

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tesisenxarxa.net) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tesisenred.net) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tesisenxarxa.net) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author



UNIVERSITAT POLITÈCNICA DE CATALUNYA
BARCELONATECH

Departament d'Organització d'Empreses

TESIS DOCTORAL

Dentro del Doctorado en Administración y Dirección
de Empresas EPSEB

Título:

**“ORGANIZACIÓN DE EMPRESAS
Y RESPONSABILIDAD PENAL
CORPORATIVA”**

Doctorando: Pedro Costa Sanjurjo.

Directores: Dr. Jaume Guixà i Mora

Dr. Juan Manuel Soriano Llobera

Abril del 2015

Capítulo I. OBJETIVO DE LA TESIS	6
Capítulo II. ESTADO DEL ARTE	8
1. La responsabilidad de las personas jurídicas.	8
2. Modelos de responsabilidad.....	11
Capítulo III. INTRODUCCIÓN	15
Capítulo IV. IDEA GENERAL DEL DERECHO PENAL Y SUS PRINCIPIOS INFORMADORES: LEGALIDAD, CULPABILIDAD E INTERVENCIÓN MÍNIMA	19
1. Principio de legalidad.....	19
2. Principio de culpabilidad.....	24
3. Principio de intervención mínima	27
Capítulo V. IDEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA	32
1. Concepto de empresa y empresario.....	32
2. Clases de empresas: la empresa y sus formas mercantiles	35
3. La organización de las empresas.....	37
4. Los grupos en la empresa: dinámica de grupos	43
5. El "Plan de empresa"	44
6. La propiedad de la empresa y la dirección efectiva.....	45
7. Dirección y gestión.....	45
8. Objetivos y toma de decisiones: el balance social	46
9. Dirección por objetivos y dirección participativa	49
10. El control	51
Capítulo VI. IDEA GENERAL DE LA EDIFICACIÓN CON REFERENCIA A LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN DEL AÑO 1999	53

1. Los agentes de la edificación: concepto y obligaciones	56
2. Los agentes de la edificación: responsabilidades y garantías.....	66
3. Partes que intervienen en el proceso de construcción a lo largo de su desarrollo	70
Capítulo VII. NUEVO ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	71
1. Referencias doctrinales sobre la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas	71
2. Régimen de incriminación	75
3. Consecuencias accesorias -primer paso en el ordenamiento jurídico español-	76
4. Atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas en el art. 31 bis	78
5. La exigencia de la comisión de un delito previo en el art. 31 bis	83
6. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	84
7. La exclusión del Estado de la responsabilidad penal -art.31.5 bis-	92
8. Criterios de determinación de la pena.....	93
9. La responsabilidad civil	102
10. Referencia a la Circular de la Fiscalía 1/2011 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas	103
Capítulo VIII. EXAMEN DE LOS DELITOS ECONÓMICOS QUE PUEDEN SER COMETIDOS POR LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	107
1. Introducción	107
2. Delito fiscal	107
3. Blanqueo de capitales.....	110
Capítulo IX. EXAMEN DE HECHOS Y ACTUACIONES CONTRA EL MEDIO AMBIENTE Y CONTRA LOS DERECHOS DE LOS	

TRABAJADORES QUE PUEDEN COMETER LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	114
1. Delitos contra em medio ambiente.....	114
2. Delitos contra los derechos de los trabajadores	116
Capítulo X. MODELOS DE IMPUTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	118
1. El modelo de "transferencia de la responsabilidad".....	119
2. El modelo de imputación de la "culpabilidad de empresa"	120
3. El modelo mixto	121
Capítulo XI. COMPLIANCE PROGRAMS O PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PENAL: ANTECEDENTES, ESTUDIO COMPARADO Y ANÁLISIS CRÍTICO DEL SISTEMA ESPAÑOL.....	122
1. Concepto de <i>Compliance Program</i>	122
2. Antecedentes de los <i>Compliance Programs</i>	123
3. Los <i>Compliance Programs</i> en España.....	132
4. La figura del <i>Compliance Officer</i>	135
5. <i>Compliance Programs</i> en distintos países del mundo occidental capitalista	142
6. Análisis crítico al modelo español	167
Capitulo XII. EL SISTEMA IDÓNEO	175
1. Introducción	175
2. Composición del sistema idóneo.....	176
3. Establecimiento del Manual de prevención de riesgos penales.....	188
4. Elaboración del Manual de <i>Corporate Defense</i> o Programa de cumplimiento penal	199
5. El modelo de respuesta.....	201
6. El órgano de instrucción: estructura.....	217

7. El órgano de decisión	222
8. Estructura del órgano de respuesta.....	223
Capítulo XIII. MUESTRA DE CASOS REALES.....	227
1. Especial referencia a los casos Puigneró y Doñana como primeros casos de delito ecológico en nuestro país.	227
2. Delito fiscal: caso Neymar	229
RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES	234
BIBLIOGRAFÍA.....	238
Nota	248

Capítulo I: OBJETIVO DE LA TESIS

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido una de las cuestiones más debatidas en la doctrina penal desde el siglo pasado. Muchos son los autores que se han planteado este tema, que lo evalúan actualmente y que con toda seguridad lo van a seguir haciendo en el futuro, puesto que no es un tema pacífico y aún no está cerrado a pesar de que algunas legislaciones ya se hallan aposentadas en uno u otro sentido.

En el caso de España, la reforma del Código Penal de 1995 efectuada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, ha supuesto un cambio sin precedentes, ya que hemos pasado del tradicional principio *“Societas delinquere non potest”* (las sociedades no pueden delinquir) al actual principio *“Societas delinquere potest”*, es decir, las sociedades sí pueden delinquir.

. Asi pues Teniendo en cuenta lo dicho en el parrafo anterior,el principal objetivo de esta tesis es estudiar y analizar este nuevo concepto (la responsabilidad penal de las personas jurídicas) para así concienciar a las sociedades y empresas, como personas jurídicas que son, de que a partir del 23 de diciembre de 2010 seranon objeto de vigilancia y pueden ser objeto de acusación y, por tanto, posibles merecedoras de importantes penas, entre la que destaca: la pena de muerte empresarial, que supone la propia disolución de la persona jurídica.

