

Protocolo de actuación, prevención y seguimiento de delitos(I)

Tabla de contenidos

1	Introducción	3
2	Imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica.....	4
	2.1 Actuar en nombre y por cuenta de la persona jurídica o en su provecho.....	5
3	Control y supervisión de actuaciones.	5
4	Penas aplicables a las personas jurídicas.....	6
5	Subsistencia de la responsabilidad penal tras operaciones de reestructuración.	7
6	Responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal.	7

NOTA INFORMATIVA PARA LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, DIRECTIVOS, EMPLEADOS, SUBCONTRATISTAS Y AUTÓNOMOS QUE ACTÚEN EN NOMBRE Y POR CUENTA DE INCATEMA SL (en adelante, la “Empresa”).

Mediante la entrega de la presente Nota se recapitula y confirma la información que la Empresa viene circulando entre sus empleados y directivos y, entre otra información, el Protocolo de actuación, prevención y seguimiento para evitar la comisión de delitos en el seno y/o en nombre y por cuenta de la Empresa (en adelante, el “Protocolo”). Este documento informa a todos los que actúen en nombre y por cuenta de la Empresa de diversos delitos que el Código Penal español prevé que puedan ser cometidos por una persona jurídica.

1 Introducción

El Código Penal español prevé, en el artículo 31bis, que las personas jurídicas pueden llegar a tener responsabilidad penal. La responsabilidad penal que se trata en esta Nota no se refiere a los posibles delitos que se cometan contra la Empresa sino a tratar de evitar conductas que puedan “favorecer” a la Empresa pero que, para el legislador español, se configuran como delictivas (a modo de ejemplo: tráfico de influencias, delito fiscal, cohecho, delitos urbanísticos...).

La Empresa es una persona jurídica. Actualmente, en Derecho español se puede enjuiciar a una persona jurídica por la comisión de un delito que le sea a ella imputable. Es decir, ahora las sociedades pueden delinquir y pueden ser castigadas con penas impuestas por el Código Penal español.

La imputación de un delito a la Empresa exige:

1. Que se cometa un delito en provecho de la Empresa y
2. Que el delito lo cometa un miembro del Consejo de Administración de la Empresa o representante (o alguien bajo su autoridad) sin que la Empresa ejercitara el control suficiente. Qué se entiende por control suficiente es un concepto jurídico indeterminado, pero alude a que la Empresa no haya estado lo suficientemente atenta como para advertir que alguna de las personas de su organización ha cometido un delito que beneficia a la Empresa. Es por ello por lo que, como medida preventiva, esta Empresa circula a las personas que actúan en su nombre esta nota informativa como una de las medidas para informar de la existencia de los delitos atribuibles a persona jurídica.

El delito ha de imputarse a la propia persona jurídica lo que significa que la Empresa es responsable por conducta propia. El legislador entiende que a la Empresa se le imputa un delito por un defecto de organización al no haber adoptado las medidas preventivas exigibles para evitar que, en su seno, se cometa un delito.

Ponemos a su disposición una selección de los delitos que, la Dirección de esta Empresa, entiende que podrían ser susceptibles de poder cometerse por empresas de tipología o sectores como los que operan. El que se haya hecho una selección de delitos no implica que, en cualquier caso, la consigna evidente radique en la circunstancia de que nadie que preste servicios para esta Empresa debe cometer delito alguno en el seno de la misma.

Si la normativa sufriera alteraciones se le indicaría pertinentemente enviándole una circular a su correo electrónico y estando Ud. obligado a revisar las novedades que, en su caso, pudieran llegar a producirse.

En todo caso, si alguna conducta o comportamiento le llegase a generar duda sobre su licitud e ilicitud la Empresa, como pauta habitual en todo caso, le instruye desde este mismo instante para que consulte, en primer lugar, a su mando superior con carácter inmediato. El mando superior está obligado a darle las instrucciones pertinentes y, en caso, de duda, a solicitar el asesoramiento interno y/o externo correspondiente.

2 Imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica.

El artículo 31bis tiene el contenido que queda reflejado en el Documento nº 2 al que nos remitimos.

El artículo 31bis recoge una doble forma de imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica:

- Primera vía de imputación: delito cometido por el miembro del órgano de administración (de hecho, o de derecho) o representante de la persona jurídica actuando en nombre y provecho de la Empresa.
- Segunda vía de imputación: delito cometido por un empleado dependiente de administrador o representante.
- “Administrador de derecho”: a efectos aclaratorios se entiende que es “administrador de derecho” en cada sociedad el que la administra en virtud de un título jurídicamente válido. Así, en las sociedades anónimas y limitadas los administradores de derecho son nombrados por la Junta General. Son administradores los miembros del órgano de administración de la sociedad.
- “Administradores de hecho”: son “administradores de hecho” los restantes administradores que hayan ejercido en el pasado tales funciones y las sigan ejerciendo ahora sin título habilitante o aquellos que tengan un nombramiento, no inscrito, caducado o defectuoso; también lo es la persona que adopta decisiones de gestión y manda y gobierna en la sociedad. Es decir, son administradores de hecho los administradores que “de facto” toman decisiones en la empresa aunque, a veces, tengan la cobertura de un testaferrero o sus poderes no estén inscritos, sean defectuosos o hayan caducado.
- Representante: Asimismo y a los efectos del artículo 31 bis del Código Penal, representante es quien ejerce la representación de la sociedad referida a los actos que constituyen su objeto social. Los apoderados deben estar sujetos al control del órgano de gobierno de la persona jurídica y no son, en sentido estricto, representantes.
- Mandos intermedios o subordinados: los mandos intermedios o los subordinados no son “administradores de hecho”. En todo caso, estarán supeditados al control de los órganos de gobierno de la Empresa.

