

MEMENTO

EXPERTO
FRANCIS LEFEBVRE

Compliance Penal

Aplicación en empresas

Fecha de edición: 17 de julio de 2020



Es una obra realizada por iniciativa
y bajo la coordinación
de la Redacción de
Francis Lefebvre
sobre la base de un estudio técnico
cedido a la editorial por

Coordinador

MAGRO SERVET, Vicente

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Autores

BERJA MUÑOZ, Sandra E.

Experta Externa en PBC-FT y Secretaria de la Junta Directiva de INBLAC
Head of Compliance & DPO

BONATTI BONET, Francisco

Experto Externo en PBC-FT y Secretario de la Junta Directiva de ASCOM

CABEZUELA SANCHO, Diego

Presidente Internacional de la World Compliance Association.

CASANOVAS YSLA, Alain

Socio responsable de servicios de Compliance en KPMG España

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel

Magistrado. Coordinador del Gabinete Técnico
Sala de lo Penal. Tribunal Supremo

GARCÍA HERNÁNDEZ, Felipe

Abogado y Miembro de la Junta Directiva Internacional de la World Compliance Association

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos

Profesor Titular de Derecho penal
Abogado

ITURMENDI MORALES, Gonzalo

Abogado. G. Iturmendi y Asociados. SLP.

MAGRO SERVET, Vicente

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

SÁNCHEZ-OCAÑA LEYUN, Lucía

Directora de Compliance. DPO para España y Luxemburgo.
Miembro de la Junta Directiva de ASCOM.

TURULLOLS CARDENAL, M^a Elisa

Interim CFO, asesora de dirección/consejo de administración

VILLEGAS GARCÍA, María de los Ángeles

Magistrada. Coordinador del Gabinete Técnico
Sala de lo Penal. Tribunal Supremo

© Francis Lefebvre

Lefebvre-El Derecho, S. A.

Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01

www.efl.es

Precio: 38,48 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-18190-75-9

Depósito legal: M-19026-2020

Impreso en España

por Printing'94

C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

	<u>nº marginal</u>
Capítulo 1. Análisis jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	10
Capítulo 2. Gerencia de riesgos jurídicos de cumplimiento	600
Capítulo 3. Planes de cumplimiento normativo	1600
Capítulo 4. Componentes normalizados de compliance	2200
Capítulo 5. Estatuto regulador del compliance officer	2600
Capítulo 6. Funciones y responsabilidades del compliance officer	2900
Capítulo 7. Sistemas de gestión de compliance penal: UNE 19601	3000
Capítulo 8. Formación del compliance	3500
Capítulo 9. Evaluación del sistema de cumplimiento	3700
Capítulo 10. Buen gobierno e implantación de compliance.....	3900
	<u>Página</u>
Tabla Alfabética	393

Abreviaturas

ABMS	Anti-Bribery Management System
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
BOE	Boletín Oficial del Estado
BSI	British Standard Institute
CC	Código Civil
CCO	Chief Compliance Officer
CCom	Código de Comercio
Circ	Circular
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción
CO	Compliance Officer
COSO	Committee of Sponsoring Organizations
CP	Código Penal
DGT	Dirección General de Tributos
DOJ	Department of Justice
EC	Entidad de certificación
ENAC	Entidad Nacional de Acreditación
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
FGE	Fiscalía General del Estado
HLS	Estructura de alto nivel
IEC	Comisión Electrónica Internacional
INBLAC	Instituto de Expertos en Prevención del Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo
ISO	Organización Internacional de Normalización
LECr	Ley de enjuiciamiento criminal (RD 14-9-1882)
LGT	Ley general tributaria (L 58/2003)
LO	Ley orgánica
LOPD	Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LO 3/2018)
LSC	Texto refundido de la ley de sociedades de capital (RDLeg 1/2010)
MSS	Management System Standard
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEC	Organismo de evaluación de la conformidad
PPD	Programa de prevención de delitos
RDLeg	Real decreto legislativo
RGPD	Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de protección de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Dir 95/46/CE (Rgto (UE) 2016/679)
SEC	Securities and Exchange Commission
SEPBLAC	Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.
SGA	Sistema de gestión antisoborno
SGC	Sistema de gestión de compliance
SGCP	Sistema de gestión compliance penal
TCo	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
WCA	World Compliance Association