Se trata, pues, de un gran cambio. De hecho lo que se plantea es una revolución que varia un paradigma bien asentado desde tiempo inmemorial. Revolulucion que costara tiempoy esfuerzo asimilar y que, sin dudahara variar el "yo" nismode los entes empresariales y las corporaciones asi como tambien variara la forma de actuar tanto de las corporaciones como la de los responsables de las mismas, que, a partir de mencionada reforma ,puedan ser

consideradas delictivas. El cambio es tal que costará tiempo y trabajo asimilarlo y entenderlo, y en su consecuencia desarrollarlo e implementarlo delictivos. Las normas deberán cumplirse y su vigilancia pasará a ser un modo de actuar de obligado cumplimiento, tanto la normativa oficial como las normas y reglamentos que se den a sí misma la propia empresa.

Otro importante objetivo de la presentación de esta tesis es dar a conocer al mundo empresarial la nueva normativa, su nuevo espíritu y sus consecuencias desde los diversos ámbitos de su aplicación desde la Universidad en General y desde la Politécnica en particular, con alguna Conferencia, incluyendo el tema en algún Curso de Especialización ó Master o incorporado como asignatura curricular, ya sea desde el Colegio de Abogados, en el que he impartido cursos, así como desde otras plataformas docentes o empresariales en las que he desarrollado alguna actividad.

Pienso que olvidar que el ámbito de aplicación de esta nueva concepción es de enorme alcance, puesto que no solo abarcará a las personas jurídicas inscritas como empresas en el Registro Mercantil, sino que llega a sindicatos y ahora sí a partidos políticos, clubes deportivos, fundaciones y toda clase de asociaciones.

Por todo lo expuesto espero que pueda verse la importancia de esta reforma y lo necesario que resulta su análisis y divulgación entre sectores que no son propiamente jurídicos. Sobre todo, teniendo en cuenta la deficiente – o nula por inexistente- regulación y jurisprudencia que presenta este tema y que, por tanto, conlleva una cierta incertidumbre entre los responsables de estas corporaciones y especialmente entre los empresarios. Incertidumbre que intentaré puntualizar a través del desarrollo del presente trabajo y de su posterior desarrollo.

Capítulo II: ESTADO DEL ARTE

1. La responsabilidad de las personas jurídicas.

Una de las cuestiones más debatidas en la doctrina penal actual y de más heterogénea regulación en Derecho comparado es la de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Muchos son los autores que se han planteado el tema, que lo evalúan actualmente y que seguro también lo han de justipreciar en el futuro –porque no parece que sea un tema pacífico y cerrado a pesar de las legislaciones en uno u otro sentido–, esencialmente con criterios valorativos críticos sobre las diversas opciones. De antiguo viene semejante polémica entre los autores penales.

Tanto la doctrina, a mi entender mayoritaria, como la legislación, han sido reacias, en España, a cualquier posibilidad de admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, manteniendo como criterio firme el conocido axioma *societas delinquere non potest* que no supone otra cosa que la defensa, a veces a ultranza, de la exclusiva responsabilidad individual o de las personas físicas, en el ámbito penal, lo mismo que sucede en el Derecho Penal positivo y en la doctrina alemana e italiana frente a la posición tolerante tradicional de los sistemas anglosajones.

Todo cambia con la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 donde las posiciones hasta entonces minoritarias logran la incorporación a nuestro Texto punitivo de una forma legislativa actualizada que consiste en hacer acreedora a la actividad empresarial de formar parte de los tipos del Código Penal. Mas adelante con la L.O: 15/2013 de 25 de Noviembre lla responsabilidad penal de las personas jurídicas en un nuevo intento, no

totalmente conseguido, incorpora con todos los honores y derechos la reforma de considerar las personas jurídicas y corporaciones como posibles sujetos de la jurisdicción penal, o lo que es lo mismo introducir la punibilidad penal en el desarrollo empresarial.

Se trata ,pues, de un gran cambio. De hecho lo que se plantea es una revolución que varía un paradigma muy bien asentado desde tiempo inmmemorial. Revolución que costara tiempo y esfuerzo asimilar y que, sin duda, acabara variando el "yo" mismo de los entes corporativos. De tal cambio se derivara un cambio profundo de la forma de actuar empresarial y de los responsables de las mismas variando, indudablemente ,a mejor ,sus comportamientos, que hasta ahora, en ocasiones, siendo delictivos, quedaban escondian difuminados y parapetados al amparo de sociedades mercantiles o corporaciones de todo tipo.

El cambio de concepto abarca también el hecho de que, hasta ahora, la cuestión delictual era personal e intransferible; al que supuestamente comete el delito es al que se acusa y en su caso al que se condena y consecuentemente se pena. Con el nuevo concepto varía éste axioma, puesto que el autor material del delito puede ser otro, con lo que a los estudiosos de la teoría les cuesta admitirlo y solo por motivos de adaptación a la realidad y de necesidad práctica, se acepta este nuevo concepto de responsabilidad trasladable por razones de política práctica inevitable.

Se pretende con ello una regulación pormenorizada y seleccionada, y limitada a los delitos en concreto a los que se haya de aplicarse, que sea coherente con los nuevos parámetros con los que el legislador pretende introducir esta nueva dimensión de la responsabilidad criminal. Y el legislador lo hace sin especial convicción en cuanto a su real justificación – verdad es que en los primeros borradores y en la Exposición de Motivos de

estos se llegó a desarrollar un amplio desiderátum teórico para fundamentar tal hipótesis-.

Sin embargo, la Exposición de Motivos en la reforma aprobada en la ley de 2010, no profundiza en los criterios político-criminales y dogmáticos que justifican con solidez esta opción. Se limita a narrar que “son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado y en el sector público-privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos)” – afirmación ésta de exigencia internacional que es necesario desde el principio relativizar pues como bien indica la Circular 1/2011 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 número 5/2010, ni los tratados internacionales ni el llamado Derecho penal de la Unión Europea plantean la radical obligatoriedad de atribuir genuina responsabilidad penal a las corporaciones, constituyendo otras opciones posibles como la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza distinta a las penas- o describir sus posibles objetivos conectando hechos y consecuencias:

- a) Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea;
- b) Intenta dejar claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física –

motivación entre otras cosas, para suprimir el citado apartado 2 del artículo 31;

- c) Opción por una doble vía: junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre la organización y sus empleados -sobre la cautela, en este caso, de la imprescindible consideración de las circunstancias del supuesto concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación-.

