



Nota sobre la responsabilitat penal de les persones jurídiques

El règim jurídic de la responsabilitat penal de les persones jurídiques (PJ) es troba recollit en els articles 31 i següents del Codi Penal. Va ser introduït en el nostre ordenament jurídic mitjançant la Llei orgànica 5/2010, de 22 de juny, i modificat posteriorment per la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març.

Per a l'elaboració d'aquesta nota s'han tingut també en compte els criteris fixats per la Fiscalia General del Estado en la seva *Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015*, de data 22 de gener de 2016.

Àmbit subjectiu d'aplicació:

NO es podrà exigir responsabilitat penal a les PJ següents:

- Administracions territorials: Administración General del Estado, administracions de les comunitats autònomes i ens locals.
- Organismes autònoms.
- Entidades públicas empresariales. Tot i que aquest denominació és pròpia de la LOFAGE i no es troba recollida expressament en l'ordenament jurídic català, cal entendre que està fent referència a les entitats de dret públic que ajusten la seva activitat a l'ordenament jurídic privat a què fa referència l'article 1 b).1 de l'Estatut de l'Empresa Pública Catalana.
- Consorcis
- Fundacions públiques. Cal interpretar que ens trobarem davant d'una fundació pública quan les aportacions o el patrimoni de la fundació corresponguin en més d'un 50% a una administració pública o al seu sector públic, o bé disposi de la majoria de drets de vot en el patronat.

SÍ es podrà exigir responsabilitat penal a les PJ següents:

- Societats mercantils públiques, tot i que es fixa un règim especial de limitació de penes (només se'ls podrà imposar la pena de multa o d'intervenció judicial) per a aquelles societats que executin polítiques públiques o prestin serveis d'interès econòmic general.
- Fundacions en què la participació de l'administració o sector públic sigui minoritària.

Requisits per a l'existència de responsabilitat penal de les PJ:

1. Ens hem de trobar davant de la comissió d'algun dels delictes atribuïbles a les PJ. La tipologia de delictes que es poden imputar a les PJ es troben regulats, de forma dispersa, en la part especial del Codi Penal, i afecta 25 tipus de delictes



diferents (estafes, delictes contra la propietat intel·lectual i industrial, el mercat i els consumidors, finançament il·legal de partits polítics, delictes contra la hisenda pública i contra la seguretat social, blanqueig de capitals, etc.)

2. La responsabilitat penal de la PJ és una responsabilitat per transferència, de tal forma que la comissió d'algun dels delictes referits en el paràgraf anterior per persones físiques (PF) relacionades amb la PJ, determinen la responsabilitat penal d'aquesta. El Codi Penal identifica dos grups de PF que poden generar la responsabilitat penal de la PJ:

- El primer (article 31 bis 1, lletra a)) està format per les persones amb major responsabilitat en les entitats (representants legals, membres dels òrgans de govern i directius o càrrecs intermedis amb facultats d'organització i control).
- El segon (article 31 bis 1, lletra b)) està format pel conjunt de treballadors de l'entitat (en sentit ampli ja que inclouria també els autònoms o subcontractats que estiguin integrats en el perímetre del domini de la societat), si bé en aquest segon supòsit, la imputació de responsabilitat penal a la PJ exigeix que hi hagi hagut un incompliment greu dels deures de supervisió, vigilància i control que correspon a les persones referides en el paràgraf anterior.

3. Finalment, s'exigeix també que la PJ hagi obtingut un benefici (directe o indirecte) de l'activitat delictiva.

Respecte aquest requisit, la Fiscalia General de l'Estat puntualitza que:

- L'acció delictiva ha de tendir a l'obtenció d'aquest benefici, però no és necessari que es produeixi.
- No és necessari que la PF que delinqueix persegueixi específicament el benefici de la PJ, n'hi ha prou amb que aquest es produeixi encara que no fos la seva intenció.
- El benefici no ha de ser necessàriament pecuniari, s'inclouria qualsevol benefici estratègic, intangible o reputacional com, per exemple, la millora de posició respecte altres competidors.