CAPÍTULO 1

Análisis jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Sección 1. Modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas	20	10
Sección 2. Estatuto procesal de las personas jurídicas	100	
Sección 3. Sociedades creadas exclusivamente para delinquir	150	
Sección 4. Aproximación a los programas de cumplimiento normativo	160	
Sección 5. Otras cuestiones	175	
Sección 6. Retos futuros	210	

Históricamente, nuestro Derecho positivo no reconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se anclaba en un principio insoslayable: *societas delinquere non potest*. En esta concepción permeaba la denominada «teoría de la ficción» (Savigny), conforme a la cual se concluyó que solo las personas físicas podían ser sujetos activos de un delito, de manera que otras personas o entes jurídicos no eran considerados sujetos del Derecho Penal.

En 2010, mediante la reforma del Código Penal por LO 5/2010, el legislador español sacudió los cimientos de nuestro sistema penal en su conjunto, al introducir la posibilidad de que las personas jurídicas fueran responsables de ilícitos penales (CP art.31 bis). No satisfecho con tal modificación sustancial, reformó nuevamente la materia mediante la LO 1/2015.

Desde que tuvo la posibilidad para ello, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo interpretó exhaustivamente los **principios y fundamentos** de la responsabilidad penal de los entes sociales, de tal forma que ya contamos con un nutrido cuerpo jurisprudencial que aborda diversas cuestiones sobre la materia y que se expone a continuación.

SECCIÓN 1

Modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas

El reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas exige en nuestro ordenamiento, como en cualquier otro, la fijación de cuáles son los **criterios** para que una determinada infracción penal sea atribuible a una de estas entidades. Con respecto a esta cuestión, se han defendido dos fórmulas, íntimamente relacionadas con la concepción que se tuviera de la naturaleza misma de las personas jurídicas y, por ende, de su **capacidad para ser penalmente responsables** (Villegas García):

a) Un modelo de **heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial**, en el que la persona jurídica es responsable porque lo es la persona física que actúa en su nombre y beneficio, que le «transfiere» su culpabilidad.

b) Un modelo de **autorresponsabilidad** o modelo de responsabilidad por hecho propio, en el que la responsabilidad de la persona jurídica depende de una acción y culpabilidad propias de la persona jurídica, al margen de la persona física.

En este último modelo no existe transferencia de responsabilidad desde la persona física que comete el ilícito de que se trate a la persona jurídica, sino que esta responde por un **hecho propio**, que es, esencialmente, no haber organizado su estructura

10**12****20**

de una manera adecuada para que no se cometieran ilícitos en su seno. Es un modelo basado en la **culpabilidad de la propia organización**, que se materializará de ordinario en la existencia de un déficit organizativo que ha posibilitado la comisión de un delito.

21

Precisiones La incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Penal generó una fuerte **discusión doctrinal** sobre cuál era el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas consagrado por el legislador español.

Para algunos autores, el modelo instaurado era un modelo de **responsabilidad vicarial** o por hecho de otro, que no incorporaba la culpabilidad de organización, lo que según ellos mismos advertían generaba importantes obstáculos dogmáticos (Del Rosal Blasco, Rodríguez Mourullo).

Para otros autores, estos problemas dogmáticos –especialmente, la **quiebra del principio de culpabilidad** que hubiera implicado la consagración de un modelo de responsabilidad por hecho de otro–, exigía que el precepto citado fuera interpretado en el sentido de que el déficit organizativo al que se aludía debía concurrir, no solo cuando, como parecía indicar el texto, el delito se cometiera por aquellas personas que actuaran bajo las órdenes de los directivos y porque estos no hubieran ejercido sobre ellas el debido control; sino también cuando el delito se hubiera cometido por las personas mencionadas en el párrafo primero del apartado primero del CP art.31 bis (López Barja de Quiroga, Rodríguez Ramos).