Muchos han sido los planteamientos doctrinales al respecto y también las respuestas legislativas sobre un tema que, no cabe duda, ha propiciado un amplio debate al respecto. Si bien es cierto que la controversia viene de antiguo, en la actualidad presenta especial protagonismo dada la incidencia social y jurídica, de la que no escapa precisamente el Derecho penal ya que estas sociedades tienen no solo en los ámbitos socio- económicos sino también en las estructuras y modos de operar la nueva delincuencia organizada y tecnificada.

Generalmente, y en una visión tradicional, la alternativa se ha situado en la diferenciación entre el derecho anglosajón, donde generalmente se han propiciado en sus legislaciones la admisión de la responsabilidad penal de esta variedad de personas, y los sistemas continentales donde, por contra, en algunos casos se ha optado por el mantenimiento del clásico principio *societas delinquere non potest*, como consecuencia del cual no se atiende a las hipótesis criminales para las personas jurídicas. Sin embargo, esto no es actualmente del todo correcto ya que existen Códigos, incluidos en la segunda de las variables, que no son ajenos a este tipo de responsabilidad -por ejemplo, Francia y más recientemente España-.

En este último sentido se concretan fundamentalmente dos hipótesis a tener en cuenta.

2. Modelos de responsabilidad.

2.1 Modelo de responsabilidad directa y cumulativa de las personas jurídicas, en el que dicha responsabilidad es compatible, por ser autónoma o paralela, con la de la persona física.

2.2. Modelo de responsabilidad subsidiaria de las personas jurídicas, que únicamente se concreta cuando no existe o no puede deducirse la de una persona física.

Tanto la Doctrina como los Códigos se decantan por la primera de ellas dados los inconvenientes y el encorsetamiento que supone la segunda y así se manifiesta, como ya he advertido, en el propio Preámbulo de la Ley 5/2010 en relación a la independencia entre la declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la concreción o no de la responsabilidad penal de la persona física. Este es también el sentido de la mayoría de la normativa internacional –así por mostrar un ejemplo, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo (en adelante Directiva 2011/36/UE) en su artículo 5.3, referido a la responsabilidad de las personas jurídicas, mantiene que tal responsabilidad se entenderá sin perjuicio de las acciones penales que puedan emprenderse contra las personas físicas que sean autores, inductores o cómplices de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 de la Directiva.

En todo caso, se mantenga la posición que se mantenga al respecto no cabe ocultar las actuales tendencias dogmáticas y los instrumentos jurídicos internacionales que caminan hacia la admisión, que no a la imposición, de

dicha responsabilidad penal colectiva que afecta al Derecho penal comparado y a muy distintas organizaciones internacionales así como, lógicamente, al Derecho positivo interno. En dicha línea se muestra, cada vez más, y así hay que aceptarlo incluso en la discrepancia, una progresiva evolución de la política criminal hacia parámetros que demandan respuestas penales claras y determinantes para las personas jurídicas.

Respecto al desarrollo legislativo y a su necesaria concreción procesal, actualmente en tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, de 20 de Septiembre del 2013, se extiende y amplía el tratamiento de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y, una vez aprobado sabremos si el Legislador realizará un Reglamento específico, lo cual sería de desear porque es en los reglamentos donde se concreta, especifica y acotan los supuestos contemplados por la Ley, su denuncia, su impulso así como sus procedimientos, plazos, concreción de supuestos, interpretaciones, exenciones y demás temas de indudable interés para la imputación y desarrollo de la instrucción de estos delitos y su iter procesal, de la misma forma que se realizó en su día con la Ley 2005 sobre el Tribunal del Jurado.

Me interesa destacar asimismo la creación de un grupo de trabajo de AENOR (Asociación Española de Normalización y Certificación), que ha mostrado su interés en realizar aportaciones futuras respecto a los estudios que la Administración reclamará a las Empresas y asociaciones en forma de catálogos orientativos de los Códigos internos de Corporate Compliance que las Empresas deberán elaborar, desarrollar, vigilar e inspeccionar permanentemente así como la obligatoriedad del nombramiento en cada empresa de un responsable del cumplimiento de las Normas Jurídicas de todo tipo que se pretende sean vigiladas y que de lo contrario puedan ser

sancionadas Administrativamente o Penalmente, si los hechos se ajustan a los tipificados para ello

Expondre la deriva de la Hacienda española que se acerca al hacer de la anglosajona. Hasta ahora, toda la actividad normativa en materia fiscal en España era la de preveer cualquier contingencia; la de marcar las formas, los documentos y toda clase de detalles que la Administración preparaba para que los contribuyentes se atuviesen a lo reglamentado de la forma más estricta posible. La gran variante que va imponiéndose paso a paso pero inexorablemente, consiste en que sean las corporaciones las que presenten, analicen y decidan –en algunos casos- lo que tienen que hacer y cómo, pero dan margen a su propio criterio, interviniendo la Administración solo cuando sospecha o le consta que la práctica utilizada por aquella Corporación no se ajusta a los datos o criterios interpretativos que tienen autofijados por la correspondiente Administración.

En este caso también da licencia y libertad para realizar su propio reglamento normativo interno y en caso de conflicto con la Administración, las corporaciones harán valer el trabajo interno realizado, la orientación de la empresa al cumplimiento normativo, el seguimiento de las normas que ellos mismos se han dado, el control, la implicación de la empresa en lo que podríamos denominar –la asunción del modo legal del comportamiento corporativo-.

Hay que tener en cuenta que en todos los países, tanto el análisis previo de la estructura de la corporación, como el seguimiento y la rigidez internos de su cumplimiento son –de hecho- los únicos motivos para llegar a rebajar las penas, incluso para llegar a que se declare la exoneración de las mismas, desviando la culpabilidad, o no, a la persona física; llegando a dejar sin responsabilidad a la corporación que ha cumplido.

Capítulo III. INTRODUCCIÓN

En el año 2010, se aprobó la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, entre otros temas, para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación a determinados delitos¹. De esta manera, España se sumó al grupo de países que contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en concreto, mediante la introducción del artículo 31 bis del Código Penal, suponiendo esta reforma una de las más significativas de la Parte General del Derecho Penal de las últimas décadas. Puesto que en nuestra tradición jurídica ha regido siempre el principio de que las sociedades no podían delinquir (SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST).

