

LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, EL DEBIDO CONTROL Y SU EFICACIA EXONERADORA

Carlos Cambrón Murillo

Graduado en Derecho
Universitat Autònoma de Barcelona

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica (en adelante, LO) 1/2015 de 30 de marzo¹, es probablemente una de las reformas más profundas desde el Código Penal de 1995, donde ya se mostraba indicios de una supuesta superación de la fórmula *societas delinquere non potest*. Dicha reforma ha sido trascendental para la actividad empresarial en relación a la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ya fue integrada por la LO 5/2010, de 22 de junio² incluyendo los apartados *ter*, *quater* y *quinquies* del art.31 CP.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 pretende llevar a cabo una mejora de carácter técnico en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para delimitar el contenido del “debido control”, que es el control que se ha de ejercer en el seno de la persona jurídica y que el incumplimiento de la misma puede llevar al fundamento de la responsabilidad penal³.

A través de la reforma del art. 31 *bis* se incluyen las causas de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la inclusión de sistemas de prevención de delitos o *compliance* y las directrices de organización y funcionamiento para que las exenciones puedan ser aplicadas.

¹ Vid. BOE nº77, de 31 de marzo de 2015, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015, en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3439-consolidado.pdf>

² Vid. BOE nº 152, de 23 de junio de 2010, pp. 54811 a 54883, en: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>

³ Vid, Exposición de Motivos nº3 de la LO 1/2015.

1. LA DOBLE VÍA DE IMPUTACIÓN

El concepto de la doble vía de imputación se entiende como la consecuencia de las condiciones y requisitos en los que el delito de una persona física es también responsabilidad de la persona jurídica. Esto también se conoce como el modelo de transferencia o de imputación, según la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) en sus circulares 1/2011 y 2016⁴. Sin embargo, este modelo dogmático de responsabilidad, no es compartido, ni por el legislador⁵, ni por la jurisprudencia reciente. Es decir, se contrapone al modelo de autorresponsabilidad o responsabilidad por el hecho propio⁶.

El apartado primero del art. 31 *bis* recoge los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica, que ya estaban vigentes en la LO 5/2010, de 22 de junio, y que correspondían por un lado a los representantes legales y a los administradores de hecho y derecho y, por otro, a los subordinados de los anteriores⁷. Con la actual reforma, la empresa es penalmente responsable cuando el delito sea cometido por los representantes legales y administradores, por los que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o por quienes ostentan facultades de organización y control “*en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto*”⁸.

⁴ Vid, Circular 1/2011 (acorde con la actual 1/2016) de la Fiscalía General del Estado en: [https://web.icam.es/bucket/NS_AE_CIRCULAR1_2011PERSONAJURiDICADEFINITIVA\(1\)\(1\).PDF](https://web.icam.es/bucket/NS_AE_CIRCULAR1_2011PERSONAJURiDICADEFINITIVA(1)(1).PDF), p.33. Se indica además, que el legislador ha implantado un “sistema de heteroresponsabilidad”.

⁵ En la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, la idea de un modelo de heteroresponsabilidad no es aceptable porque al ser la responsabilidad un sistema acumulativo y de carácter vicarial, implica el problema del doble castigo de una sola conducta, tanto de la empresa, como de la persona física.

⁶ Vid. SSTS nº514/2015, de 2 de septiembre de 2015 (FJ 3) y 221/2016, de 16 de marzo de 2016 (FJ 5). Las ideas principales que se sintetizan son las siguientes: Que la Sala no se ha pronunciado sobre la fundamentación de la responsabilidad de las entidades colectivas y; que fuese cual fuese el criterio doctrinal empleado para entender la responsabilidad de las entidades colectivas, ésta no se puede aceptar por el simple hecho de acreditar el hecho delictivo de la persona física, siendo necesario que la propia empresa haya incumplido con sus obligaciones. Para una opinión doctrinal, véase ZUGALDÍA ESPINAR, J.M; “Modelos dogmáticos para exigir la responsabilidad criminal a las personas jurídicas (a propósito de las SSTS de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)” en *LA LEY* (2089/2016), nº119, Marzo-Abril 2016 (p.3). Zugaldía ve incomprensible la interpretación de la Fiscalía General del Estado, respecto del art. 31 *bis* CP.

