



INFORME DE RIESGOS PENALES



BLOQUE I. ANÁLISIS DE RIESGOS.

1. El análisis de riesgos: metodología y principios de valoración.
 - 1.1 Objeto.
 - 1.2 Metodología.
 - 1.3 Principios de valoración.
2. Descripción de la actividad.
3. Riesgos propios del sector.
4. Perímetro del riesgo.

BLOQUE II. RIESGOS EN GESTIÓN DEL NEGOCIO; EN DESARROLLO Y PRODUCCIÓN Y EN VENTA Y COMERCIALIZACIÓN.

1. Riesgos en la gestión del negocio.
 - 1.1. Confección de nóminas y contratación del personal.
 - 1.2. Confección y presentación de declaraciones tributarias.
 - 1.3. Pagos y control de efectivos.
 - 1.4. Cobros y recepción de bienes.
 - 1.5. Solicitud de licencias y autorizaciones públicas.
 - 1.6. Supervisión de la empresa (relaciones con los supervisores).
 - 1.7. Patrocinios y mecenazgo.
 - 1.8. Actividades de supervisión y control de los empleados.
2. Riesgos en desarrollo y producción.
 - 2.1. Organización de la prevención de riesgos laborales en la empresa.
 - 2.2. Delitos contra los recursos naturales y el medioambiente.
 - 2.3. Utilización de equipos informáticos.
 - 2.4. Gestión de bases de datos.
 - 2.5. Selección y contratación de proveedores.
3. Riesgos en venta y comercialización.
4. Defense File.



Bloque I: El análisis de riesgos.

1. El análisis de riesgos: metodología y principios de valoración.

1.1 OBJETO.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante "CP") establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la necesidad de implantar un sistema de cumplimiento o de prevención de delitos.

En el punto 4 de su artículo 31 bis se indica que: *"la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión."*

De otra parte, el apartado 5.1 del mencionado artículo 31 bis establece que el análisis de riesgos penales es uno de los requisitos esenciales de los modelos de organización y gestión que las personas jurídicas han de implantar para la prevención y detección de hechos delictivos. De la correcta implantación de estos modelos depende, a su vez, que no haya responsabilidad penal de la persona jurídica. Concretamente, se señala que estos modelos: *"identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deban ser prevenidos"*.

También la Circular FGE 1/2016, de 22 de enero de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, indica que *"La persona jurídica deberá establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades de acuerdo con el nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección de las entidades, y con los niveles de riesgo específico establecidos."*

Así, la finalidad del análisis de riesgos es identificar los delitos que pueden cometerse dentro de la persona jurídica, pero además hacerlo de manera concreta en relación a cada uno de los procesos que integran la actividad de la empresa.

La valoración de los riesgos y su gestión es también una obligación que se deriva del deber de diligencia que incumbe a todos los administradores. No realizarlo puede dar lugar a una acción de responsabilidad social contra el administrador, si como consecuencia de un delito que indebidamente no se ha prevenido, se generan responsabilidades o perjuicios a la sociedad.

El presente informe es prueba del cumplimiento del mencionado deber.



1.2 METODOLOGÍA.

Conforme a lo dispuesto en el Código Penal, para el análisis de riesgos efectuado a ESPARITY SOLAR, S.L. (en adelante "ESPARITY") se han analizado los procesos y actividades potencialmente peligrosos, y, en relación con cada uno de ellos, se ha identificado y valorado el riesgo existente. Para lograr una mayor claridad expositiva, estas actividades se agrupan en: riesgos de gestión; riesgos de desarrollo y construcción; y, riesgos de venta y comercialización.

Igualmente se distingue entre los riesgos que afectan a los administradores y altos directivos de la entidad (31 bis 1. a) del Código Penal) y aquellos que afectan al resto de empleados (art. 31 bis 1. b) del Código Penal). Con ello, se respeta la estructura y el mandato del art. 31 bis del Código Penal, que exige controles más específicos y rigurosos en relación con los administradores.