Se incorpora, pues, a la persona jurídica como sujeto del Derecho Penal, y se establece su responsabilidad penal directa. Se viene a dar, de esta forma, una respuesta penal clara para las personas jurídicas, en aquellas

¹ Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en general, vid. por todos: BAJO FERNÁNDEZ, M.-FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J.-GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Pamplona, 2012.

figuras delictivas donde las mismas pueden intervenir, como sería el caso de los delitos económicos, que son de gran importancia en este trabajo por su evidente relación con el ámbito empresarial.

Sin embargo, ECHARRI CASI entiende que tal innovación es relativa, ya que el legislador ya había introducido, antes de la reforma, en el artículo 129 del Código Penal una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los hechos punibles de sus órganos, junto a la previsión solidaria para el pago de la multa impuesta a las personas físicas que cometían delitos en el ámbito de la representación de aquéllas, regulada en el desaparecido apartado segundo del artículo 31². Para BACIGALUPO SAGESSE, la reforma es una consecuencia directa de los numerosos instrumentos internacionales y de la Unión Europea -como el Convenio de Derecho Penal del Consejo de Europa contra la Corrupción o el Convenio sobre la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales- que demandaban una respuesta penal clara para la responsabilidad penal de las personas jurídicas³.

SÁNCHEZ REYERO señala, de hecho, que el reconocimiento de la posibilidad de atribuir la responsabilidad penal a las personas jurídicas y hacerlas destinatarias de la correspondiente sanción se produce, en realidad, en numerosos países de nuestro entorno, como consecuencia del proceso de armonización internacional del Derecho Penal y de la política criminal trazada desde la Unión Europea, aun cuando se materializa en modelos jurídicos muy heterogéneos. Como ejemplo, podemos citar la normativa penal del Reino

² ECHARRI CASI, F.: “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, en Diario La Ley, nº 7541, de 5 de enero de 2011.

³ BACIGALUPO, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (artículo 31 bis y 129 del Código Penal)”, en Diario La Ley, nº 7541, de 5 de enero de 2011.

Unido y el Código penal francés, que consagran un modelo de responsabilidad por traslación o atribución desde supuestos muy diferentes.

En el Reino Unido, se parte de la atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, salvo que se establezca otra cosa, **en el Código Penal francés** de 1994, en su Parte General -artículo 121.2-⁴, se reconoce dicha posibilidad aunque no de forma incondicionada o sistemática, sino más bien como situación excepcional, coexistiendo aquélla con la de sus dirigentes⁵.

En el cuarenta Congreso de Juristas Alemanes, se trató hasta qué punto es recomendable prever normativamente la capacidad penal de las personas jurídicas, con independencia del resultado de determinadas votaciones en su seno, recomendación que se hace especialmente sensible en el ámbito del Derecho Tributario y Medioambiental. Y, por su parte, **el Código Penal austriaco y el suizo** adoptan un nivel más próximo al sistema denominado de la responsabilidad penal propia u originaria o de la culpabilidad de empresa, en el que se buscan los fundamentos de la responsabilidad en factores que tienen más que ver con la infracción de los deberes propios que incumben exclusivamente a la persona jurídica.

En Italia, por contra, se restringe constitucionalmente la responsabilidad penal al ámbito de las personas físicas, y ello se plasma en el artículo 27.1 del Decreto Legislativo núm. 213 de 8 de junio de 2001, que

⁴ Este artículo dispone que “las personas jurídicas, con exclusión del Estado, son responsables penalmente, según las distinciones de los artículos 121-4 a 121-7 y en los casos previstos por la ley o por el reglamento, de las infracciones cometidas por su cuenta, por órganos o por representantes. Sin embargo, las colectividades territoriales o sus agrupaciones solo serán penalmente responsables por las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de concierto de delegación de servicio público. La responsabilidad penal de las personas morales no excluye de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos”.

⁵ SÁNCHEZ REYERO, D. G., “Estudio sobre la responsabilidad de la persona jurídica, el doloso dependiente y el corporate compliance”, en Diario La Ley, nº 7653, de 16 de junio de 2011.

regula un Derecho Penal Administrativo que establece, como presupuesto para la imposición de las sanciones, la comisión del delito para quienes sean los representantes, directivos o administradores de hecho o de derecho, así como las personas que ejerzan labores de control, siempre que actúen en interés o beneficio de la persona jurídica.

En cualquier caso, parecía clara la necesidad de una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español, al menos en relación a aquellos delitos en que la posible intervención de las mismas resultaba más evidente. Sin embargo, también debemos destacar que dicha regulación ha dejado, por el momento, mucho que desear, especialmente por su falta de desarrollo legislativo y jurisprudencial, lo cual se está traduciendo, en muchas ocasiones, en una inseguridad jurídica, con todo lo que ello conlleva.

Capítulo IV: IDEA GENERAL DEL DERECHO PENAL Y SUS PRINCIPIOS INFORMADORES: LEGALIDAD, CULPABILIDAD, E INTERVENCIÓN MÍNIMA

El Derecho Penal puede entenderse en dos sentidos distintos: subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo es la facultad de castigar o imponer penas que corresponde exclusivamente al Estado y en sentido objetivo el conjunto de normas que regulan tal facultad punitiva asociando al delito como hecho que es la pena como legítima consecuencia.

Ahora bien, esta facultad del Estado de castigar o imponer penas, también llamado *ius puniendi* no tiene carácter ilimitado; sus límites se encuentran en una serie de garantías fundamentales que encierran los principios que han de informar el Derecho penal.

Dentro de tales principios la doctrina hace referencia al principio de legalidad, al principio de culpabilidad, al principio de intervención mínima y al principio de irretroactividad, entre otros. Nosotros solo haremos referencia a algunos de los más importantes como son los siguientes:

1. Principio de Legalidad

El principio de legalidad puede considerarse la pieza básica o fundamento en el que se apoya el Derecho Penal actual. Este principio puede enunciarse diciendo que no puede imputarse a nadie un delito ni castigarse con una pena que no haya sido establecida por Ley con anterioridad a su perpetración.

Para evitar que el principio de legalidad penal sea una proclamación vacía de contenido, la ley debe reunir una serie de requisitos que generalmente se resumen en la necesidad de que sea escrita, previa a la realización de los hechos que se pretende sancionar y estricta, esto es, que establezca claramente las características del hecho punible⁶.