Exempció de responsabilitat penal de les PJ:

Perquè es pugui eximir l'entitat de la responsabilitat penal referida anteriorment, cal que es compleixin totes i cadascuna de les condicions següents (el compliment parcial no podria comportar l'exempció, però sí una atenuació de la pena a imposar):

a) Que la PJ, abans de la comissió del delicte, tingui implementat i executat un model d'organització i gestió o Compliance Program (d'ara endavant Compliance) amb les característiques següents:

- Ha de contenir una anàlisi adequada dels riscos de l'entitat que permeti identificar les activitats en el marc de les quals es podrien cometre els delictes que s'han de prevenir



- S'han d'establir protocols per a la presa i execució de decisions per l'entitat en allò relatiu a aquests delictes (la circular de la Fiscalia fa un especial èmfasi en que s'han de garantir alts estàndards ètics en la contractació i promoció de directius i membres dels òrgans de govern de l'entitat)
 - Ha d'implementar models de gestió dels recursos financers que puguin impedir la comissió dels delictes que s'han de prevenir.
 - Ha de contenir l'obligació d'informar de possibles riscos i incompliments al Compliance Officer, i ha de contenir els mecanismes adequats per vehicular aquestes denúncies i protegir la confidencialitat del denunciant.
 - Ha de contenir un règim disciplinari que sancioni adequadament els incompliments, la qual cosa comporta que la Compliance hagi de recollir un codi de conducta que estableixi i defineixi clarament els deures i obligacions dels directius i dels empleats.
 - En darrer terme, la mateixa Compliance ha de preveure el deure i els mecanismes específics de verificació periòdica de l'eficàcia de la Compliance.
- b) Que existeixi un òrgan (unipersonal o col·legiat en funció de les dimensions de l'entitat) integrat en la seva estructura, amb autonomia garantida, que s'encarregui del correcte funcionament i compliment de la Compliance. Són els anomenats oficial de compliment, o Compliance Officer.
- c) Que aquest òrgan de control o Compliance Officer hagi complert diligentment amb les seves funcions, és a dir, que no ha d'haver incorregut en omissions o en un exercici insuficient de les seves facultats de supervisió, vigilància i control.
- d) Quan el delicte hagi estat comès per les PF que es preveuen en l'article 31 bis 1 a), és a dir, les persones amb major responsabilitat en les entitats (representants legals, membres dels òrgans de govern i directius o càrrecs intermedis amb facultats d'organització i control) a banda dels tres requisits anteriors, per poder-se eximir de la seva responsabilitat penal, caldrà que l'entitat pugui provar que la PF que ha comès el delicte va eludir, de forma fraudulenta, els mecanismes de prevenció i control establerts en la Compliance.

Criteris que aplicaran els fiscals a l'hora de valorar l'eficàcia de les Compliance:

La Circular 1/2016 de la Fiscalia General de l'Estat dona instruccions específiques als fiscals en aquest sentit i, concretament, els dona les pautes següents, que caldria tenir molt en compte a l'hora de valorar quines són les característiques que haurà de tenir una Compliance perquè pugui comportar l'exempció de responsabilitat penal de l'entitat.

- a) No s'han de concebre les Compliance com un salconduit automàtic de la responsabilitat penal.