Identificar un riesgo exige valorarlo, esto es, establecer el margen de probabilidades de que aparezca. Para ello, deben estudiarse, en primer término, los factores criminógenos presentes en cada actividad, y posteriormente analizar los controles existentes.

Para la identificación y valoración del riesgo, se ha tenido en cuenta el contenido del Código Ético de conducta y cumplimiento normativo y de su Reglamento.

1.3 PRINCIPIOS DE VALORACIÓN.

ESPARITY adopta como principio básico de valoración que todos los riesgos penales deben ser evitados, sin entrar a realizar un análisis de costes y beneficios. En el examen que a continuación se realiza no se tiene en cuenta como un factor determinante el daño que la aparición del delito puede irrogar a la empresa, con el fin de determinar si compensa o no, desde un punto de vista estrictamente económico, su prevención. Cualquier riesgo relevante debe ser atendido, con independencia de si los costes de su prevención son superiores a los que puede originar su acaecimiento.

Los riesgos con un nivel de incidencia bajo deben ser igualmente atendidos, en tanto en cuanto, la irregularidad puede ocasionar un enorme perjuicio a la actividad de ESPARITY.

Asimismo, la valoración del riesgo debe atenderse al principio de precaución. Para una empresa, los riesgos penales a prevenir no se ciñen exclusivamente a la condena, sino que comienzan con la posible imputación, que puede ya generar importantes daños reputacionales y acarrear disfunciones en la actividad de la empresa.

2. Descripción de la actividad.

ESPARITY es una entidad dedicada al desarrollo, la producción, comercialización e instalación de plantas de producción de energía solar fotovoltaica, así como a la



construcción, explotación, administración, gestión comercial y técnica, venta y arrendamiento de plantas de producción de energías solar fotovoltaica.

En definitiva, desarrolla proyectos solares fotovoltaicos sostenibles y financiados que producen energía limpia, renovable y económica para los consumidores de energía españoles, preocupándose por la implementación eficaz de medidas óptimas que favorezcan el beneficio medioambiental, social y de gobierno corporativo.

La Ley española se aplicará, en lo que aquí nos interesa, con carácter general: (i) a los delitos cometidos en España; y, (ii) a los cometidos por españoles, independientemente del lugar donde se comentan, pero siempre que el acto sea delictivo en ese territorio o que un Tratado Internacional así lo disponga, o que se refieran, entre otros, a delitos contra los derechos humanos, tráfico de drogas, financiación del terrorismo, corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, y contra la salud pública.

3. Riesgos propios del sector.

La metodología del análisis de riesgos exige no solo tener en cuenta los riesgos propios de cada empresa, sino también los del sector en donde opera. Ello tiene sentido desde las distintas teorías de la criminalidad. Una de las principales características de la criminalidad económica es el *efecto contagio*. La realización de una práctica ilícita por una empresa supone una ventaja competitiva frente al resto, que puede arrastrar a las demás a obrar de igual modo.

Por otro lado, el análisis de los riesgos del sector en su conjunto ayuda a evidenciar y resaltar los riesgos de cada uno de sus componentes. La cultura corporativa de las empresas de un mismo sector suele ser similar. Por ello, un riesgo muy extendido en la mayoría de las empresas de un sector debe ser tomado en especial consideración por cada una de ellas.

Una primera aproximación a los riesgos del sector es a través del análisis de los procedimientos administrativos y judiciales más frecuentes.

Dentro del sector fotovoltaico, los servicios de prevención de riesgos penales deben poner especial atención a los delitos contra los recursos naturales y el medioambiente, regulados en el capítulo III, artículos 325 a 331 del CP. Estos preceptos protegen el bien jurídico protegido consistente en el mantenimiento de las condiciones ambientales, así como de la flora, la fauna y el desarrollo de las especies. Ello, no obstante, y como antes ya se indicó, los riesgos que, potencialmente, pueden generarse en el ámbito fotovoltaico, ni son únicamente de índole medioambiental ni son únicamente susceptibles de producirse en fase de desarrollo y construcción; sino que, existen numerosos riesgos relacionados con el procedimiento de gestión del negocio y, asimismo, con el proceso de venta y comercialización. Todos ellos serán objeto de estudio en posteriores apartados de este informe.