El principio de legalidad representa una lucha contra la incerteza y la inseguridad características del Derecho Penal del Antiguo Régimen. Ya que en virtud de este principio los ciudadanos pueden conocer con certeza, antes de emprender su acción, si ésta cae o no dentro de lo que la ley declara punible, y en ningún caso podrán ser sorprendidos “a posteriori” con una pena no establecida previamente.

En cuanto a su consagración en el Derecho español cabe decir que, en España este principio ha sido recogido por todas las Constituciones y Códigos Penales, salvo el de 1850 que solo lo tuvo en cuenta parcialmente.

Del principio de legalidad se derivan cuatro garantías⁷:

1.1. Garantía Criminal

⁶ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, MERCEDES “Derecho Penal: Parte General”. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, MERCEDES “Derecho Penal: Parte General”. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

Esta garantía implica que para que un hecho pueda ser considerado como delictivo es necesario que una previa ley lo haya descrito como tal.

Aparece recogido en nuestra Constitución cuando proclama en su artículo 25 que *“nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse, no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*. Y en el propio Código Penal cuando dice en su artículo 1.1 que *“no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración”*.

De la garantía criminal se deriva la prohibición de extender el carácter de delito a comportamientos análogos o parecidos pero que no estén taxativamente formulados como típicos. Siendo la tipicidad la exacta definición del hecho punible.

Otro efecto de esta garantía es la prohibición de la retroactividad de leyes penales perjudiciales para el reo, pues entonces el fundamento de su castigo no se encontraría en una ley previa.

1.2. Garantía Penal

Esta garantía implica la prohibición de imponer penas que no hayan sido previstas con anterioridad para aquella clase de delito.

La garantía penal se reconoce en el artículo 2.1 del Código Penal cuando dispone que: *“no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración”*. O sea, está prohibida la retroactividad. No existe la analogía en la aplicación de Derecho Penal.

1.3. Garantía Procesal o Jurisdiccional

Esta garantía significa que las sentencias condenatorias no pueden ser dictadas más que por el Tribunal competente y tras cumplir los requisitos y garantías del proceso.

Aparece recogida en el artículo 24.2 de la Constitución cuando proclama que *“todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*; y en el propio Código Penal cuando el artículo 3.1 dispone que *“no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”*.

Efectivamente, en el artículo 3.1 CP se contienen, al menos, las siguientes exigencias:

- a) Para ejecutarse una pena, debe haberse seguido un proceso legal, porque de ningún otro modo puede dictarse una sentencia;
- b) Hasta que la sentencia no es firme, no puede ejecutarse la pena, esto es, la pena no empieza a cumplirse.

Respecto a esta garantía, y en referencia a la cuestión objeto de estudio en el presente trabajo, cabe señalarse que en un principio hubieron multitud de críticas a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que dicha reforma no fue acompañada por la pertinente reforma

procesal que hiciera posible la aplicación práctica de esa responsabilidad penal.

No obstante, hay que destacar que, a posteriori, se ha promulgado la Ley 37/2010, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, cuyo objeto es, precisamente, incorporar determinadas medidas de agilización procesal en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo con el propósito común de suministrar a nuestros tribunales instrumentos procesales óptimos para la gestión procesal.

De esta manera se ha intentado paliar, al menos temporalmente, la necesaria reforma procesal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pues bien, en el orden penal, se introducen ciertas modificaciones inexcusables, exigidas por la nueva situación derivada de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En particular, se regulan cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral y conformidad, así como su rebeldía, cuyo estudio se realizará más adelante.

1.4. Garantía de Ejecución o Penitenciaria

Esta garantía exige que el cumplimiento de la pena se verifique en el modo exactamente previsto por la ley.

Viene recogida en el artículo 3.2 del Código Penal cuando proclama que *“tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”*.

Las normas que rigen para la ejecución de las penas privativas de libertad están contenidas en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de diciembre, y su Reglamento.

En definitiva, y teniendo en cuenta todo lo anterior, se trata de que el Estado actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, pero también de que los ciudadanos conozcan en todo momento cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas, con la absoluta seguridad de que si la ley no las establece, nunca podrán afectarles.

En nuestro Ordenamiento, el sometimiento a la ley se encuentra proclamado con carácter general en el artículo 9 de la Constitución Española de 1978⁸, así como también en el artículo 117.1⁹.

2. Principio de Culpabilidad

Son dos las perspectivas desde las que puede examinarse el llamado principio de culpabilidad.

Por una parte, desde el punto de vista jurídico-penal, la culpabilidad significa la imposibilidad de sancionar penalmente conducta alguna si ésta no es imputable a su autor a título de dolo o imprudencia, rechazándose así la llamada responsabilidad objetiva. El propio Código Penal establece en su artículo 5 que “*no hay pena sin dolo o imprudencia*”. Mas no solo cuando no hay dolo o imprudencia respecto al resultado delictivo existe ausencia de

⁸ Así el artículo 9.1 señala que “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”; y el artículo 9.3 dispone que “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁹ El artículo 117.1 de la Constitución establece que “La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

culpabilidad, sino también cuando el sujeto carece de grado de desarrollo mental necesario, desconoce que el hecho está prohibido o no le era exigible otro comportamiento.

Pero junto a esta perspectiva jurídico-penal, hay otra de signo político-criminal, cuyo objeto último es la conservación de una serie de garantías que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda culparse a quien la sufra del hecho que la motiva.

2.1 Entre estas garantías, plasmadas a la vez en **subprincipios del de culpabilidad** que pueden mencionarse las siguientes:

- 1- En primer lugar, la llamada personalidad de las penas o individualización del castigo, a tenor de la cual ha de responderse por los hechos propios y no ha de hacerse responsable al sujeto por delitos ajenos. En el Derecho Civil, la sanción o reparación del daño causado es trasladable: como por ejemplo, a una compañía de seguros o a los padres en caso de menores.
- 2- En segundo lugar, el principio de responsabilidad por el hecho, a tenor del cual no pueden castigarse formas de ser o personalidades, sino solamente conductas, hechos o actos.
- 3- En tercer lugar, el llamado principio de proporcionalidad, plasmado en la exigencia de que entre el hecho punible y su castigo haya un equilibrio que sea coherente con la entidad relativa del bien jurídico lesionado. Si no existe proporcionalidad se atenta contra la dignidad humana. Igualmente este principio impone que el límite máximo del castigo no sea tan elevado que haga imposible cualquier tratamiento re socializador.