La **Fiscalía General del Estado** sostenía que la concepción que latía en el nuevo precepto era la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el *alter ego* o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos (FGE Circ 1/2011).

22

La importante **reforma de 2015** –precedida por una anterior en el año 2012, que afectó a los partidos políticos y sindicatos–, que desarrolló ampliamente el precepto, con referencias más claras a aspectos tales como los **modelos de organización y gestión**, avivó la discusión, que empezaba también a estar presente en las resoluciones de los juzgados y tribunales, no siempre coincidentes.

La Sala de lo Penal del **Tribunal Supremo** medió pronto en esta controversia y ha fijado los contornos de nuestro modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de una línea jurisprudencial que podemos considerar consolidada, sin perjuicio de reconocer los importantes retos que aún tiene por delante.

23

Punto de partida (TS 2-9-15, EDJ 161457) La Sala de lo Penal hace referencia por primera vez a la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un pronunciamiento de alcance restringido, en la medida en que no existía un recurso formalizado en nombre propio por la persona jurídica condenada. La anulación de su condena fue consecuencia de la estimación del **recurso promovido por el administrador** de la persona jurídica, lo que obligaba a la Sala a hacer extensivo el efecto favorable de la absolución (LECr art.903).

La trascendencia de este pronunciamiento fue esencial en su momento y continúa siéndolo en la actualidad. Esta sentencia marca el «punto de partida» para futuras interpretaciones sobre nuestro modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues declara que, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad, cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas ha de estar basado en los **principios irrenunciables** que informan el Derecho penal.

Son varios los principios irrenunciables del Derecho penal, entre ellos, sin duda, el **principio de culpabilidad** que necesariamente, según esta sentencia, hemos de respetar para condenar a una persona jurídica. No es posible en nuestro ordenamiento, y de ahí la trascendencia de este primer pronunciamiento jurisprudencial, un modelo de imputación de las organizaciones que descanse en la mera transferencia de responsabilidad desde la persona física a la persona jurídica.

24

Precisiones El paradigma de **modelo de responsabilidad vicarial** es el vigente en la jurisdicción federal de los Estados Unidos. Se trata de un modelo de responsabilidad vicarial o modelo de responsabilidad por hecho de otro, basado en la doctrina civil del *respondet*

superior, según el cual, la responsabilidad se «transfiere» desde el representante o empleado de la entidad que comete el delito a esta misma, que es culpable del hecho porque lo es la persona física. Es suficiente, en definitiva, la comisión de un delito por cualquier directivo, empleado o representante de la entidad –en el ámbito de las competencias que le correspondan en la organización y con la intención de beneficiarla– para que la misma sea penalmente responsable de dicha infracción.

Según el modelo federal, el hecho de que la entidad se haya dotado de un **programa de cumplimiento normativo**, aun cuando el mismo pudiera ser calificado de eficaz, no le eximirá de responsabilidad. Esto no significa, sin embargo, que la tenencia de uno de estos programas sea irrelevante, como tampoco lo es la valoración de otros factores relacionados con el comportamiento de la entidad –entre ellos, particularmente, la colaboración con las autoridades–. El papel de estos elementos es clave, pero no en el momento de dirimir su responsabilidad penal ante un jurado sino en el momento de fijar la pena correspondiente o a la hora de que el fiscal –que tiene el monopolio de la acción penal– decida si alcanza un acuerdo con la organización y de qué tipo.

Ausencia de cultura de respeto al Derecho (TS 29-2-16, EDJ 10795) En este pronunciamiento, la Sala de lo Penal ejerce las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal, que corresponden al recurso de casación, y fija **criterios sobre algunas materias claves** en la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que han sido desarrolladas y consolidadas en sentencias posteriores. La relevancia y trascendencia de esta sentencia resulta indiscutible.

Precisamente por ello sus pronunciamientos serán objeto de examen en diversos apartados de este capítulo. En este momento, nos centramos en aquellos que se refieren directamente al **modelo de imputación** de las personas jurídicas.