4. Perímetro del riesgo.

El art. 31 bis CP distingue con claridad entre los supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas derivada del comportamiento de directivos, los que describe en el art. 31 bis 1 a), y los de los subordinados, a los que se refiere en el apartado 31 bis 1 b).

A la hora de determinar los requisitos para exculpar de responsabilidad penal a la persona jurídica, el CP es mucho más exigente cuando el delito ha sido cometido por los directivos de aquélla, que cuando se ha cometido por los subordinados.

En concreto, en el caso de los directivos, el CP exige:

- o Que la persona jurídica se haya dotado de un órgano de vigilancia que verifique la efectividad de los controles que rigen en relación a los directivos.
- o Que, además, estos controles sean de tal manera eficientes, que el directivo haya necesitado eludirlos para realizar el delito: es decir, que los controles entorpezcan de manera significativa cualquier comportamiento potencialmente delictivo.

La principal dificultad que existe en este punto es que el CP no ha sido demasiado taxativo al definir esta categoría de sujetos. El art. 31 bis habla de *“representantes legales o [...] aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”*.

En cualquier caso, Jurisprudencia y Doctrina se han decantado por una interpretación restrictiva. De tal modo, los sujetos incluidos en este apartado tendrían que ser necesariamente directivos y, además, tener un marco de decisión autónomo y no sujeto a supervisión.

En cuanto a los sujetos subordinados, el art. 31 bis b) utiliza la expresión: *“personas sometidas a la autoridad”*, para referirse a los sujetos distintos a los que tienen una posición directiva en la entidad. La expresión utilizada denota que no es indispensable la existencia de una relación de naturaleza laboral: incluso personas en principio externas a ESPARITY, podrían dar lugar, en ocasiones, a que aquélla llegue a tener responsabilidad penal.

En este sentido, es especialmente relevante, extender el programa de cumplimiento a todas aquellas personas que tengan conferidos poderes notariales.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la actuación de las personas que se incardinan dentro de los servicios externalizados también puede dar lugar a responsabilidad penal de la propia ESPARITY. Por ello, hay que asegurarse de que dichas medidas se extiendan también a ellos.



Bloque II: Riesgos en gestión del negocio; en desarrollo y producción; y, en venta y comercialización.

1. Riesgos en la gestión del negocio.

1.1 CONFECCIÓN DE NÓMINAS Y CONTRATACIÓN DE PERSONAL.

Los riesgos penales que se asocian con la contratación de empleados tienen que ver, fundamentalmente, con los delitos contra la Seguridad Social (art. 307 CP), con los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 311CP) y con la corrupción (arts. 286 bis-288 y 421-427 bis CP).

El tipo penal básico de los delitos relativos a la Seguridad Social (Art. 307 CP) se refiere a la conducta de quien por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros.

Es frecuente también, en la práctica, la actuación de las empresas como cooperadoras en fraudes a la Seguridad Social cometidos por terceros.

El fraude a la Seguridad Social puede ir acompañado de delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 y ss). Las conductas más frecuentes en este ámbito tienen que ver con la llamada *economía sumergida*; esto es: no dar de alta a un determinado (respecto del total) número de trabajadores, contratar a menores sin permiso de trabajo, o reiteradamente a extranjeros en la misma situación, etc.

De otra parte, la contratación efectiva de personas, pero que posteriormente no van a realizar ninguna actividad real en la entidad, genera varios riesgos penales relacionados con la corrupción.

La contratación "ficticia" de empleados que no prestan servicio alguno, puede ser una herramienta para instrumentalizar un pago ilícito: se contrata ficticiamente a un familiar de quien desempeña un cargo público. Y la nómina que se paga a este empleado inexistente será la forma de hacerle llegar al político o funcionario la ventaja ilícita.