Pues bien, respecto al principio de culpabilidad, cabe señalar que hay controversia en la doctrina ya que hay autores que consideran que este principio no se cumple en relación a las personas jurídicas.

Así se dice que la punibilidad de estas personas es incompatible con la estructura teórica del Derecho penal y, en concreto, con la teoría jurídica del delito pues difícilmente pueden realizar los elementos más sobresalientes que la componen. Ciertamente es desde tal comprensión es sumamente difícil asumir que los entes colectivos puedan superar los conceptos de acción y de culpabilidad. Esto porque supone una imputación subjetiva personal que se apoya en un reproche individual del hecho delictivo concreto y por lo que, al no actuar por sí misma, no puede desarrollar el ente colectivo las premisas subjetivas del delito ni la imputabilidad del sujeto ni la propia comisión dolosa o imprudente, cualquiera que sea su ubicación sistemática, e incluso para aquellos que conciben el término bajo la idea de atribuibilidad del hecho injusto a su autor por razón de su motivabilidad normal en contra de la realización de la infracción criminal de igual manera no procede asumir capacidad de culpabilidad para dichas personas ya que el propio concepto de motivabilidad aparece unido al individuo¹⁰.

Pero es que, además, y como paso previo, se produce la incapacidad de acción, en cuanto conducta humana, que es motivada por una “voluntad”, un querer propio, de la que no es capaz la persona jurídica sino por medio de sus representantes físicos que son los que pueden exteriorizar los actos delictivos. Es decir, se plantea su falta de aptitud para formar una voluntad autónoma, distinta de las voluntades de sus miembros con incidencia en el ámbito punitivo.

¹⁰ En este último sentido: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E-HUERTA TOCILDO, S. Derecho Penal. Teoría Jurídica del Delito. 2ª ed., Madrid, 1986.

Junto a ellas dos se muestra una tercera que es consecuencia de ambas, la in-capacidad de pena basada esencialmente en el principio de personalidad que se le atribuye, en el reproche ético-social que supone su imposición en el ámbito penal y en sus propios fines tanto preventivo generales –la persona jurídica no padece y, por tanto, no es susceptible de coacción psicológica, propia de la prevención general negativa, ni de valorar su actitud de respeto a la norma, de la prevención general positiva– como preventivo especiales –la persona jurídica escapa a la idea de resocialización-¹¹.

3. Principio de Intervención Mínima

Este principio implica, por un lado, que el derecho penal y en su consecuencia la sanción penal que es la más grave de la que dispone el Estado no debe utilizarse cuando exista la posibilidad de utilizar otros instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico violado. Por tanto, el recurso al Derecho Penal ha de ser el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos.

Así, el Derecho Penal tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero en esta función de protección le corresponde tan sólo una parte, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que contienen otras ramas del Derecho. Ello ha llevado a que se afirme que, frente a otras ramas jurídicas, el Derecho Penal tiene carácter subsidiario.

En referencia a la gravedad de la sanción penal y su relación con el principio de intervención mínima, prevalece la idea de que debe ser preferible

¹¹ En este sentido, entre muchos otros: ANTÓN ONECA, J. Derecho Penal. 2ª ed., anotada y corregida por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Madrid, 1986. JESCHECK, H.H.-WEIGEND, T. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Trad., Olmedo Cardenete, 5ª ed., corregida y ampliada, Granada, 2002. COBO DEL ROSAL, M-VIVES ANTÓN, T.S. Derecho Penal...cit.,. MIR PUIG, S. "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En Estudios Penales en recuerdo al Prof. Ruiz Antón. Madrid, 2004.,. BUSTOS RAMÍREZ, J-HORMAZÁBAL MALARÉE, H. Lecciones de Derecho Penal., Vol II, Madrid, 1999.

la sanción más leve a la más grave, si con ello se consigue ya el restablecimiento del orden jurídico perturbado por el delito¹².

Las consecuencias de ello son el principio de humanidad y el principio de proporcionalidad.

3.1. El principio de humanidad obliga siempre a reconocer que el delincuente, cualquiera que sea el delito que haya cometido, es una persona humana que tiene derecho a ser tratada como tal y a reintegrarse en la comunidad.

Esta idea se refleja en el proceso penal, en la abolición de determinados tipos de pena y en la ejecución de las penas privativas de libertad. Así:

- 1- En el proceso penal el principio de humanidad ha llevado a la abolición de la tortura y a la de cualquier otro medio que prive al acusado de la libre determinación de su voluntad, como el detector de mentiras, el suero de la verdad, etc.
- 2- Con respecto a la pena de muerte, el principio de humanidad impone su abolición, puesto que ni sirve más que otras sanciones para proteger a la sociedad, ni permite la acción re socializadora ni es necesaria para garantizar la paz social¹³.

¹² Un ejemplo de este principio es el artículo 2.2 del Código Penal que permite, excepcionalmente, el efecto retroactivo de las leyes penales “*que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena*”.

¹³ El artículo 15 de la Constitución Española 1978 prohíbe expresamente la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, aboliendo la pena de muerte.

3- En materia de ejecución penitenciaria, el principio de humanidad obliga a tratar con respeto al encarcelado y procurar su reinserción social una vez cumplida la condena¹⁴.

3.2 El principio de proporcionalidad, impone que las penas deben ser proporcionadas a la gravedad del delito cometido o que éstos no pueden ser sancionados con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.

Por otro lado, el principio de intervención mínima implica que cuando el Derecho Penal intervenga ha de ser para la protección de aquellos intereses mayoritarios y necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho.

No obstante, cabe señalar que en los últimos años se advierte una tendencia a ampliar el ámbito de intervención del Derecho Penal a la protección de bienes jurídicos universales cada vez más inaprensibles, y por eso mismo, más difíciles de delimitar. Como ejemplos, en el Código Penal se protegen bienes jurídicos como “la ordenación del territorio”, “el patrimonio histórico”, “los recursos naturales y el medio ambiente”, “la flora y la fauna”, etc.

El principio de intervención mínima implica que admitido que el recurso al Derecho Penal sea necesario no han de sancionarse todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos que previamente se han considerados dignos de protección, sino únicamente las modalidades de ataque más peligrosas para ellos.