Con respecto a esta cuestión, para la Sala de lo Penal no admite dudas de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, constatada la previa **comisión del delito por parte de la persona física** integrante de la organización –como presupuesto inicial–, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de **medidas de control eficaces** que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran dicha organización.

En íntima conexión con lo anterior, se examina la posible naturaleza de la **exención de responsabilidad penal** (CP art.31 bis.2) y se concluye que, cualquiera que sea la opción elegida, lo determinante es que tal exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

25

Precisiones 1) Esta resolución resuelve los **recursos de casación** interpuestos contra una sentencia dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la cual, junto a varias personas físicas, se condenó a una sociedad anónima y a dos sociedades limitadas por un **delito contra la salud pública**, de sustancia que causa grave daño a la salud (cocaína), en cantidad de notoria importancia, realizado a través de una organización y mediante la utilización de buque y simulación de operaciones de comercio internacional. Estas tres sociedades, en síntesis y según los hechos probados, participaron en la importación desde Venezuela de una importante cantidad de cocaína.

De las entidades condenadas, una de las sociedades limitadas ejercía **actividades comerciales lícitas** diversas –al margen de aquellas relacionadas con el tráfico de drogas, que dieron lugar a su condena– y daba empleo a más de cien trabajadores; mientras que las otras dos eran **personas jurídicas meramente instrumentales** o «pantalla», creadas exclusivamente para la comisión de los delitos por las que fueron condenadas y no ejercían ninguna otra actividad comercial lícita conocida.

2) La sentencia cuenta con un **voto particular** suscrito por siete magistrados. Las discrepancias del voto se centran, en síntesis, en los siguientes extremos: 1) vulneración del principio acusatorio; 2) la ausencia de medidas eficaces de prevención y control del funcionamiento interno de las personas jurídicas no es un elemento autónomo del tipo objetivo del artículo 31 bis CP; 3) corresponde a la entidad acreditar la concurrencia de la exención del apartado 2 del artículo 31 bis CP y aportar «una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos»; y 4) incongruencia de la resolución adoptada por la mayoría.

27

- 29 Modelo de responsabilidad penal** Sobre el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, la sentencia declara que no admite duda, visto el texto legal (CP art.31 bis), especialmente tras la reforma de la LO 1/2015, de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de **medidas de control eficaces** que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.
- La determinación de la actuación de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la **ausencia de una cultura de respeto al Derecho**, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de **formas concretas de vigilancia y control** del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por estos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.
- El núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica no es otro que la **ausencia de las medidas de control** adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas «**compliances**» o «**modelos de cumplimiento**» exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar.
- 30** La Fiscalía General del Estado, al margen de otras consideraciones cuestionables, también ha hecho repetida y expresa mención a la **cultura ética empresarial** o cultura corporativa de respeto a la Ley, cultura de cumplimiento, etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad (FGE Circ 1/2016).
- Si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida cultura de cumplimiento que la norma penal persigue, no puede sostenerse es que esa actuación pese como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica, no rijan los **principios básicos del sistema de enjuiciamiento penal**, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una heterorresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere la Ley para rechazarlos (LO 1/2015 Preámbulo).
- De ello se colige que el análisis de la **responsabilidad propia de la persona jurídica**, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.
- 32 Exención de la responsabilidad penal** En cuanto a la posible naturaleza de la exención de responsabilidad penal (CP art.31 bis.2), se declara lo siguiente.
- Más allá de la eventual existencia de **modelos de organización y gestión** que, cumpliendo las exigencias legales (CP art.31 bis.2 y 5), podrían dar lugar a la concurren-

cia de la eximente expresamente prevista en ese precepto, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una **causa de justificación** o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado, puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de **herramientas de control idóneas y eficaces** cuya ausencia integra, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Según la Fiscalía General del Estado, que parte de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una **excusa absolutoria** vinculada a la punibilidad (FGE Circ 1/2016). Para el Tribunal Supremo esta afirmación es discutible si tenemos en cuenta que una excusa absolutoria ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.