También debe ponerse especial precaución en la contratación de personas que hayan desempeñado con anterioridad un cargo público: la empresa puede tener, al contratarlos, la intención de aprovecharse de las buenas relaciones que estas personas hayan mantenido con otras que permanecen en la Administración Pública. Estas relaciones pueden ser utilizadas con el fin de ofrecer o aceptar un trato de favor a cambio de algún tipo de soborno. Por las mismas razones también se debe ser especialmente cauteloso en la contratación de familiares de



funcionarios públicos. Contar con este tipo de empleados puede incrementar el riesgo de cohecho, tráfico de influencias, abuso de información privilegiada, etc.

En ESPARITY la contratación se realiza a través del departamento de Recursos Humanos, quien analiza la necesidad de la contratación en función de las políticas de empleo y la carga de trabajo. Este mismo departamento es el que efectúa toda la labor de recogida de la documentación para la contratación, elaboración de los contratos, altas en Seguridad Social, etc. Toda contratación viene precedida de una oferta de empleo publicada previamente. La Dirección es quien, en última instancia, selecciona a los candidatos, teniendo en cuenta la opinión de la Dirección del Departamento correspondiente en cada caso.

En cuanto al proceso de confección de nóminas y práctica de retenciones, se contrastan de manera regular los datos resultantes del control horario con los reflejados en las nóminas; se utiliza un programa de gestión de nóminas con pagos mediante transferencias bancarias, y se remite el importe de los boletines de cotización modelo TC1 a la Tesorería Territorial de la Seguridad Social.

En relación a los contratos mercantiles, sí se emiten facturas normalizadas, y se pagan por transferencia, tras comprobar el importe y veracidad de la factura recibida en cada caso.

No se aprecia un nivel de riesgo relevante ni en relación a los delitos contra la Seguridad Social, ni respecto de los delitos contra los trabajadores, o en el marco de la corrupción; sin embargo, dada la actual redacción de los delitos contra la Seguridad Social (del citado artículo 307, en particular), a cuyo tenor la cuantía de la cuota defraudada por encima de la cual la conducta constituye delito es relativamente baja (50.000 euros); y que para su cómputo se toma en cuenta un periodo de cuatro años naturales, ESPARITY es consciente de su obligación de extremar las precauciones.

1.2 CONFECCIÓN Y PRESENTACIÓN DE DECLARACIONES TRIBUTARIAS.

Básicamente existen dos tipos de irregularidades en esta materia: la evasión o fraude fiscal y las infracciones contables.

La conducta que constituye el tipo básico de fraude fiscal está contemplada en el art. 305 CP, que castiga al que, *“por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros”*.

La esencia del delito fiscal, por tanto, está en el fraude: no basta la existencia de la deuda tributaria; es necesario que el autor haya eludido intencionadamente sus



obligaciones para con el Tesoro, con intención de defraudar a la Hacienda Pública.

El perjuicio a las arcas públicas podrá ser causado de tres formas. La primera, eludiendo un ingreso debido; la segunda, obteniendo una devolución a la que no se tenía derecho; la tercera, logrando un beneficio fiscal impropio. En los tres casos, la cuantía defraudada debe superar los 120.000 euros. De no alcanzarse esa cifra, la conducta constituirá infracción administrativa.

Por lo que respecta a las operaciones vinculadas, la normativa tributaria obliga a que estas operaciones vinculadas se reflejen con un valor de mercado, tanto en las declaraciones tributarias de la empresa como de la persona vinculada, y además exige que se lleve un registro de las mismas.

El CP español y la Ley General Tributaria contemplan una causa de exención de responsabilidad específica en el delito contra la Hacienda Pública, que es la regularización tributaria (art. 305.4.5 y 305.6): el ingreso en la Hacienda Pública de las cantidades defraudadas antes de que se haya realizado algún tipo de actividad inspectora o presentado una denuncia o querrela contra la empresa.