Todo sujeto que opere bajo el ámbito de dirección del órgano de administración de la Empresa, así como los sujetos, que sin estar vinculados a la Empresa por contrato laboral o mercantil realizan y desarrollan sus

actividades en el ámbito de la misma (autónomos), deberán actuar y conocer de la presente información a fin de evitar la perpetración de conductas delictivas en nombre y por cuenta de la Empresa.

2.1 Actuar en nombre y por cuenta de la persona jurídica o en su provecho.

Sólo cabe imputar a la persona jurídica aquellos delitos que se ejecutan en su provecho y actuando en su nombre o por su cuenta en su ámbito de actividad empresarial.

Se actúa en provecho directo de la Empresa cuando se comete un delito para que la Empresa obtenga un beneficio empresarial.

Se actúa en provecho indirecto de la Empresa cuando se comete un delito para producir un ahorro de costes a la empresa.

3 Control y supervisión de actuaciones.

Para evitar la comisión de delitos se establecen las siguientes pautas de actuación:

- Lea atentamente todas las páginas que integran esta Nota y muy especialmente los delitos que se le remiten en los documentos adjuntos
- Solicite aclaración de todos y cuantos extremos no logre comprender.
- Reporte con regularidad a su superior jerárquico.
- Si cree que la conducta resulta inhabitual y/o reporta una ventaja a la Empresa pero no tiene la certeza de si la misma incurre en un tipo delictivo (ahorro fiscal, tráfico de influencias...) pregunte a su mando superior.
- En caso de duda frente a cualquier actuación que tenga que realizar pregunte siempre a su mando superior.

Tenga en consideración:

1. Que usted como persona física, puede ser condenado si comete un delito en nombre de la Empresa para la que presta servicios y en provecho de ésta independientemente de que a usted esa conducta le haya reportado o no beneficio.
2. Que la responsabilidad penal de la Empresa es distinta e independiente de la responsabilidad que Ud. tenga como persona física. En este sentido, no es necesario que haya condena de la persona física para condenar a la persona jurídica. Se condenará a la persona jurídica si queda suficientemente probado que un sujeto de su organización ha cometido un delito en provecho de la persona jurídica incluso aunque:
 - No se haya podido descubrir quién fue;

- No se haya podido dirigir el procedimiento frente a la persona jurídica;

La persona física haya fallecido o se haya sustraído a acción de la justicia (haya desaparecido).

3. Que las circunstancias agravantes y atenuantes de la persona física no son equiparables a la persona jurídica.
4. Que no es aplicable la regulación de la coautoría y la participación delictiva entre las personas físicas y jurídicas.
5. Que se puede imputar un delito a la persona jurídica aunque no lo haya consumado la persona física que lo perpetre y ello porque el artículo 31bis del Código Penal comprende tanto el delito consumado como el intentado (salvo, lógicamente, que el delito no llegue a consumarse porque la persona jurídica lo detecte e impida que se llegue a consumar).

4 Penas aplicables a las personas jurídicas.

La reforma del Código Penal establece las siguientes penas aplicables a las personas jurídicas:

1. Multa por cuotas o proporcional.
2. Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
3. Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
4. Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. La presente medida podrá ser acordada por el Juez como medida cautelar o en sentencia.
5. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. La presente medida podrá ser acordada por el Juez como medida cautelar o en sentencia.
6. Inhabilitación para:
 - obtener subvenciones y ayudas públicas,
 - para contratar con el sector público y
 - para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, siendo todo ello por un plazo que no podrá exceder de quince años.
7. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La presente medida podrá ser acordada por el Juez como medida cautelar o en sentencia (la intervención podrá ser total o parcial,

es decir, el Juez podrá intervenir la totalidad del negocio desarrollado por la persona jurídica o bien una instalación, sección o unidad de negocio independiente, afectada por el ilícito).

5 Subsistencia de la responsabilidad penal tras operaciones de reestructuración.

La reforma del Código Penal estipula que la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal. En este sentido, la referida responsabilidad penal se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión (siendo todo ello en buena medida consecuencia lógica y necesaria de los principios de sucesión universal propios de la normativa societaria que rige la vida de dichas entidades).

El referido traslado de la pena a la persona jurídica podrá ser moderado por el Juez o Tribunal en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

Asimismo, no se extingue la responsabilidad penal de la persona jurídica en caso de que se produzca su disolución encubierta o meramente aparente, considerándose en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

6 Responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal.

Con la entrada en vigor de la Reforma del Código Penal la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará aparejada la responsabilidad civil de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.