La circunstancia de exención de responsabilidad, en definitiva, lo que persigue esencialmente es posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en **evitación de mayores daños reputacionales** para la entidad. Sin embargo, en ningún caso debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente.

Delito corporativo (TS 16-3-16, EDJ 18524) El Tribunal Supremo continuó analizando el **modelo de imputación** reconocido en el CP art.31 bis en esta sentencia, en la que se absolvió a la persona jurídica por no haber sido imputada como tal. Esta conclusión se ampara en una concepción determinada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que descansa en el reconocimiento de un **injusto propio** –delito corporativo–.

No basta para la condena de una persona jurídica la constatación de la **comisión de un delito por parte de la persona física**. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el CP art.31 bis.1.b. Para afirmar dicha responsabilidad, ha de acreditarse además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un **defecto estructural en los mecanismos de prevención** exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, continúa esta resolución, a partir de la reforma de 2015.

Precisiones En el **supuesto examinado**, la persona jurídica –una sociedad limitada dedicada a la intermediación inmobiliaria– y su administrador habían sido condenados como autores de un delito de estafa agravada, cometida, según los hechos probados, en el marco de la compraventa de un bien inmueble donde se habría ocultado información relevante tanto al comprador como al vendedor. Como consecuencia de esta condena, a la entidad se le impuso una **pena** de multa de 24.000 euros, la clausura y cierre del local en el que se encontraba la oficina desde la que operaba y el consiguiente cese de la actividad en ese local por un plazo de 6 meses.

La entidad recurrió su condena alegando que se le había generado **indefensión** porque nunca había sido imputada en su condición de tal. El Ministerio Fiscal se opuso a esta pretensión, señalando que su representante legal declaró como imputado y no se podía sostener que esa declaración no fuera válida porque no se tomara declaración a la persona jurídica, ya que estaba representada por la misma persona física.

La sentencia del Tribunal Supremo estimó el motivo y decretó la **absolución de la persona jurídica**, entendiendo que, como la misma alegaba, debía haber sido imputada en su condición de tal.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, el **juicio de autoría** de la persona jurídica exige a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el CP art.31 bis.1, pero el desafío probatorio del Ministerio Fiscal no puede detenerse ahí; lo impide nuestro sistema

40

42

constitucional. Ha de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la **conurrencia de un delito corporativo**, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica.

El Tribunal Supremo no se identifica con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una **presunción *juris tantum*** de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro. Todo ello con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica. Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquellas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del **derecho a la presunción de inocencia**. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Ministerio Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado.

44 Sea cual sea el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, esta no puede afirmarse a partir de la **simple acreditación del hecho delictivo** atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el CP art.31 bis.1.b.

Solo responde cuando exista un **incumplimiento grave** de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso. Los **incumplimientos menos graves o leves** quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos. La pregunta es obvia: ¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave?

En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un **incumplimiento grave de los deberes de supervisión**. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

No es discutible –frente a lo que acontece en otros sistemas, como en el italiano, en el que la dogmática llega a hablar de un verdadero fraude de etiquetas– que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una **responsabilidad penal**. La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un **delito de las personas jurídicas**. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal.

50 Independencia entre responsabilidad individual y responsabilidad de la persona jurídica (TS 13-6-16, EDJ 82152; 21-6-17, EDJ 124814; 11-10-17, EDJ 208840; 25-10-18, EDJ 618859) El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la independencia entre la responsabilidad individual y la responsabilidad de la persona jurídica.

En un primer pronunciamiento (TS 13-6-16, EDJ 82152, aclarada por TS auto 28-6-16, EDJ 105617), el Tribunal Supremo destacó, en línea con la jurisprudencia de las sentencias anteriores, la independencia entre la responsabilidad de la persona física y la de la entidad.

Entiende que, aún en el supuesto de que, salvadas las exigencias derivadas del principio de legalidad y del acusatorio, se hubiera ejercido la acción penal contra la persona jurídica, la redacción del precepto no excluye la de la persona física que la representa si concurren en él los **elementos de la autoría** precisos para la imputación y la subsunción de su conducta en la norma. El relato fáctico refiere un comportamiento típico en el acusado consistente en no hacer nada para evitar o disminuir, pudiendo hacerlo, los efectos y daños ecológicos que causó la industria que dirigía, comportamiento personal que es imputable al mismo y del que surge la responsabilidad penal.

