

La responsabilidad penal de las personas jurídicas



Lluch Consulting & Training, S.L.

“Compliance Program”

Artículo 31. «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.»

El 23 de diciembre de 2010 entró en vigor la reforma del Código Penal aprobada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP), en la que como gran novedad *cabe destacar la incorporación al sistema jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

Esta reforma que encuentra su origen en las Decisiones Marco de la Unión Europea que obligan a modificar nuestro ordenamiento penal con el objeto de alcanzar una armonización jurídica europea y está impulsada por las reformas que se han ido incorporando en la práctica totalidad de los países de la Unión Europea– ha supuesto un cambio radical en el derecho penal español, rompiendo con los principios existentes hasta el momento.

Esta modificación, y en concreto en lo que se refiere a la sancionabilidad de las personas jurídicas que actúan en el tráfico jurídico mercantil, implica que las empresas regulen un sistema de actuación que les permita colaborar activamente en la prevención y detección de los delitos cometidos en su sede, sistema conocido como *Corporate Compliance*.

Principalmente, este nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra regulado en el *artículo 31 bis del CP*. No obstante, si se desea efectuar un estudio del tema en profundidad es necesario acudir a la primera interpretación que efectúa un organismo oficial en referencia a esta materia. Nos estamos refiriendo a la *Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado*, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Posteriormente y como consecuencia de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital instrumentada a través de la *Ley 31/2014, de 3 de*

diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, se establecen y requieren nuevas responsabilidades y deber de diligencia a implementar y acreditar por parte de las empresas y sus Administradores y/o Consejeros.

Esto ha obligado a que en el CP se haya realizado una completa revisión y actualización de las obligaciones de las empresas y de sus administradores, reforma que ha sido recientemente aprobada por el pleno del Congreso de los Diputados y publicada en el Boletín Oficial del Estado como *Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, dicha norma entrará en vigor el 1 de julio de 2015. Haciendo necesario que las empresas adopten e implanten un modelo de prevención de riesgos penales, sistema conocido como **Compliance**.

Artículo 31.

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Artículo 31 bis.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por

aqueellos 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.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

En consecuencia; una vez que hemos leído los artículo del CP, 31 y 31bis. Debemos tener en cuenta que todas las empresas, independientemente de su tamaño, sean grandes o micropymes, la obligación de implantar un Programa de Cumplimiento Normativo (*Compliance Program*):

1. ¿Qué requisitos son necesarios para la imputación de la responsabilidad penal?

Con base en el artículo 31 bis del CP una persona jurídica será penalmente responsable:

- a) En caso de delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores, de hecho o de derecho.

- b) Por los delitos cometidos por trabajadores, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la empresa, cuando no se haya ejercido sobre ellos el debido control.

2. ¿Cómo es la responsabilidad?

A este respecto hay que tener en cuenta tres aspectos:

- a) La persona jurídica será responsable aunque no se haya identificado a la persona física, no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, hubiera fallecido o se hubiere sustraído a la acción de la justicia.
- b) Los agravantes o atenuantes de aplicación a la persona física, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- c) En caso de cometerse un delito serán penalmente responsables tanto la persona jurídica como la persona física.

3. ¿Cuáles son las consecuencias de la apreciación de responsabilidad penal en las personas jurídicas?

Las penas previstas en la ley (art. 33.7 del CP), y calificadas todas ellas como graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

A ello, hay que añadir que las personas jurídicas pueden incluso recibir penas como medidas cautelares, como señala el último párrafo del artículo anteriormente citado, en el que se señala que la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

Si bien lo mencionado hace referencia a las penas impuestas por ley, no son menos los daños colaterales que suponen dicha responsabilidad o simplemente la medida cautelar tomada sobre la sociedad, entre los que se pueden destacar:

- a) Imposibilidad material de obtener financiación ajena.
- b) Pérdida de confianza de proveedores y clientes.
- c) Desprestigio del nombre comercial.
- d) Desmoralización de la plantilla.