La Hacienda Pública no sólo quiere que la empresa le suministre información veraz, sino que además tiene derecho a comprobar a través de su actividad inspectora que esta información resulta efectivamente cierta. Por eso le impone una serie de obligaciones contables o formales. Desconocerlas también puede llevar a consecuencias penales o administrativas. El artículo 310 CP establece que incurre asimismo en delito contra la Hacienda Pública *“el que, estando obligado por Ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales:*

- a) *Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.*
- b) *Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.*
- c) *No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.*
- d) *Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.*

La consideración como delito de los supuestos de hecho, a que se refieren los párrafos c) y d) anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico.



Las actividades de control que debe realizar la empresa para asegurarse de que la información que aporta a la Hacienda Pública es completa y veraz sirven también para la prevención del blanqueo de capitales (art. 301 CP).

El principal riesgo penal que ESPARITY tiene en esta actividad deriva de la realización de operaciones vinculadas y del uso de pagos en metálico.

ESPARITY cuenta con un Departamento Financiero que engloba los servicios de contabilidad de la empresa y que elabora las declaraciones tributarias. Además, dispone de asesores fiscales externos a los que consulta en caso de duda. Asimismo, las declaraciones anuales son revisadas por asesores fiscales. Igualmente, en la auditoría de cuentas se validan las declaraciones presentadas. De todo ello se deduce que los riesgos para ESPARITY en esta actividad no son relevantes.

1.3 PAGOS Y CONTROL DE EFECTIVOS.

El control de los pagos resulta fundamental para evitar la corrupción de funcionarios públicos o de particulares. Y también para evitar defraudación a Hacienda a través de impagos de IVA. Tan importante es el control de los recursos financieros de la empresa que el Código Penal lo especifica como elemento obligado del modelo de prevención de delitos que, de ser observado adecuadamente, excluye la responsabilidad penal de la empresa.

El control de los proveedores, y una buena política de revisión contable que asegure la congruencia de las operaciones anotadas, resultan eficaces instrumentos preventivos de la corrupción.

ESPARITY emite facturas a los proveedores tras su correspondiente validación y autorización. Este mismo procedimiento de validación y autorización se sigue para el pago y contabilización de los pagos de viajes y dietas del personal. A pesar de que los empleados sólo viajan a cargo de la empresa de manera puntual, ESPARITY ha implementado controles a este respecto, que además son realizados por una persona distinta de la que realiza o solicita el viaje.

En ESPARITY, quienes disponen de tarjeta de crédito -miembros de Dirección y Directores de Departamento-, justifican convenientemente los pagos y disposiciones de efectivo realizados con ellas a los servicios de Contabilidad.

En ESPARITY es habitual trabajar regularmente con los mismos proveedores, si bien pueden surgir algunos nuevos. Los pagos a proveedores se efectúan por parte de los servicios de Contabilidad.

1.4 COBROS Y RECEPCIÓN DE BIENES.

El blanqueo de capitales es el proceso a través del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.



Este delito representa uno de los mayores riesgos penales para cualquier empresa. En primer lugar, porque castiga prácticamente cualquier tipo de contacto con activos procedentes de actividades delictivas; en segundo lugar, porque se pena no sólo el blanqueo intencionado sino también el imprudente: el recibir, transmitir, etc. aún sin saberlo, dinero, bienes o derechos de origen delictivo cuando el adquirente, transmitente, etc. dadas las circunstancias del caso, debió -de haber actuado con la debida diligencia- haber sospechado de tal origen delictivo. Por ello, ESPARITY actúa, en todo caso, en el marco de la normativa de aplicación; esto es: la Ley 10/2010 de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo.

ESPARITY no admite pagos en efectivo, sino que se verifican mediante transferencia bancaria, por lo que el riesgo a este respecto deviene irrelevante.