El CP art.31 bis actúa como una cláusula de **determinación de la autoría** definitoria del tipo de autor en las personas jurídicas. Señala los presupuestos que han de concurrir para la declaración de persona jurídica como autora del delito:

- un delito cometido por persona física –representantes legales o por empleados– en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica; y
- falta de adopción por la persona jurídica de las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar.

En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un **sistema de autorresponsabilidad**, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (CP art.31 ter), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad.

52

Precisiones La sentencia de instancia había condenado a una persona física como autora responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. Esta persona, concretamente, era el consejero delegado de una sociedad anónima que explotaba una cantera y que, de acuerdo con el *factum*, había realizado una serie de **vertidos ilegales**. El condenado alegó en su recurso de casación que la sentencia de instancia había vulnerado el CP art.31 bis, puesto que había sido condenado, precisamente, por ser el consejero delegado de la persona jurídica a quien se imputaba el hecho delictivo, resultando de aplicación el precepto citado, que la Audiencia, sin embargo, no había aplicado.

El recurrente sostenía que él no era el autor, sino que lo era la persona jurídica, y que la responsabilidad declarada en la sentencia es por ser representante legal de la misma, siendo esta la que debió haber sido imputada por la conducta típica.

En esta misma línea de deslindar con claridad la responsabilidad de la persona física y de la jurídica, incide un segundo pronunciamiento (TS 21-6-17, EDJ 124814, con cita de TS 29-2-16, EDJ 10795), en el que el recurrente –que había sido condenado como autor de un delito de malversación de caudales públicos– alegó, entre otras cuestiones, que se había vulnerado el **principio acusatorio**, por cuanto no se había perseguido penalmente a la persona jurídica, en quien concurría la cualidad de beneficiaria de las subvenciones que había malversado. Sostenía así lo que, según la Sala de lo Penal, podría denominarse un impropio litisconsorcio pasivo necesario. Esta pretensión se desestima reiterándose la autonomía entre la responsabilidad de la persona física y la de la entidad.

54

Se reitera que, para que la actuación de la primera pueda dar lugar a la responsabilidad de la segunda es necesario que aquella actúe en **beneficio directo o indirecto** de la sociedad (CP art.31 bis.1.a).

La **responsabilidad penal de la persona física** –administrador o representante legal o persona que actúe individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica– es autónoma de la del ente social; además la pretensión de haberse vulnerado el principio acusatorio por defecto tampoco es sostenible, pues no existe el derecho a la condena de otro; y, por último, los comportamientos de la persona física (acusado), no se realizaron en beneficio directo o indirecto de la sociedad, como exige el CP art.31 bis, sino en todo caso en su perjuicio.

55 En una tercera ocasión (TS 11-10-17, EDJ 208840), el Tribunal Supremo consolida la jurisprudencia en esta materia y reitera que la responsabilidad de la persona jurídica ha de serlo por un **hecho propio**, para así respetar los principios irrenunciables del Derecho Penal.

A tal efecto, señala que, más allá de la rica complejidad que anima el debate dogmático acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la jurisprudencia hasta ahora dictada en esta materia ha proclamado la necesidad, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, de que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas ha de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal. No cabe, por tanto, una objetivación de este rupturista régimen de responsabilidad criminal de los entes colectivos, construido de espaldas al **principio de culpabilidad** -CP art.5- (TS 2-9-15, EDJ 161457).

La **responsabilidad por el hecho propio** y la reivindicación de un **injusto diferenciado** se han perfilado como presupuestos *sine qua non* para proclamar la autoría penal de una persona jurídica. El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. La responsabilidad de los entes colectivos aparece, por tanto, ligada a lo que se denomina la ausencia de una **cultura de respeto al Derecho**, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos (TS 29-2-16, EDJ 10795). Ver nº 25.