4. ¿Puede la sociedad eludir su responsabilidad?

Como ya se ha indicado existen dos tipos de conductas delictivas por las que una sociedad puede ser responsable: los delitos cometidos por las personas con poder de representación en nombre o por cuenta de la empresa y en su provecho y aquellos cometidos por los trabajadores, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la empresa, cuando no se haya ejercido sobre ellos el debido control. Por ello, para evitar que la empresa sea juzgada por cargos delictivos deberá efectuar un estricto control que exige haber acometido por parte de la empresa un sistema eficaz de detección y prevención, que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (artículo 31 bis, apartado 2.1º, del CP). Lo que viene denominándose en el ámbito anglosajón como *Corporate Compliance*.

Por tanto, el “Compliance Program” podrá actuar como eximente o como atenuante según el caso.



El Corporate Compliance – Compliance Program

El CP sanciona a las personas jurídicas, sea cual sea su tamaño o sector al que pertenece, por las infracciones cometidas por sus empleados, cuando no se haya ejercido el debido control, un debido control que requiere la implantación de un sistema de *Corporate Compliance*, esto es, un sistema de control que detecte y prevenga las conductas delictivas, que pudiera efectuar cualquier empleado de la empresa.

Un *Corporate Compliance* específico que debe establecerse en función de la actividad y organización específica de cada empresa.

Por todo lo expuesto anteriormente, el programa de *Corporate Compliance* se ha convertido prácticamente en una obligación para la empresa, es una necesidad desde un punto de vista preventivo, lo que aporta, en último término, un valor añadido a la empresa.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, dada la importancia que adquiere la elaboración y cumplimiento de las normas que puedan ser implantadas en cada organización, podría llegarse a la conclusión de que una entidad que tiene implementados sistemas para prevenir y descubrir los delitos ejercería el debido control sobre sus empleados lo que le eximiría de la derivación de la responsabilidad por delitos cometidos por los mismos. Si bien, no debe pensarse que la mera formalización de códigos de actuación estándares son suficientes para eludir de manera automática la responsabilidad penal a la persona jurídica.

En estos términos se manifiesta la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.



Programa de Cumplimiento (*Compliance Program*):

- A. En el Manual de Prevención y Respuesta de Delitos (Programa de Cumplimiento - Compliance Program), se debe establecer un compromiso expreso, explícito e inequívoco del órgano de administración y de los miembros de la alta dirección con las políticas de prevención de comportamientos delictivos y, especialmente, de la corrupción. Establecer controles internos para prevenir la posibilidad de conductas delictivas, realizando un análisis de riesgos (mapa de riesgos: análisis de los potenciales riesgos jurídico-penales de su empresa en función de su actividad concreta y su modelo de organización) detectando posibles puntos débiles dentro de la empresa.
- B. Una descripción general que comprende las características y componentes esenciales del Manual, los deberes y facultades del Responsable de Cumplimiento Normativo ("RCN"), los canales de comunicación con el RCN (la creación de un Canal de Denuncias o Línea Whistleblowing), las obligaciones de información y formación a los representantes, administradores, trabajadores y empleados de la persona jurídica y el sistema de medidas disciplinarias susceptibles de ser impuestas en caso de cualquier incumplimiento del Manual. Lo que se conoce como Compliance Program, personalizado y, si fuera necesario, un protocolo reparativo con directrices a seguir si se

hubiera descubierto un delito y su utilización como atenuante o eximente.

- C. Una descripción general de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica, su regulación y alcance.
- D. Un programa de Prevención Penal debe cumplir con los siguientes requisitos:
- Identificación de Delitos Penales, mapa de riesgos.
 - a) identifica las áreas de riesgo.
 - b) enumerar los delitos susceptibles de generar responsabilidad penal de la persona jurídica que sean relevantes para cada sociedad del Grupo.
 - c) determinar las políticas y procedimientos internos adecuados para prevenir los riesgos identificados (esta parte no tiene por qué incluirse necesariamente en el Manual porque a las empresas no les suele gustar, pero se tiene que tener documentada).
 - Elaboración de un Código Ético. Código de Conducta de la empresa y sus ramas o filiales, que incluye un Régimen Disciplinario con el objetivo de asegurar el cumplimiento del Manual.
 - Modelo de gestión los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
 - Obligación de informar al Órgano encargado de vigilar el cumplimiento del modelo de prevención.

