

Cuando la empresa se investiga a sí misma

Las indagaciones propias, claves para evitar una condena, cuentan con un marco legal muy difuso



España va por detrás de otros países europeos en investigaciones internas. GETTY

POR PEDRO DEL ROSAL

Hasta hace unos años, hablar en España de investigaciones internas en las empresas era referirse a procesos que se limitaban al esclarecimiento de vicisitudes laborales. En la actualidad, sin embargo, estos mecanismos van camino de convertirse en un instrumento esencial sobre el que se apoya la lucha contra la delincuencia escondida tras complejos entramados corporativos. Sin ir más lejos, esta semana el arresto del presidente de Nissan y Renault, Carlos Ghosn, tuvo su origen en una investigación interna a raíz de denuncias de varios empleados.

Como en todo lo que tiene que ver con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, España va por detrás de los países de su entorno. No es hasta 2015 cuando se introduce la primera referencia a estos procedimientos en el Código Penal. El artículo 31 *quarter* establece como posible circunstancia atenuante, que la organización colabore “en la investigación del hecho, aportando pruebas [...] que fueran nuevas y decisivas” para esclarecer el delito.

Consciente de que la previsión resulta un tanto

laxa (la atenuación no está garantizada), la Fiscalía General del Estado ha querido reforzar el premio a las empresas que colaboren, apostando por la absolución total. Así, su Circular 1/2016 apuntó que la investigación interna no solo debe ser una atenuante, sino que “puede permitir llegar a la exención de la pena”.

La aplicación práctica de estos procesos de indagación, sin embargo, no resulta sencilla. En primer lugar, porque mezclan dos ramas del ordenamiento que se rigen por principios distintos (a veces, incluso, contrapuestos), como son la penal y la laboral. Y, en segundo término, porque, más allá de la pincelada contenida en el Código Penal, no está regulado, ni legal ni jurisprudencialmente, cómo encajan las investigaciones internas en los procesos judiciales.

Estados Unidos es el país que más ha profundizado en el papel de estas investigaciones en el proceso penal, estableciendo un modelo que algunos juristas cuestionan por ser demasiado “agresivo”. Los fiscales norteamericanos, que sí dirigen la instrucción, libran del procesamiento a las empresas que aceptan una cooperación total. En los casos más extremos, el acuerdo entre la Fiscalía y la compañía (el *deferred prosecution agreement* o DPA), incluye la obligación de realizar una investigación interna, dirigida por un abogado externo designado por el fiscal, pero costeado por la empresa, y cuya actuación no está protegida por el secreto profesional.

El caso de EE UU

A través de los DPA, los fiscales norteamericanos premian a las compañías que renuncian a dos de sus prerrogativas procesales: el *attorney privilege* (o privilegio abogado-cliente) y el *work product privilege*. El primero blindo la confidencialidad de las comunicaciones entre el letrado y la empresa. El segundo garantiza el secreto del material recabado por y para las averiguaciones.

Frente a las investigaciones internas impuestas del modelo norteamericano, los ordenamientos continentales han optado por un sistema basado en los incentivos. A pesar de que la diferencia es sustancial, la experiencia anglosajona es muy útil para anticipar algunos de los problemas que tendrán que resolverse en España en relación a

revisten cierta gravedad, Prieto recomienda acudir a un abogado externo “para garantizarse el límite máximo” de la protección de dicha prerrogativa.

Ignacio Sánchez, *counsel* de Hogan Lovells en Madrid, apunta otro beneficio de la externalización: la credibilidad. “Al poner la investigación en manos de personas no contaminadas por la empresa, se obtiene más objetividad y mejores medios de indagación”, asevera.

El manejo de la documentación fruto de las averiguaciones ha creado ya muchos problemas en otras jurisdicciones. En el Reino Unido, por ejemplo, los tribunales han tenido que pronunciarse sobre si las notas que toma el representante de la empresa en sus entrevistas con los trabajadores están cubiertas por el *work product privilege*. En Alemania, por su parte, el conflicto ha surgido en la precisión de quién es exactamente el cliente protegido por el secreto profesional. Según han resuelto los tribunales del país, si el contrato del letrado está suscrito con la matriz, la prerrogativa no protege a las filiales.

El otro gran flanco de dudas que plantea la ejecución de una investigación interna tiene que ver con los límites de la actuación del empresario y los derechos que amparan a los empleados. Desde la perspectiva laboral, la compañía tiene mayores potestades de averiguación, fruto de su capacidad de organización y control que desde la óptica penal, en donde algunas acciones pueden resultar excesivamente invasivas. Un ejemplo: la obligación de colaborar del empleado que contiene el Derecho del Trabajo, puede no ser admisible si la compañía actúa como investigadora criminal.

En este sentido, José Prieto, socio de Laboral de Baker McKenzie, cree que la falta de regulación debe suplirse con una mayor cautela por parte de la empresa en sus actuaciones. “¿Tiene que estar el empleado delante si se registran sus pertenencias? Teóricamente no, pero es recomendable”, expone.

También resulta especialmente delicado el acceso al material contenido en los dispositivos informáticos de los empleados, puesto que cualquier irregularidad podría invalidarlo como prueba. En este sentido, la jurisprudencia exige que cualquier intervención resulte proporcional y que exista información previa a los empleados. “Y siempre preservando la cadena de custodia para que no existan dudas sobre su autenticidad”, concluye Sánchez.

CLAVES

¿Qué hacer con el sospechoso?

La permanencia en su puesto del empleado investigado por una compañía puede ser incompatible con las indagaciones, bien porque siga actuando de forma irregular, bien porque pueda destruir pruebas. Según José Prieto (Baker McKenzie), la práctica más habitual es la suspensión de empleo pero no de sueldo

y la duración media de esta situación es de entre 15 días y dos meses. Por su parte, Helena Prieto (Garrigues) recomienda, por seguridad, que las compañías apliquen a los trabajadores las garantías del proceso penal, como informarle de sus derechos o permitirle la asistencia de un letrado.

REAL ORQUESTA SINFÓNICA DE SEVILLA

SE CONVOCA PROCESO DE SELECCIÓN PARA LA COBERTURA DEL PUESTO DE

DIRECTOR GERENTE DE ORQUESTA DE SEVILLA, S.A. (REAL ORQUESTA SINFÓNICA DE SEVILLA)

Las bases para la selección se encuentran detalladas en la web de la Real Orquesta Sinfónica de Sevilla, www.rossevilla.es