jurídica haurà de veure's desvinculada del procediment judicial que seguirà per les persones físiques que haguessin comès l'il·lícit de pròpia mà.

Però fins i tot en el cas que no s'aconseguís l'exempció de responsabilitat per falta d'acreditació parcial dels requisits anteriors, sempre podrà operar l'atenuant de la pena (que no circumstància modificativa de la responsabilitat criminal). Si bé davant la redacció donada pel paràgraf segon de l'apartat segon de l'art. 31 bis, ens trobem amb una nova d'inconcreció puix que no refereix si tal acreditació parcial ho pot ser de tots o d'alguns dels apartats. Per això, ha d'entendre's sempre la interpretació més favorable a la persona jurídica.

L'anterior, i com a tancament de l'estudi d'aquest article 31 bis, ha de concloure's amb l'establert en l'article 31 quater, pel qual es determina que l'adopció d'un model de prevenció o *compliance* penal, fins i tot amb posterioritat a la comissió del delict però abans de l'obertura del judici oral, serà un criteri a valorar pel qui jutja per a l'atenuació de la pena.

5. Conclusions

Analitzada la responsabilitat penal de les persones jurídiques i el pla de prevenció de riscos penals des de la perspectiva del dret comparat, juntament amb el minuciós estudi de l'únic article del Codi Penal, el 31 bis, que estableix les bases i requisits tant de la responsabilitat penal com de la seva exempció i possible atenuant després de la implementació d'un pla de prevenció de riscos; hem pogut arribar a la conclusió que existeix un elevat grau d'inconcreció per la contínua utilització de conceptes jurídics indeterminats per part del precepte legal. Tan ampli camp d'interpretació comporta a concloure que només la pràctica diària, la doctrina i la jurisprudència que vagi emanant dels nostres jutjats i tribunals podrà dur llum a les incògnites i dubtes interpretatius que genera l'article 31 bis. No obstant això, i malgrat la falta d'una reglamentació més exhaustiva, cal no oblidar que la implementació d'un pla de prevenció de riscos penals, és sens dubte un benefici per a la persona jurídica, no solament en la seva protecció davant la

responsabilitat penal, com a requisit objectiu que acrediti la transparència i honestetat d'aquesta, la qual cosa sens dubte genera confiança i credibilitat enfront de la societat.

Addenda

Amb posterioritat a la data del tancament del present article, es va publicar la circular 1/2016 de la Fiscalia General de l'Estat en la qual s'estableixen les directrius que han de seguir els fiscals a l'hora d'investigar els delictes imputables a les persones jurídiques i de com ha de valorar-se el pla de prevenció de riscos penals per obtenir l'exempció de responsabilitat prevista en l'art. 31 bis del CP. La circular ve a confirmar els comentaris i conclusions dels autors en el present article. La seva anàlisi completa es pot trobar en la publicació que sobre aquesta va efectuar la coautora Haidé Costa en la publicació digital Confilegal (Circular 2016/01/23).

Referències Bibliogràfiques

- BOCG (2013) Congrés dels Diputats Núm. A-66-1 de 04/10/2013 p. 1 http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF#page=1 (Art. 286 sexies).
- CONFILEGAL (2016) <http://confilegal.com/2016/01/23/el-compliance-penal-y-circular-fiscalia-responsabilidad/>
- ESMENES 723 I 724 GRUP PARLAMENTARI SOCIALISTA. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF#page=1
- HENNING, P.J. (2009) "Corporate Criminal law Liability and the Potential for Rehabilitation" en *American Criminal Law Review* 46, pp. 1417 i ss.
- MIR, S.; CORCOY, M. i GÓMEZ, V. (2014) "Responsabilidad de la empresa y Compliance", Edisofer, SL, Madrid.
- PARLAMENT EUROPEU (2014) Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell de 26 de febrer del 2014, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=es>

ACCID

Associació
Catalana de
Comptabilitat i
Direcció

Associació Catalana de Comptabilitat i Direcció

Edif. Col·legi d'Economistes de Catalunya
Pl. - Gal·la Plàcida 32, 4^a planta - 08006 Barcelona
Tel. 93 416 16 04 extensió 2019

info@accid.org - www.accid.org - @Associacio ACCID