¹⁴ El artículo 25.2 de la Constitución Española de 1978 dice que las penas y las medidas preventivas de libertad estarán orientadas primordialmente a la reinserción social de los condenados

Por tanto, no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el Derecho Penal. Éste se limita únicamente a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter fragmentario.

Dicho carácter aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales:

- 1- **Defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad**, exigiendo determinadas intenciones, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en determinados casos, etc.
- 2- **Tipificando sólo una parte** de lo que en las demás ramas del Ordenamiento Jurídico se estima como antijurídico.
- 3- **Dejando sin castigo**, en principio, las acciones meramente inmorales.

De lo anterior se deduce que el bien jurídico es un fundamento necesario de la intervención del Derecho Penal en la regulación de la convivencia, pero no es por sí solo criterio suficiente para limitar el poder punitivo del Estado. Se requiere además del criterio del merecimiento de la pena, es decir, del juicio de si un comportamiento concreto que afecta a un determinado bien jurídico debe ser sancionado penalmente. En esta decisión el legislador se basa no sólo en criterios de justicia, sino también de oportunidad y utilidad social.

Ahora bien, en caso de duda sobre el merecimiento de pena de una conducta debe elegirse la vía de la impunidad o la despenalización.

En todo caso y respecto a este principio de intervención mínima, se ha considerado que la imposición de la responsabilidad penal de las

personas jurídicas infringe el principio de intervención mínima puesto que, reconociéndose la necesidad de que las sociedades estén sometidas a un régimen sancionador, en nuestro Derecho es posible imponer sanciones administrativas muy elevadas, capaces de generar un efecto de prevención general más que suficiente.

Por último para nuestros tribunales no parece que el principio de intervención mínima sea uno de los principios que rigen las normas de Derecho Penal puesto que son intervencionistas a la mínima infracción; ello investigado por la fiereza punitiva de la fiscalía y por el rango que se ha autoaplicado.

Capítulo V: IDEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA

1. Concepto de empresa y de empresario

Tratar de definir lo que es una empresa es algo delicado, debido a la compleja y variada realidad que encierra dicho concepto.

A pesar de las dificultades, y teniendo en cuenta las opiniones de los autores más solventes en esta materia, podemos dar la siguiente definición.

SE DENOMINA al conjunto de factores de producción (personal, máquinas, materias primas, financiación, etc) organizados y coordinados por la dirección, orientados a la consecución de una serie de objetivos, actuando bajo condiciones de riesgo.

Vamos a comentar algunos aspectos de esta definición:

- a) *Factores organizados y coordinados por la dirección:* Toda empresa está formada por un conjunto de elementos que hacen posible la producción de bienes y servicios; estos elementos o factores han de ser empleados de forma coordinada, bajo el mando del equipo directivo y siguiendo el proyecto de gestión del mismo.
- b) *Consecución de objetivos:* Cualquier organización actúa tratando de conseguir unos objetivos, y las empresas no son una excepción. Éstos son las metas que la empresa intenta alcanzar (beneficios, rentabilidad, expansión de su actividad,

motivación social, penetración en el mercado, etc.), y constituyen un elemento de motivación para los equipos humanos que hacen posible la actividad empresarial, al mismo tiempo que son un importante instrumento de gestión.

- c) Actuación bajo condiciones de riesgo: La supervivencia de las empresas privadas depende de la obtención de beneficios que les permitan absorber los costes y remunerar el capital invertido en ellas, asegurando rentabilidad al inversor. Esta obtención de beneficios depende del éxito del proyecto empresarial, que está sometido a multitud de riesgos e incertidumbres que pueden hacerlo fracasar.

El riesgo, que es determinante en la gestión de las empresas privadas, no tiene la misma importancia para las empresas públicas, cuya supervivencia no depende necesariamente del resultado económico, ya que sus objetivos se suelen medir en términos de rentabilidad social, cubriendo el Estado las pérdidas que puedan producirse.

Habitualmente se suelen dar distintas ideas de lo que es un **empresario**, según se fije la atención en unos o en otros aspectos del mismo. A continuación expondremos varios conceptos ya clásicos en economía de la empresa y añadiremos otro de naturaleza jurídica.

- 1.1 El empresario innovador:** El empresario innovador: Esta idea fue desarrollada por J. A. Schumpeter y, en síntesis, considera que el papel del verdadero empresario consiste en detectar y poner en marcha una nueva oportunidad de negocio, aprovechando una invención o idea todavía no explotada. Esta capacidad para ser el primero es recompensada con unos beneficios extraordinarios, que se

logran porque durante un tiempo el empresario innovador es un monopolista en el mercado.

1.2 El empresario que asume riesgos: Para F. H. Knight, lo que define al empresario es su capacidad de asumir riesgos en un mundo de incertidumbre; éste lanza un proyecto con el que espera satisfacer unas expectativas, pero la realidad del mercado le puede hacer fracasar.

Ambas posiciones arrancan de la idea de que el empresario es fundamentalmente una persona individual y quizá el propietario de los medios de producción que se ponen en juego. Esto es compatible en parte con las circunstancias predominantes en el siglo XIX, e incluso en la primera mitad del siglo XX, época en la que surgen estas teorías. No obstante, la realidad actual, dominada por las grandes empresas de ámbito multinacional es muy diferente; a pesar de todo, la innovación y el riesgo son dos factores fundamentales de toda actividad empresarial.

1.3 Concepto jurídico de empresario: Desde el punto de vista laboral, que es un aspecto fundamental en la vida de la empresa, aparece la figura de empresario que aporta el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, considerando como tales, a todas las *personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban de forma voluntaria la prestación de servicios retribuidos de quienes trabajan por cuenta ajena y dentro de su ámbito de organización.*

Por otra parte, el Derecho Mercantil concibe al empresario como la *persona que en nombre propio desarrolla una actividad constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de la misma* (Uría). Para el Derecho, el concepto de empresa significa la

actividad profesional y de índole económica a la que se dedica dicho empresario.

2. Clases de empresas: la empresa y sus formas mercantiles

Se pueden hacer numerosas agrupaciones de empresas según el criterio utilizado para clasificarlas; aquí me voy a centrar en tres de ellas nosotros vamos a seleccionar tres de ellas, basándome en su utilidad y su aceptación general.

