

TRANSACCIONES SEPTIEMBRE 2018

Por Alejandro Ferreiro

¿Es obligatorio que las empresas cuenten con un modelo de Compliance Penal?

Tras la reforma del Código Penal operada en el año 2015, el término “compliance” o cumplimiento normativo se ha popularizado enormemente en nuestro país y se utiliza de forma muy habitual en el ámbito empresarial. Sin embargo, en muchas ocasiones las empresas no conocen sus implicaciones concretas, cuales son los beneficios que puede comportar a la empresa contar con un modelo de compliance y, sobre todo, cuáles son los riesgos a los que se expone por no disponer del mismo. En este sentido, y tras haberse producido ya los primeros pronunciamientos de los tribunales en esta materia, aparece una duda recurrente por parte de las empresas: ¿es obligatorio que una empresa cuente con un modelo de compliance penal?

Lo primero que debe indicarse al respecto es que el Código Penal, tras su reforma operada en el año 2015, no obliga expresamente a las empresas a implementar un modelo de cumplimiento penal. Esto implica que en ningún caso una empresa puede ser sancionada por no contar con un modelo de cumplimiento si hasta la fecha no se ha cometido un delito en el seno de la empresa.

Sin embargo, y si bien no existe una obligación legal de que las empresas cuenten con un modelo de compliance penal, las consecuencias de no contar con uno pueden llegar a ser catastróficas para la organización. Dicho de otro modo, mientras no se haya cometido un delito en el seno de la empresa, la misma no podrá ser sancionada por no contar con un modelo de compliance, pero en el caso de que se cometa un delito por parte de un empleado, administrador o persona perteneciente a la empresa y esta no cuente con el mencionado modelo de cumplimiento normativo, la misma carecerá de herramientas para defenderse en un eventual procedimiento penal, con las graves consecuencias asociadas que puede llegar a acarrear el ser sancionada en dicho procedimiento, tal y como se expondrá a lo largo del presente artículo.

Implantar un sistema de compliance en una empresa consiste en establecer unos marcos de actuación, procedimientos y mecanismos adecuados y efectivos con el fin de garantizar que la empresa o entidad, incluidos todos sus responsables y trabajadores (e incluso terceros con los que se mantengan relaciones comerciales), cumplen con el marco normativo vigente, pudiendo entender este marco normativo de la forma más extensa posible en función de la amplitud que quiera otorgarse al modelo de compliance.

TRANSACTIONS SEPTEMBER 2018

By Alejandro Ferreiro

Must companies mandatorily have a Criminal Compliance System implemented?

After the reform of the Criminal Code operated in 2015, the term compliance has become extremely popular in our country and is very commonly used within the business scope. However, companies mostly ignore its particular implications, the benefits they may take advantage of and particularly the risks at which they are exposed if they do not have a compliance system implemented. In this regard, after the first court decisions on this issue, a recurrent doubt arises in companies: is it mandatory for companies to have a criminal compliance system implemented?

Firstly, we must say that the Criminal Code, after its reform in 2015, does not expressly oblige companies to implement a criminal compliance system. This means that in no event a company may be punished for not having a compliance system if, to such date, no crime has been committed within the company. However, although there is not a legal obligation for companies to have a criminal compliance system, the consequences of not having it may be devastating for the organisation. In other words, until no crime is committed within the company, the company may not be punished for not having implemented a criminal compliance system, but if any crime is committed by employees, directors or any other persons belonging to the company and the company does not have such compliance system in force, the company shall lack any remedy to defend itself in possible criminal proceedings, with the serious consequences that may result from being convicted in such proceedings, as we will explain below.

The establishment of a compliance system in a company consists of establishing certain action and procedural frameworks and the appropriate and effective mechanisms to ensure that the company, including all its officers and workers, (and even third parties with which it may have business relationships), fulfil the regulatory framework in force, understanding such regulatory framework as broadly as possible according to the broadness to be given to the compliance system.