- b) L'objectiu de la Compliance no és evitar la sanció penal de l'entitat, sinó generar una cultura ètica corporativa. Els fiscals analitzaran específicament si les Compliance recullen un compromís corporatiu que realment dissuadeixi de conductes criminals.
- c) Les certificacions d'idoneïtat (emeses per entitats avaluadores o certificadores) són un element més de prova, però no acrediten indubitablement la seva eficàcia.
- d) La conducta dels directius, en termes de compromís, recolzament i respecte de la Compliance, és un element clau a l'hora de valorar si s'ha implementat en l'entitat una verdadera cultura de respecte a la Llei.
- e) Els nivells d'exigència de la Compliance han de ser més elevats en aquelles activitats que comportin un benefici per a l'organització que en aquelles en què el benefici és purament tangencial al que persegueix l'individu que ha delinquit. En aquests casos, els fiscals examinaran específicament que els protocols i procediments de l'entitat per a la contractació o promoció d'aquest individu haguessin contemplat l'exigència d'alts estàndards ètics.
- f) Els fiscals concediran especial valor al descobriment dels delictes per la pròpia entitat, de tal forma que la detecció de la conducta delictiva i la seva comunicació a l'autoritat comportarà que els fiscals sol·licitin l'exempció de la pena a la PJ.
- g) L'eficàcia o ineficàcia de la Compliance vindrà determinada per la gravetat de la conducta delictiva, el número d'empleats implicats, la intensitat del frau empleat per eludir-la i la freqüència i durada de l'activitat criminal.
- h) Es valorarà el comportament de l'entitat en supòsits anteriors. En aquest sentit, es valorarà positivament la fermesa en la resposta en situacions precedents, i negativament l'existència de procediments penals anteriors o sancions administratives prèvies.
- i) Les mesures adoptades per l'entitat amb posterioritat a la comissió del delictes (imposició de mesures disciplinàries, revisió de la Compliance, col·laboració activa en la investigació....) també denoten el compromís dels seus dirigents amb la Compliance.

Altres consideracions:

La introducció de la responsabilitat penal de les PJ en els termes descrits, i la previsió de mecanismes com la Compliance per tal d'atenuar o eximir aquesta responsabilitat penal, suposa un pas més en la voluntat i cultura d'implementació de tot un seguit de bones pràctiques en el govern corporatiu que també han trobat el seu reflex en altres àmbits més enllà de l'estrictament penal.

Així, cal també tenir present que la Llei 31/2014, de 3 de desembre, per la qual es modifica la Llei de societats de capital per a la millora del govern corporatiu, va introduir tot un seguit de mesures que afectaven tant la Junta General d'Accionistes, per reforçar el seu paper i fomentar la participació accionarial com, especialment, el Consell d'Administració, entrant a regular aspectes als quals se'ls atorga una especial rellevància, com la transparència en els òrgans de govern, la gestió dels riscos o la independència, participació i professionalització dels consellers, tipificant, d'una forma molt precisa, els deures de diligència (article 225) i lleialtat (article 227) i



les obligacions que se'n deriven (recollides de forma detallada en l'article 228), els procediments que s'hauran de seguir en cas de conflicte d'interessos (article 229), així com la regulació de la remuneració dels consellers (article 217 i següents).

Finalment, en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, s'han endegat també diversos processos per implementar mesures que van en la línia esmentada.

Així, es troba en tramitació una proposta d'acord del Govern pel qual s'aprova el Codi de conducta dels alts càrrecs i personal directiu de l'Administració de la Generalitat i de les entitats del seu sector públic, que dona compliment a les previsions de l'article 55 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, que persegueix la consecució d'un major grau d'exigència en el compliment de les obligacions de servei públic per part dels alts càrrecs i personal directiu, als quals els correspon, tal i com la pròpia llei estableix, un innegable paper de lideratge ètic orientat a l'exemplaritat.

D'altra banda, cal també tenir present l'Avantprojecte de Llei d'ordenació del Sistema de Direcció Pública Professional de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i del seu sector públic que, tal i com es recull en la seva exposició de motius, té com a objectiu la introducció d'un nou model en el nomenament i cessament de determinats càrrecs de responsabilitat, per tal d'introduir elements d'acreditació de coneixements, destreses, aptituds i actituds, així com habilitats i competències requerides per al correcte desenvolupament d'un lloc de treball, sotmetent la continuïtat en l'exercici d'aquestes funcions a criteris de resultats en la gestió.

Barcelona, 8 de juny de 2016

Vist i plau

Maria José Hermida Rosés
Responsable jurídic de relacions
amb el sector públic

Carme Sardà i Vilardaga
Advocada en cap