- Realizar una verificación periódica del modelo y establecer las modificaciones oportunas cuando sea necesario.
- Determinar las personas concretas que velen por el cumplimiento de estos programas (Compliance Officer).
- Implantación de estándares en:
 - a) Compañías con carácter general:
 - b) LOPD, Firma Electrónica, LSSI-CE.
 - c) Riesgos laborales y medioambientales.
 - d) Propiedad intelectual e industrial.
 - e) Compañías o sectores concretos: Retención de Datos, Blanqueo de Capitales, Basilea, Solvencia, SOX.
 - f) Administración Pública: Esquema Nacional de Seguridad, Administración Electrónica.
 - g) Implantación opcional de estándares de seguridad y buenas prácticas de mercado aplicadas para gestionar los riesgos y luchar contra las amenazas existentes: Seguridad de la Información (ISO 27001), Responsabilidad Social Corporativa (RSC).
- Canal de Denuncias o Línea Whistleblowing. Canal interno confidencial, de comunicación de cualquier posible incumplimiento de las normas internas de la entidad o de las normas legales de cumplimiento vigentes. Siendo un medio que permite al denunciante establecer un diálogo confidencial con el receptor.

- Formación de directivos y empleados sobre el modo en el que deberán ejecutar y controlar los diferentes protocolos. La formación ayuda a la prevención de infracciones, lucha eficazmente contra la corrupción y crea una cultura de cumplimiento dentro de la entidad.



Oficina externa de cumplimiento - Compliance Officer

En Lluch Consulting podemos actuar como su oficina de cumplimiento externa. Estamos acostumbrados a trabajar estrechamente con los responsables de cumplimiento. Como su Compliance Officer externo, les ayudamos a contar con un sistema de cumplimiento eficaz, sin incrementar la plantilla o una sobrecarga de trabajo dentro de su entidad.

- a) Les proporcionamos una revisión independiente de las prácticas de cumplimiento, procedimientos y atribución de responsabilidades. Mayor objetividad en el control e independencia.
- b) Les evaluamos periódicamente su cumplimiento, la actualización de sistemas de riesgos, cambios normativos, adaptándolos a nuevos servicios, nuevos sectores, cambios organizacionales, etc.
- c) Les ayudamos a detectar y evaluar nuevos riesgos penales.
- d) Secreto profesional y acuerdos de confidencialidad.
- e) Ahorro de coste, al no tener que incorporar personal interno para la realización de dicha función.
- f) Podemos actuar como servicio externo de recepción de denuncias y de realización de investigaciones.

Info@lluchconsulting.es

<http://lluchconsulting.es/consultoria/compliance/corporate-compliance.html>



Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Diecinueve. Se modifica el artículo 31, que queda redactado como sigue:

«El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.»

Veinte. Se modifica el artículo 31 bis, que queda redactado como sigue:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por 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.
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas

mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, 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.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»

Veintiuno. Se introduce un nuevo artículo 31 ter, con el siguiente contenido:

«1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de

multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.»

Veintidós. Se introduce un nuevo artículo 31 quater, con el siguiente contenido:

«Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.»

Veintitrés. Se introduce un nuevo artículo 31 quinquies, con el siguiente contenido:

«1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»



LLUCH CONSULTING & TRAINING, S.L.

C/ Gran Vía, 6 - 4ª planta, 28013-Madrid (MADRID).

Info@lluchconsulting.es

www.lluchconsulting.es

<http://razonesdeunconsultoric.blogspot.com.es>

www.delegadodeprotecciondedatos.info

www.prevencionblanqueodecapitalesycompliance.com