1.5 SOLICITUD DE LICENCIAS Y AUTORIZACIONES PÚBLICAS.

La concesión o denegación de las licencias urbanísticas supone el ejercicio de una potestad de carácter reglado, por la cual se controla si la actuación solicitada por el promotor se ajusta o no a la legalidad.

Las licencias, permisos y autorizaciones que se solicitan por parte de ESPARITY son las inherentes al desarrollo e instalación de plantas de producción de energía solar fotovoltaica; esto es, entre otras: obtención de los permisos de acceso y conexión a Red, solicitud presentada y admitida de autorización administrativa previa; obtención de la declaración de impacto ambiental favorable; obtención de la autorización administrativa previa; obtención de la autorización administrativa de construcción; y; obtención de la autorización administrativa de explotación definitiva.

Aunque la importancia de la concesión de determinadas licencias por parte de la Administración Pública resulta esencial para ESPARITY, lo cierto es que el riesgo penal al respecto no resulta relevante, sin perjuicio de que, obviamente, es tenido en cuenta para diseñar la política de cumplimiento.

1.6 SUPERVISIÓN DE LA EMPRESA (RELACIONES CON LOS SUPERVISORES).

La actividad de la empresa puede verse sometida a un fuerte escrutinio por parte de la Administración. Esta situación genera un contexto favorable a la aparición de la corrupción (arts. 286 ter y 421 ss. CP), más importante a medida que la supervisión afecta al núcleo duro de la actividad de la empresa.

En el transcurso de la supervisión administrativa pueden aparecer también comportamientos que, den o no lugar a responsabilidad penal, deben evitarse, pues pueden suponer sanciones administrativas que castiguen la correspondiente infracción, además de ocasionar el correspondiente daño reputacional para la empresa. Sería el caso de la entrega de documentos inveraces a las autoridades de inspección o supervisión, u otras conductas que supongan o lleven implícita la obstrucción de la tarea de inspección administrativa.



Este riesgo penal no resulta relevante en la medida que no solo las oficinas de ESPARITY cumplen con la normativa legal aplicable, sino que tanto los directivos como los empleados son conscientes de la conducta debida y de transparencia que deben observar en caso de que acontezca una inspección.

1.7 PATROCINIOS Y MECENAZGO.

ESPARITY está abierta a realizar actividades de mecenazgo o patrocinio con entidades públicas o privadas, pero siempre dentro del marco de la legalidad vigente y mediante la instrumentalización de aquéllas a través de los oportunos Acuerdos, por lo que no existen riesgos relevantes en este ámbito.

1.8 ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LOS EMPLEADOS.

La supervisión y control de los empleados constituye una de las actividades más importantes del empresario, que deriva no sólo de sus facultades de auto organización y control de la actividad productiva, reconocidas en el Estatuto de los Trabajadores, sino también de su deber de controlar los riesgos que pudieran derivarse de ella.

El ejercicio de este control, que es un derecho y un deber para el empresario, plantea, sin embargo, no pocos problemas en cuanto a que afecta a bienes tan relevantes como la intimidad del trabajador o el secreto de sus comunicaciones, y de no realizarse adecuadamente, entra casi inmediatamente en la zona de riesgo de varios preceptos del CP, pudiendo fácilmente darse la paradoja de que, queriendo prevenir, evitar o descubrir un delito, la empresa puede acabar cometiéndolo.

El artículo 197 CP castiga a quien, con intención de *“descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro”* acceda indebidamente a documentos, efectos personales o comunicaciones de éste.

De esa actividad de supervisión y vigilancia puede también derivarse la comisión de un delito de allanamiento informático (art. 197 bis) cuando se acceda indebidamente a un sistema de información *“sin estar debidamente autorizado”* y *“vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo”*.

En síntesis, puede decirse que se vulneran los derechos de los trabajadores cuando el control se realiza sobre la esfera radicalmente íntima del trabajador, o de un modo desproporcionado.

Todos los empleados de ESPARITY son conocedores y observan escrupulosamente las pautas de seguridad de la información y son conscientes de que el uso del sistema informático se debe limitar a los temas relacionados con el puesto de trabajo.

