29/03/2019

Las empresas tendrán que adaptar sus programas de compliance a los nuevos delitos ya vigentes en el Código Penal

Bruselas aprieta a los estados miembros y lanza una nueva directiva que impulsa varias reformas donde la malversación de caudales públicos y el fraude de subvenciones por encima de 10.000 euros serán delitos



El 21 de febrero de 2019 se publicó la **Ley Orgánica 1/2019**, de 20 de febrero, que entró en vigor el pasado 13 de marzo y que tiene por objeto la transposición a nuestro ordenamiento de varias Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo.

Entre las que se encuentran la número 2014/57/UE de 16 de abril de 2014, sobre las **sanciones penales aplicables al abuso de mercado**, la 2017/541/UE de 15 de marzo de 2017, relativa a la **lucha contra el terrorismo** y la 2017/1371, de 5 de julio de 2017, sobre la **lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal**.

Fermín Morales es Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona y abogado especialista en temas corporativos, a nivel de penal económico.

Ahora su despacho que lleva su nombre plantea una estrategia de posicionarse en Madrid, centro de operaciones de muchas empresas "**esta reforma penal es relativamente inesperada** sobre todo para aquellos que no conocen los compromisos del Estado español en la trasposición de directivas, los que estamos a pie de obra, lo veíamos venir, a nivel de incumplimientos".

También llama la atención que la reforma llega a final de legislatura "se orienta en varias direcciones y responde a compromisos con la UE en materia de protección de los intereses financieros de Bruselas; **fraude tributario y de subvenciones, por otro lado compromisos internacionales relacionados con el abuso del mercado"** .

"La UE le pide a los países que incrementen los tipos penales sobre uso ilícito de información privilegiada, de ahí la reforma de los delitos de abuso de mercado, en materia de 'insider training' [formación interna]", explica **Morales**.

También destaca "reformas puntuales que responden a compromisos en materia de terrorismo y luego hay reformas autóctonas, en materia de imprudencia en delitos de tráfico y en otras materias".

Sobre las materias que vinculan al legislador español con la UE "en materia de fraude de subvenciones la reforma funciona en dos direcciones ambivalentes".

“Por un lado, la reforma del Código Penal supone restricciones a los fraudes de subvenciones en la UE y eleva las cuotas mínimas de fraude de 5000 a 10.000 euros en el tipo atenuado y el básico de 50.000 a 10.000 euros”.

Sin embargo, Morales advierte que “**el legislador español inventa y fusiona el fraude de los intereses de la UE en materia de subvenciones** con los fraudes de las subvenciones españolas. Eso genera que en esta reforma del 2019 se genere un efecto muy ampliador del tipo penal”.

“De esa forma se produce una ampliación en los fraudes de subvenciones internas. Antes de esta reforma, solo si los fraudes superaban los 120.000 en cuanto a fraudes internos en nuestro país tenían relevancia penal. **Ahora cualquier fraude superior a 10.000 euros será delito**”.

Malversación de caudales públicos

Otra cuestión importante de esta reforma tiene que ver con **la malversación de caudales** públicos que este penalista nos explica “se opera en distintas direcciones en atención a las directrices de la UE y del grupo Greco”.

“Había una necesidad de ampliar el concepto de funcionario público en la esfera internacional y eso se amplia como agente intermediador que gestione dinero público”.

A su juicio “la línea más importante de la reforma es algo en lo que ya estaba embarcado el sistema de justicia español. Es insertar en el mundo de la malversación pública a todas aquellas empresas que manejasen fondos públicos. Es el caso de las ayudas o subvenciones públicas”.

Morales explica que esta reforma se inserta en la dirección del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de mayo del 2017 que señala que “cualquier empresa participada públicamente o que maneje fondos públicos está en la espera de la malversación de caudales públicos”.

“Esta reforma da un paso más y conforme a las directrices europeas incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas reflejada en el artículo **31 bis del Código Penal** de aquellas empresas privadas que manejen fondos públicos, bien por estar participadas por administraciones públicas o por recibir subvenciones públicas”.

Esto hace que el mundo del compliance se oriente a un nuevo foco de riesgo “si se manejan fondos públicos por cualquier vía, ya no es un problema de apropiación indebida o administración desleal sino de **malversación de fondos públicos**”.