Restringiendo el marco del modelo de compliance al ámbito penal, debe indicarse que uno de los principales motivos por los que las empresas implantan modelos de cumplimiento normativo en su organización es la posible exoneración de la responsabilidad de la persona jurídica en un eventual proceso penal en que la misma se vea imputada, de acuerdo a lo establecido en el Código Penal, para el caso de que la empresa haya adoptado y ejecutado, previamente a la comisión del delito, 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 (esto es, haber implantado efectivamente un modelo de compliance penal). Dicho modelo deberá identificar con claridad las actividades que la empresa realiza y en cuyo desarrollo podrían llegar a cometerse alguno de los delitos tipificados por el Código Penal. En otras palabras, deberá realizarse una identificación de los riesgos inherentes a la actividad de la compañía, así como fijarse los protocolos y mecanismos de prevención, detección y mitigación que eviten la materialización de dichos riesgos.

Como se ha indicado, tras la última reforma del Código Penal la comisión de un delito por parte de determinadas personas físicas en el desarrollo de la actividad de la empresa puede implicar que la responsabilidad por la comisión del delito se extienda a la propia persona jurídica, por entenderse que la empresa es responsable, por acción directa o por omisión, del deber de prevenir el acto constitutivo de delito. Pero ¿cuáles son los concretos riesgos asociados a una condena penal para la persona jurídica? Las condenas a la persona jurídica por alguno de los delitos tipificados en el Código Penal son principalmente económicas, si bien, dependiendo de la gravedad del delito cometido, podría llegar incluso a decretarse la disolución de la sociedad.

Las consecuencias de la apreciación de responsabilidad penal de las personas jurídicas se establecen en el art. 33.7 del Código Penal, siendo calificadas todas las penas asociadas como graves. En concreto, podemos encontrar las siguientes penas asociadas:

- (i) Multa por cuotas o proporcional, que pueden llegar a 10 veces el supuesto beneficio obtenido.
- (ii) 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.
- (iii) Suspensión de las actividades por un plazo de hasta cinco años.
- (iv) Clausura de locales y establecimientos por un plazo de hasta 5 años.
- (v) Prohibición temporal de hasta 15 años, o definitiva, de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- (vi) 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, por un plazo de hasta 15 años.
- (vii) Intervención judicial por un periodo de hasta 15 años.

If we reduce the compliance system framework to the criminal scope, we must say that one of the main reasons why companies implement compliance systems within their organisations is the possible liability exemption of the legal person in criminal proceedings in which the company may be convicted pursuant to that set forth in the Criminal Code, provided that the company has adopted and executed, prior to the crime commission, the appropriate surveillance and control measures to prevent crimes of the same nature or significantly reduce the risk of such crimes being committed (that is, to have effectively implemented a criminal compliance system). Such system shall clearly identify the activities carried out by the company which may lead to any of the crimes categorised by the Criminal Code. That is, the risks inherent to the activity of the company shall be identified and the prevention, detection and mitigation protocols and mechanisms shall be determined to prevent the materialisation of such risks.

As stated above, after the last reform of the Criminal Code, the commission of crimes by certain individuals in the development of the company activity may imply that the liability for such crime committed also extends to the legal person, for understanding that the company is liable, by direct action or omission, for the duty to prevent the act constituting the crime. But, which are the specific risks associated to a criminal conviction for the legal person? Sentences to the legal person for any of the crimes categorised in the Criminal Code are mainly economic, although, depending on the seriousness of the crime committed, the company could be even dissolved.

The consequences of considering the existence of criminal liability of legal persons are established in article 33.7 of the Criminal Code, in which all related crimes are considered as serious. Particularly, we may find the following related penalties:

- (i) Fines based on a time scale or proportional fines, which may reach 10 times the alleged profit made.
- (ii) Dissolution of the legal person. Dissolution shall cause the definitive loss of its legal personality, as well as its capacity to act in the legal business or to carry out any kind of activity, even legal ones.
- (iii) Suspension of the activities for a term of up to five years.
- (iv) Closing of the working premises and establishments for a term of up to five years.
- (v) Temporary prohibition of up to 15 years or definitive prohibition to carry out in the future activities in the exercise of which the crime has been committed, favoured or concealed.
- (vi) Disqualification to obtain subsidies and public aids, contract in the public sector and benefit from tax allowances and incentives or from the Social Security within a term of up to 15 years.
- (vii) Legal supervision for a term of up to 15 years.