De otra parte, ESPARITY cuenta con normas de convenio para apertura de expedientes por faltas laborales y procedimientos de investigación de casos de acoso y violencia laboral.



2. Riesgos en desarrollo y producción.

2.1 ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA EMPRESA.

Los estándares preventivos a este respecto establecidos en la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo. Su no observancia puede suponer, en derecho penal, un delito de riesgo (delito contra la seguridad de los trabajadores tipificado en el artículo 316 y ss. CP) y, de producirse la consecuencia, delitos de resultado.

La empresa cuenta con un alto nivel de prevención interna de riesgos laborales y todos los empleados de ESPARITY han recibido la oportuna formación en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

2.2 DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIOAMBIENTE.

Los delitos medioambientales y ecológicos se encuentran tipificados en los artículos 325 a 331 del Código Penal, dentro del capítulo de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Todos estos preceptos engloban diferentes conductas, cuyo factor común es el castigo de aquellas conductas que dañen o perjudiquen al medio ambiente, así como a sus especies y/o recursos naturales.

Dentro de los delitos medioambientales, se distinguen diferentes grados -en función de la gravedad del hecho y del objeto sobre el que afecten-. Y así, encontramos: el tipo básico, consiste en ocasionar daños sustanciales a la calidad del agua, aire o suelo, así como a animales y plantas, mediante la ejecución de vertidos, emisiones, radiaciones, excavaciones, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos en la atmósfera, suelo, subsuelo, aguas terrestres, subterráneas o marítimas, ya sea de forma directa o indirecta; el tipo agravado, que se da cuando, las conductas recogidas en el tipo básico puedan ocasionar graves perjuicios sobre el equilibrio de los sistemas naturales, ya sea por sí mismas o junto con otras; y; el tipo cualificado, que tiene lugar cuando se hubiera creado un grave riesgo para la salud de las personas con las conductas anteriormente mencionadas.

De otra parte, se pueden diferenciar distintos delitos medioambientales en función de sus características. Y así, encontramos: delitos de actividad relacionada con los residuos (art. 326 CP) y delitos de explotación de actividades industriales peligrosas (art. 326 bis).

Además, existen una serie de circunstancias, cuya concurrencia conlleva la agravación de las penas previstas en el CP para cada tipo; así, entre otras: el funcionamiento de forma clandestina, sin autorización o aprobación de instalaciones; la desobediencia de órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades; el falseamiento u ocultación de información sobre los daños ambientales; o, la producción de graves riesgos o deterioros irreversibles.

ESPARITY cuenta con Departamento de Medioambiente que se encarga de velar por el cumplimiento de la legalidad vigente a través de la realización de



exhaustivos análisis de prefactibilidad ambiental con el objeto de que todos sus proyectos en desarrollo den estricto cumplimiento a las previsiones establecidas por la normativa citada por lo que no existen riesgos relevantes en este ámbito.

2.3 UTILIZACIÓN DE EQUIPOS INFORMÁTICOS.

En ESPARITY, el uso de los equipos informáticos no puede atentar contra la imagen e integridad de la empresa ni contra el rendimiento de los empleados en su trabajo, y, por supuesto, no puede constituir conductas delictivas tales como: (i) la vulneración de la intimidad de otros trabajadores, (ii) el denominado “allanamiento informático”; o, (iii) la utilización de programas informáticos sin licencia o dirigidos a romper o desproteger otros programas.

Quedan expresamente prohibidas actividades que conlleven difusión de contenidos contrarios a las leyes o que vulneren los derechos de terceros; constituyan infracción de la propiedad intelectual; infracción de datos de carácter personal; o el acceso ilegal o no autorizado a otros ordenadores o redes.

ESPARITY dispone de los correspondientes dispositivos antivirus. Y puede considerarse que el riesgo no es elevado en esta materia.