La opción jurisprudencial por un **sistema de autorresponsabilidad** no es ajena a las críticas dogmáticas de quienes entienden que la idea de empresa como una organización autopoietica que se administra y organiza a sí misma conduce a una irreparable invasión del espacio que ha de reservarse a la psique del individuo como presupuesto de cualquier idea de culpabilidad.

Sea como fuere, ya en el ámbito que es propio de las garantías que han de presidir el enjuiciamiento penal, singularmente en lo afectante al derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo recordaba que sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de **sujetos de la imputación**. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado (TS 16-3-16, EDJ 18524).

59 En un último pronunciamiento (TS 25-10-18, EDJ 618859, aclarada por TS auto 12-11-18, EDJ 641970) se vuelve a afirmar la independencia entre la responsabilidad de la persona física y jurídica. En el supuesto de autos, la sentencia de instancia absuelve a los acusados, entre ellos una entidad bancaria que resultó acusada por el delito de estafa procesal. El recurrente en casación solicita la revocación de este pronunciamiento.

En su redacción original, la sentencia indicaba que la queja expuesta sobre la absolución de la persona jurídica no tiene el alcance que plantea. La responsabilidad penal de la persona jurídica es vicarial y, aunque no supeditada a la **condena de una persona física**, sin depender de su conducta. Ello justifica que, no siendo declarada probada la antijuricidad de la conducta de la persona física, la de la jurídica deba mantener la misma solución.

Vista la posible contradicción entre los argumentos utilizados, el Tribunal aclaró los términos de la resolución anterior en el siguiente sentido: «Se aclara un error en la argumentación al expresar que la responsabilidad de la persona jurídica es vicarial,

cuando lo procedente es afirmar la **autonomía de ambas responsabilidades** y, por lo tanto, no supeditada a la condena de una persona física».

Imputación del delito cometido por directivo (TS 7-2-19, EDJ 506286) El Tribunal Supremo analiza en casación un recurso contra la sentencia condenatoria de tres sociedades por un delito de estafa agravada –una de ellas había sido condenada además por un delito de un delito de falsedad documental– por la comisión de distintas irregularidades en el contexto de un contrato de póliza de crédito que habían concertado con una entidad bancaria. El examen del recurso dio lugar a diversas consideraciones sobre la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas. La primera reitera la clara línea divisoria entre el delito de la persona física y el de la jurídica y se realiza al desestimar uno de los motivos planteados, en los que se impugnaba la condena de esta última porque ninguna persona física de la organización había sido condenada –de hecho, una de las acusadas había sido absuelta–. Se descarta, conforme a la regulación legal, que la **condena de la entidad** tenga como presupuesto la **condena de la persona física**. Los presupuestos de la condena de una persona jurídica son, según la Sala, los fijados en el CP art.31 bis. Una cosa es que se exija la constatación de la actuación de esos sujetos personas físicas y otra que sea un presupuesto la previa condena de las mismas.

65

La segunda consideración que contiene esta sentencia puede ser algo más controvertida. En el recurso formulado se niega la existencia del engaño que exige el delito de estafa, que, sin embargo, sí se constata por la Sala tras examinar los hechos declarados probados respecto al **administrador de la sociedad** recurrente (que había fallecido durante la instrucción de la causa). En este contexto se concluye que:

67

1. Nos encontramos ante uno de los **delitos de «directivos»** [CP art.31 bis.1.a] –según denomina un sector doctrinal–, frente al tipo de los de «empleados» [CP art.31 bis.1.b), por lo que se excluye la necesidad de especificar si ha intervenido o no un incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control referible solamente a estos últimos tipos penales.

2. El citado administrador controlaba la gestión de la sociedad y ostentaba **facultades de organización y control** dentro de la misma, de lo que deriva que el engaño y, en general, el comportamiento de ese sujeto legitima la atribución del hecho típico a la persona jurídica recurrente; ya que por su cuenta se actuó y en su beneficio se llevaron a cabo los actos engañosos y la obtención de lucro.

Esta última conclusión evoca poderosamente, al menos en su primer párrafo, al «**principio de identificación**», según el cual el actuar de los directivos se identifica con el de la entidad a la que representa y permite atribuir a esta la responsabilidad por los hechos cometidos por aquellos.