Como podemos observar, las posibles penas asociadas implican en todos los casos graves perjuicios económicos u operativos para la empresa. Pero, además, deben tenerse en cuenta los posibles daños colaterales que pueden producirse en el caso de que una empresa sea condenada en un procedimiento penal. En este sentido, los daños reputacionales asociados a una condena pueden ser irreparables para una empresa, pudiendo llegar a implicar una imposibilidad de obtener financiación externa, una pérdida de confianza por parte de proveedores, clientes y terceros relacionados y un gran daño a la marca o prestigio comercial.

A la mitigación del riesgo a que la empresa sea sancionada, deben añadirse el resto de los beneficios asociados que genera la implantación de un modelo de compliance en la organización, como pueden ser, entre otros, la mejora de la reputación e imagen corporativa de la empresa ante la sociedad, lo que acrecienta la fidelidad de los clientes y demás grupos de interés, la creación de una sólida cultura organizacional que defina los valores de la empresa y favorezca la sensación de seguridad de los terceros colaboradores o, a nivel interno, la ayuda a la plantilla y socios comerciales a conocer cómo deben actuar ante diversas situaciones a través de la definición de unos claros parámetros de actuación.

Por todo ello, y respondiendo al interrogante del título, podemos afirmar que contar con un modelo de compliance penal se ha convertido ya en una obligación más que en una opción para las empresas, ya que, si bien no existe una obligación legal imperativa de que las mismas implanten dicho modelo de compliance, carecer del mismo supone una exposición al riesgo demasiado elevada como para considerarse aceptable, todo ello teniendo en cuenta la gran mitigación de riesgo y beneficios asociados que implica el haber implantado satisfactoriamente un modelo de compliance en la organización.

As we can observe, the possible related punishment implies in all cases serious financial or operating damages for the company. Moreover, we must consider the possible collateral damage in the event that the company is criminally convicted. In this regard, the reputation damages associated to such conviction may be irreparable for the company, even leading to the impossibility to obtain external funds, a loss of confidence by suppliers, customers and related third parties and great damages to the trademark or reputation of the company.

Additionally to mitigating the risk of the company being punished, we must remind the other related benefits arisen from implementing a compliance system within the organisation, such as, among others, the improvement of the reputation and corporate image of the company before the society, which will increase the loyalty of customers and other target groups, the creation of a solid organisational culture that defines the values of the company and enhances the sense of security of third-party collaborators or, internally, the assistance to the personnel and business partners in knowing how they must act in different situations by defining clear action parameters.

By virtue of the foregoing, and answering the question posed in the title, we can state that having a criminal compliance system has become an obligation more than an option for companies, since, although there is not a mandatory legal obligation to implement such compliance system, the fact of not having it means too severe risk exposure for companies, considering the great risk mitigation and benefits associated to have successfully established a compliance system within the organisation.

Legal Newsletter se publica para clientes y amigos de la firma. Los artículos publicados no constituyen asesoramiento legal. Si tiene comentarios o preguntas relacionadas con el contenido de la presente Newsletter, le agradecemos contacte con nosotros por e-mail: newsletter@bartolomebriones.com
Para más información y artículos, por favor consulte nuestra página web: www.bartolomebriones.com

Legal Newsletter is published for clients and friends of the firm. The published articles do not constitute a legal opinion. If you have any comments or questions regarding the content of this Newsletter, we would appreciate contact us by e-mail: newsletter@bartolomebriones.com
For more information and articles, please see our website: www.bartolomebriones.com

©2018 Bartolome & Briones, SLP. Derechos Reservados