2.4 GESTIÓN DE BASES DE DATOS.

Hay que tener en cuenta que el CP castiga a quien *“sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”*. Y, asimismo, *“a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”*.

ESPARITY está comprometida con los deberes de protección datos y su cumplimiento, que lleva a efecto: (i) informando a quien suministra sus datos de la razón y finalidad por la que aquéllos son recabados, (ii) limitando el acceso a los datos únicamente a quien los precise y en la medida en que los precise para el desarrollo de sus funciones; y (iii) no comunicando ni trasladando esos datos a terceros, sin previamente informar y obtener consentimiento de su titular. En consecuencia, el riesgo en la materia no resulta significativo.

2.5 SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN DE PROVEEDORES.

Contar con proveedores profesionales y honorables no sólo resulta conveniente para el desarrollo y consecución de los objetivos de ESPARITY, sino que también supone un control básico del cumplimiento normativo. Este control tiene carácter transversal y sirve para prevenir y evitar numerosas infracciones (como la salida de fondos de la empresa con destino a un pago ilícito, ya sea para un funcionario público -art. 419 y ss. CP-, o para un empleado o directivo empresarial, en el delito de corrupción entre particulares -art. 286 bis CP-); y, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del Código Ético de conducta y cumplimiento normativo de la entidad.



Puede considerarse, en consecuencia, que el riesgo a este respecto no es relevante.

3. Riesgos en venta y comercialización.

En este ámbito, tendría cabida el riesgo consistente en incurrir en prácticas restrictivas de la competencia, que, salvo excepciones, no constituyen delito, sino infracciones administrativas; básicamente, la conducta ilícita consistiría en la suscripción de acuerdos con otros competidores sobre fijación de precios, reparto de mercado o, simplemente intercambio de información protegida.

Otro posible riesgo relativo a esta actividad sería el de incurrir en estafa -art. 248 CP- en el ámbito del tráfico contractual, consistiendo aquí el ilícito en la utilización del contrato de que se trate (arrendamiento, derecho de superficie, opción de compra, etc.) como instrumento para producir engaño en la contraparte, ocasionándoles con ello un perjuicio patrimonial.

Finalmente, hacer mención del riesgo relativo a la corrupción entre particulares - art. 286 bis CP-, que aparece, entre otros supuestos, cuando se ofrece o promete una dádiva con el fin, por ejemplo, de obtener algún tipo de información relevante, que suponga una ventaja competitiva para la empresa.

Es, fundamentalmente, el Departamento de Desarrollo de ESPARITY el que se encarga de la búsqueda de oportunidades de negocio, conscientes de que, aunque la mercantil ofrece sus servicios en un mercado altamente competitivo, no es dable, en ningún caso, la articulación de pactos ilícitos entre competidores, que pudieran considerarse como práctica restrictiva de la competencia.

Por otra parte, el Departamento legal elabora documentos contractuales absolutamente respetuosos de la normativa aplicable; esto es: del Derecho Civil Español, así como de la regulación sectorial en materia fotovoltaica; habiéndose establecido el correspondiente protocolo para la modificación de contratos, que requiere, en todo caso, su control y aprobación.

Respecto a las prácticas restrictivas de la competencia, los riesgos penales de ESPARITY son, por lo expuesto, poco relevantes.

4. Defense File.

ESPARITY es consciente de que, con la finalidad de poder acreditar, ante un eventual procedimiento penal, que está en plenas condiciones de acogerse a la exención de responsabilidad, precisa contar con el correspondiente "almacén" de evidencias (defense file), entendido como el conjunto de documentos que acrediten el efectivo desarrollo del Programa de Cumplimiento.

Asimismo, es esencial que las evidencias cuenten con la debida firma electrónica, lo que conlleva un "sellado de tiempo" que permite acreditar que una determinada evidencia existía en un momento concreto, elaborándose así una



estrategia de defensa de la organización para el supuesto en que se incorpora un proceso penal contra ella.

El presente texto entrará en vigor el 15 de mayo de 2023.