Precisiones El «**principio de identificación**» es un principio propio del *common law*, que opera en el Derecho británico. Según el mismo, surge la responsabilidad penal corporativa cuando el delito se comete por una persona física que ostenta la dirección o expresa la voluntad de la organización –es decir, los altos ejecutivos o altos directivos–. En definitiva, cuando el delito lo comete lo que podríamos llamar la «mente dirigente» de la empresa, las «personas clave» de la misma situadas en el escalón más alto dentro de la organización –no cualquier empleado o agente de ella– (Tesco Supermarkets v. Nattrass [1972], y anteriormente Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd. [1915]).

Esta lectura de la resolución sería, sin embargo, incompatible con la línea jurisprudencial expuesta con anterioridad y que exige un **injusto propio** de la organización, también, por supuesto, cuando la persona física que comete el delito sea un directivo o administrador.

69

En ningún caso se alega por la recurrente la concurrencia de un supuesto de **exención de responsabilidad** de la persona jurídica [CP art.31 bis.2 y 3]. Si ello hubiera sido así, la sentencia, en nuestra opinión, hubiera tenido la oportunidad de desarrollar con más detalle la idea apuntada con anterioridad, así como su incardinación en un modelo que, como ella misma reconoce, ha de respetar los principios irrenunciables del Derecho penal, que no permitirían una transferencia de responsabilidad desde la persona física, aun cuando sea un directivo, a la persona jurídica.

75 **Presupuestos y fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas** (TS 8-3-19, EDJ 523987)

En esta sentencia se declara la nulidad de la sentencia de instancia porque, como veremos posteriormente, se constató la existencia de un **conflicto de intereses** entre la persona física y la persona jurídica a la que representaba –ambas condenadas–, de manera que el derecho de defensa de esta última no estuvo debidamente garantizado. La organización había sido condenada, como la persona física, por seis delitos contra la Hacienda pública, por defraudaciones relacionadas con distintos impuestos.

Pero además de afrontar la cuestión relativa al conflicto de intereses, y al hilo de su planteamiento, contiene varias consideraciones interesantes sobre nuestro modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas:

1. La mera **inexistencia de formas concretas de vigilancia y control** del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo. Esto es, la carencia de un programa de cumplimiento normativo no basta para la declaración de responsabilidad penal de una entidad.

La persona jurídica no es condenada por un (inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como **delito antecedente**, y que haya sido cometido por una de las personas mencionadas en el CP art.31 bis. La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión.

77 **2. El delito de la persona física** es la base necesaria de las consecuencias penales que pueden resultar para la persona jurídica, por lo que esta no puede ser excluida de la discusión fáctica y jurídica atinente al mismo.

Resaltamos aquí este pronunciamiento –relacionado con el derecho de defensa de la persona jurídica– porque rebela que su condena exige, en primer lugar, y como habían declarado otras sentencias anteriores, un delito cometido por una persona física. Este sería el presupuesto de su responsabilidad, necesario aunque no suficiente, pues además se debe acreditar el **defecto organizativo-estructural** en sus mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados, en los delitos susceptibles de ser cometidos en su ámbito de actuación. Este defecto organizativo-estructural es el fundamento de su responsabilidad.

Ahora bien como precisamente el hecho delictivo cometido por el miembro de la organización es el presupuesto de la responsabilidad de la entidad, a esta se le debe permitir discutir, como parte de su estrategia de defensa, desde su existencia misma hasta su calificación jurídica.

A la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el **mismo delito que se imputa a la persona física**, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a esta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica. A esta le concierne, pues, no solo lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta.

Ello justifica que, siendo posible, no se deba excluir a la persona jurídica de la discusión, característica del juicio oral, respecto de la acreditación, fáctica y jurídica, de la comisión del delito antecedente por parte de la persona física, evitando la celebración de un juicio contra aquella contando ya con la existencia previa de una declaración de hechos probados, referidos a la persona física, pero que le afectarían direc-