⁷ GÓMEZ TOMILLO, M; *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Ed. Lex Nova, Valladolid, pp.71-72. El autor hace una diferenciación entre administrador de hecho y derecho. En el primer caso, nos dice que el administrador de hecho será aquél que gobierna o dirige con capacidad de tomar decisiones relevantes sobre asuntos de la empresa con un dominio social. Y en el segundo caso, nos dice que el administrador de derecho, será aquél que ejecute las decisiones de la Junta General, así como adopte las decisiones precisas para el correcto funcionamiento social. En el mismo sentido interpretativo, MIR PUIG/ GÓMEZ MARTÍN, “Autoría. Actuar en nombre o representación de otro” en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (Dirs); *Manual de derecho penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial. Tomo II*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.47

⁸ Feijoo Sánchez, B; “Los requisitos del art. 31 bis 1” en BAJO FERNÁNDEZ/ FEIJOO SÁNCHEZ/ GÓMEZ-JARA DÍEZ; *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p.76; El propio autor entiende que con la formulación de la LO 1/2015, se pretende abarcar un círculo de personas más amplio que el de los representantes legales y administradores, “*pero que pueden tener gran capacidad de decisión e importantes facultades de gestión dentro de la empresa,*

LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, EL DEBIDO CONTROL Y SU EFICACIA EXONERADORA

Además, los subordinados a los representantes legales y administradores también son responsables por los delitos cometidos en ejercicio de actividades sociales, por cuenta y en beneficio, directo indirecto, de la persona jurídica.

Entendemos, pues, de estos supuestos la conexión entre los subordinados que obran en el seno de la persona jurídica “*en nombre o por cuenta de las mismas y en beneficio directo o indirecto*”, ligada a la persona jurídica que responde de la acción típica por medio del modelo de heterorresponsabilidad, o por el de autorresponsabilidad, según la discusión doctrinal⁹.

Al establecerse esta responsabilidad penal de la persona jurídica, cabe entender que ha habido falta de debido control, lo que lleva al defecto estructural de la empresa. Esto se fundamenta en que los subordinados no han estado sometidos, o no se les ha ejercido sobre ellos el debido control, que es competencia de los representantes legales, administradores, así como de los directivos y gerentes.

Ante la problemática, que gira en torno a la falta de debido control, se ha empleado, gracias a la reforma LO 1/2015, la eficacia exoneradora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los programas de *compliance* penal, que aparece regulada en el art. 31 *bis*. 4.

aunque no se correspondan sus competencias con las propias de los administradores de sociedades mercantiles”. Por el contrario, véase SILVA SÁNCHEZ, J.M en *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2016, p.368; Silva Sánchez considera este aspecto de la regulación como oscura, pues por un lado, entiende que la nueva expresión comprende a los administradores de derecho. Pero por otro, es difícil determinar si la nueva expresión puede comprender a todos los administradores de hecho o no.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del derecho penal*, *op.cit.*, p.331; el autor mantiene que el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas es de transferencia o de heterorresponsabilidad. Por el contrario, véase MARTÍNEZ-BUJÁN, C; *Derecho penal económico y de la empresa parte general*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.593. Al contrario que Silva Sánchez, Martínez Buján argumenta que hay una controversia en la doctrina española para identificar el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que adoptó el legislador. Aún así, plantea que los arts. 31 *bis* y ss. deberían ser interpretados de acuerdo con el modelo de autorresponsabilidad. En la misma línea, ZUGALDÍA ESPINAR, “Modelos dogmáticos”, *op.cit.*, p.5. En este caso, Zugaldía realiza una interesante reflexión: destaca que el modelo vicarial es inconstitucional, por ser contrario al principio de personalidad de la pena. Entiende que si la conducta de las empresas fuese la falta o ausencia de modelos de control, todos sus delitos serían siempre los mismos;. Por eso, evidencia que el modelo vicarial no es el sistema recogido en el art. 31 *bis* CP. Dentro de una opinión doctrinal más neutral, FEIJOO SÁNCHEZ, B; *El delito corporativo en el código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de la empresas* (2ª edición) Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p.86. Para el autor, el CP no parte de un modelo de autorresponsabilidad que prescinda de la responsabilidad penal de las personas físicas. Como tampoco parte de un modelo de heterorresponsabilidad, sino que el modelo no es de autorresponsabilidad absoluta.

2. EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Son los apartados 2 y 4 del art. 31 bis CP los que otorgan dicha exoneración a las empresas, pero sólo si hay adopción de códigos éticos¹⁰ o programas de *compliance* idóneos, siempre que éstos cumplan unos requisitos determinados y sean implantados con anterioridad a la comisión del delito para así, quedar excluidas de toda responsabilidad, tanto si el delito lo ha cometido el directivo o administrativo, como si lo ha cometido el subordinado. De no ser así, el art. 31 *quáter* CP, establece que estos programas han de implantarse “*con anterioridad a la fecha de comienzo del juicio oral*”, permitiendo así, acreditar la falta de peligrosidad y evitar las penas correspondientes o incluso la adopción de medidas cautelares (art. 33.7, c, a, g, CP).

Se ha de tener en cuenta que estos programas de cumplimiento tienen un principio, que es enervar la responsabilidad. Pero además, también tienen la función de probar que el programa ejecutado es absolutamente eficaz en todos los ámbitos y niveles de la empresa.

La estructura de estos programas se ha de elaborar, por supuesto, de acuerdo al tamaño de la empresa o sociedad, como también, se ha de elaborar con el propósito de que haya un órgano¹¹ de supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de programa implantado, el cual tenga la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica (art. 31 *bis*. 2. 2^a).