“Es otro mensaje importante de la reforma del 2019”, aclara **Morales.**

Hay mucha empresa vinculada a las subvenciones que les afecta la normativa . Tanto las que reciben como las que gestionan esas ayudas públicas están afectadas por este cambio normativo.

Esta jurista también aclara que se produce la ampliación de los tipos penales en lo concerniente al abuso del mercado “**siempre he creído que la intervención del derecho penal en un mundo como el bursátil es una intervención simbólica** , sin mucho recorrido”.

“**La obtención de la prueba no es sencilla en este entorno** . Es una apuesta de la UE pero para abordar este tema habría meterse con otros temas como el de las puertas giratorias, materia pendiente e incomoda que afecta a muchos colectivos profesionales”.

De cara al futuro, para este jurista, los problemas del ciberterrorismo y fake news podrían crear otro tipo penal a medio plazo. “**Vamos a asistir una continua remodelación de los delitos informáticos** . Ya hemos tenido reformas en este sentido a nivel nacional y siguiendo acuerdos internacionales, pero creo que vamos en esa dirección”.

“**Es posible que la libertad de Internet con la que nació hace 30 años, se va a ir acabando** . Ahora genera más problemas que aportaciones sociales y políticas”.

Personas jurídicas

Por su parte, **Laura Casal**, abogada penalista y consultora en compliance y uno de los impulsores del repositorio web **Personas jurídicas**, portal que recoge toda la jurisprudencia relacionada con la persona jurídica destaca que "los cambios en el catálogo de delitos de las personas jurídicas vienen datos por las directivas que se trasponen de abuso de mercado, lucha contra el terrorismo, lucha contra el fraude financiero, protección penal del euro".

"También se adapta la normativa española a un convenio del Consejo de Europa sobre el tráfico de órganos y unas directrices que ofrece el **Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO)** y eso hace que se incorpore el delito de malversación".

Esta jurista destaca que se modifican ocho artículos; tráfico de órganos, delito relativos al mercado; delitos a la corrupción en los negocios, fraude tributario, fraude en subvenciones, falsificación de moneda, cohecho y tráfico de influencias.

"Al mismo tiempo se incorporan tres nuevos delitos "malversación de fondos públicos, delito de organización de grupos terroristas y delitos de terrorismo que antes no estaban, Estos tres artículos remiten tanto al artículo 31 bis como al 129 del Código Penal. Son los únicos donde pasa esta situación", aclara **Casal.**

Esta experta coindice con **Morales** en que estos delitos relacionados con el mercado bursátil no será sencillo encontrar pruebas de que se han realizado.

"También se ha ampliado el tema del funcionario a nivel de corrupción. Ya no es solo el nacional sino aquel extranjero de otro país que **pudiera incurrir en cohecho o trafico de influencias o malversación** ". Su entrada en vigor ha sido inmediata.

La Ley Orgánica se aprobó el 20 de febrero y desde el 13 de marzo ya están en vigor "tendremos que adaptar en nuestros análisis de riesgos estos nuevos delitos":

Casal recuerda que "desde la reforma del 2015 de la persona jurídica no se había realizado una reforma de calado en cuanto a tipos penales como en esta ocasión".

"Es la primera que hay y es importante porque modifica el catálogo de delitos vigentes, sino que incluye tres nuevos delitos como los mencionados". A su juicio "la reforma se queda corta, hay que revisar bien ese catálogo de delitos, pero en el preámbulo de la Ley Orgánica aprobada ya se dice que se traspone directiva comunitaria".

Al mismo tiempo considera que el delito contra los derechos contra los trabajadores " **deberían estar en dicho catálogo, pero al no haber directiva que trasponer no se hace nada** ".

Sobre el futuro y la incorporación de nuevos delitos **Laura Casal** no contempla más cambios en esa cartera de tipos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas "las directivas que se están transponiendo son de delitos que ya están incluidos".

"**Hay una nueva ley sobre prevención de blanqueo de capitales** de octubre del 2018 pero ya está incluido en el citado catálogo. Se hablaría de alguna modificación concreta".

Fuente: Confilegal

https://confilegal.com/20190315-las-empresas-tendran-que-adaptar-sus-programas-de-compliance-a-los-nuevos-delitos-ya-vigentes-en-el-codigo-penal/