La implantación de este órgano de control se complementa con la Ley de Sociedades de Capital a efectos penales y de responsabilidad social, pues se corresponde al supuesto de delegación de facultades de supervisión y control que corresponden a los administradores societarios. Su incumplimiento puede generar las consecuencias del art. 236 Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC). Así pues, de lo mencionado en el art. 31 *bis* CP, podemos extraer un contenido triple:

- 1) Adoptar modelos de organización y control para prevenir determinados delitos que afectan a la empresa;
- 2) Ejecutar estos modelos por medio de la creación de ese órgano de control y supervisión y;

¹⁰ NAVAS MONDACA, I; “Los códigos de conducta y el derecho penal económico” en SILVA SÁNCHEZ; *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier, Barcelona, 2013, p.119; el autor alude a una serie de elementos que todo código de conducta ha de tener: 1) Solución para casos en que exista conflicto de intereses; 2) Corrupción/Estafa; 3) Derecho de la competencia; 4) La observancia de los Derechos Humanos, 5) Ética y protección de la discriminación; 6) Confidencialidad y protección de datos; 7) Contabilidad adecuada/ordenada presentación de facturas/presentación ordenada del balance; 8) Abuso de información privilegiada y; 9) Seguridad en el tratamiento de la información.

¹¹ El órgano en concreto encargado de cumplir con estas funciones, es el *compliance officer*.

3) La toma de medidas necesarias en caso de mal funcionamiento del órgano.

Un ejemplo de resultado de cumplimiento de este contenido triple, sería como el que presenta NIETO MARTÍN, basándose en un modelo de cumplimiento basado en el control ¹².

3. CONCLUSIÓN

Como se ha podido leer en estas páginas, la idea del presente artículo era tratar el aspecto relativo a la falta de “debido control”, que lleva al defecto estructural y organizativo de la empresa teniendo en cuenta las últimas reformas del Código Penal. Esa falta de “debido control” era el supuesto de la doble vía de imputación de los representantes legales, como los directivos o gerentes y los administradores y los subordinados de los mismos. Esto mismo nos lleva, como antes se ha mencionado, al hecho de conexión, pudiéndose contemplar que es compatible con la opción de modelo de responsabilidad escogido por la FGE, esto es, el modelo de transferencia de la acción típica de la persona física a la jurídica. Sin embargo, como ya se ha visto, existe una discusión doctrinal y jurisprudencial sobre este modelo.

Por lo tanto, puede llegarse a la conclusión de que el acto antijurídico se ha cometido precisamente por la falta de control de la propia empresa, como consecuencia posible de la comisión por omisión de los directivos y de la ausencia de la posición de garante y del deber de vigilancia. Todo ello nos permite emplear la solución de la adopción y ejecución de programas *compliance* o modelos preventivos *a priori* o *a posteriori* de la comisión de los delitos, por medio del órgano de control y supervisión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FEIJOO SÁNCHEZ, B; *El delito corporativo en el código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de la empresas* (2ª edición) Ed. Aranzadi, Navarra, 2016

- FEIJOO SÁNCHEZ, B; “Los requisitos del art. 31 bis 1” en BAJO FERNÁNDEZ/ FEIJOO SÁNCHEZ/ GÓMEZ-JARA DÍEZ; *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 75-88

¹² NIETO MARTÍN, A (Dir.); *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.122. Según NIETO MARTÍN, en este modelo, el empresario ha de optimizar sus capacidades de supervisión sobre sus empleados. El debido control se basaría en medidas como el control de los medios de pago y en general, de los recursos financieros; la imposición de obligaciones de información a los empleados de los incumplimientos que detecten (whistleblowing, la traducción es mía); la selección del personal de acuerdo con criterios de riesgo; la vigilancia de los empleados a través del acceso a sus correos telefónicos, etc).

LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, EL
DEBIDO CONTROL Y SU EFICACIA EXONERADORA

GÓMEZ TOMILLO, M; *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010

MARTÍNEZ-BUJÁN, C; *Derecho penal económico y de la empresa parte general*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

MIR PUIG/ GÓMEZ MARTÍN; “Autoría. Actuar en nombre o representación de otro” en CORCOY BIDASOLO/ GÓMEZ MARTÍN (Dir.); *Manual de derecho penal económico. Parte general y parte especial. Tomo II*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 39-53

NIETO MARTÍN, A (Dir.); *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 NAVAS MONDACA, I; “Los códigos de conducta y el derecho penal económico” en SILVA SÁNCHEZ, J.M; *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier, Barcelona, 2013, pp. 111-129

SILVA SÁNCHEZ, J.M en *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2016.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M; “Modelos dogmáticos para exigir la responsabilidad criminal a las personas jurídicas (a propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)” en *LA LEY* (2089/2016), nº119, Marzo-Abril 2016, pp.1-7

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

STS nº514/2015, Sala Segunda de lo Penal, de 2 de septiembre de 2015

STS nº221/2016, Sala segunda de lo Penal, de 16 de marzo de 2016