2.1. Clases de empresas según su forma jurídica

1- Empresas individuales: Este tipo de empresas se caracterizan porque al frente de ellas hay una persona física, titular del patrimonio de la empresa y que es quien la impulsa, decide su actividad y asume los riesgos propios de la misma.

2- Sociedades que no limitan la responsabilidad de los socios: Las sociedades son agrupaciones de personas que forman una organización con determinado objetivo, para lo cual realizan las aportaciones que hayan acordado. Constituyen personas jurídicas, es decir, son entidades con derechos y obligaciones independientes de las que corresponden a los socios que las forman. En las sociedades de responsabilidad ilimitada, los socios responden de las deudas con todo su patrimonio embargable. Pertenecen a esta modalidad las sociedades civiles y las sociedades colectivas.

3- Sociedades que limitan la responsabilidad de los socios:

son las más numerosas en el mundo actual. En ellas los socios sólo responden de las deudas sociales con el capital que han aportado, quedando el resto de sus patrimonios personales a salvo de las deudas contraídas por la empresa.

Se incluyen en este grupo: las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades anónimas laborales y las cooperativas, salvo disposición contraria de sus estatutos.

4- Sociedades mixtas en cuanto a la responsabilidad de los socios:

En estas sociedades algunos de los socios tienen responsabilidad ilimitada, y responden con sus bienes particulares de las deudas sociales si la empresa no lo hace; otros socios, por el contrario limitan su responsabilidad a las aportaciones de capital que han realizado, teniendo por tanto responsabilidad limitada. Podemos incluir dentro de este apartado a las sociedades comanditarias.

2.2. Clases de empresas según su actividad

1- Empresas del sector primario: Comprende las empresas agrícolas, ganaderas, pesqueras y forestales.

2- Empresas del sector secundario: Abarca las industrias mineras y extractivas en general, las de producción de energía eléctrica, las empresas químicas, las mecánicas, la construcción y las empresas de manufacturas.

3- Empresas del sector terciario: Agrupa a todas las empresas de servicios, como comercio, hostelería, reparaciones, comunicaciones y transportes, banca y seguros, etc.

2.3. Clases de empresas atendiendo a la titularidad de su capital

- 1- Empresas públicas,** cuyo capital pertenece al Estado o a entidades públicas en su totalidad.
- 2- Empresas privadas,** su capital pertenece a particulares.
- 3- Empresas mixtas,** parte de su capital pertenece a entidades públicas y el resto a particulares o a empresas privadas.

3. La organización de las empresas

3.1. Los principios de organización.

Por organización, en general, se entiende la combinación de diferentes elementos, según un esquema previo de relaciones y dependencia entre ellos para conseguir un objetivo común. Aplicando esta definición a una empresa, se puede afirmar que, la organización, consiste en combinar racionalmente sus diferentes elementos, humanos y materiales, de forma que permitan obtener unos resultados económicamente óptimos (que es el objetivo fundamental de una empresa, aunque no el único y a veces ni tan siquiera el primero), en la ejecución de aquellas actividades que le son propias.

Por las grandes diferencias entre unas empresas y otras es imposible concebir un módulo de organización único, válido para todas ellas. Sin

embargo, sí que existen unos principios en las que debe basarse la organización de cualquier empresa para ser eficaz. Los más comúnmente admitidos son los siguientes:

- 1- *Definición*: Significa que el esquema en el que se basa la organización de la empresa debe ser definido con claridad, en su totalidad y en sus diferentes aspectos, de forma que pueda ser comprendido perfectamente por todos.
- 2- *Unidad de mando*: Quiere decir que, en la estructura jerárquica de la empresa, cada individuo no puede recibir órdenes de más de un jefe. Debe quedar claro a quién corresponde la decisión final.
- 3- *Unidad de dirección*: Consiste en que se debe seguir un criterio uniforme para cada tipo de actividades dirigidas hacia un mismo objetivo.
- 4- *Autoridad y responsabilidad*: Autoridad, es la capacidad de adoptar decisiones y de obligar a otros a acatarlas. En una empresa, la responsabilidad de cada sujeto debe ser proporcional a su nivel de autoridad.
- 5- *Límite de control*: Este principio debe entenderse como consecuencia de la necesidad de asignar cada función a la persona con capacidad suficiente para desempeñarla. Cuando la elección haya sido correcta, el control que sobre ella ejerzan sus jefes debe limitarse al mínimo necesario para garantizar su eficacia.
- 6- *Homogeneidad de tareas*: Significa que las funciones asignadas a cada sujeto de una empresa deben ser lo más

homogéneas posible. Es una consecuencia de la necesidad de especialización.

7- *Presencia de la autoridad*: Significa que la autoridad no debe faltar en ningún caso. Que siempre, en cada nivel, debe existir una persona con capacidad para tomar decisiones, ya que su ausencia paralizaría las tareas de sus subordinados.

Estos principios no deben entenderse como leyes científicas, inmutables. Se trata, más bien, de criterios orientativos.

3.2. División del trabajo y departamentalización.

Se suelen distinguir dos tipos de división del trabajo: una referida a las tareas que se realizan, asignando a cada trabajador aquéllas para las que se encuentra capacitado; y la otra, basada en la autoridad, en la que se define el grado de autonomía con la que cuenta el operario. En relación con esto es tradicional clasificar los tipos de departamentalización de la siguiente forma:

- 1- **Departamentalización por funciones**: En este caso, se organiza a los trabajadores según sus capacidades, por las características de los trabajos que realizan y por los materiales y equipamientos que utilizan.
- 2- **Departamentalización por producto**: Hace referencia a la agrupación de la fuerza del trabajo y de la actividad por el *output* final que se produce.
- 3- **Departamentalización por procesos**: En este modelo la actividad se organiza por las fases que componen la cadena de fabricación de un producto.

- 4- **Departamentalización por sectores de mercado:** Se trata de organizar las tareas por el mercado o parte del mercado al que dirige su actividad.
- 5- **Departamentalización por zona geográfica:** El sistema de división de la actividad y de los operarios responde a la especialización por el conocimiento de una zona del territorio, ya sea nacional, regional o local. Sería el caso de una empresa que tiene distintas delegaciones, sucursales o establecimientos en diferentes ciudades.

3.3. La estructura organizativa: los organigramas

Un organigrama es la representación gráfica de la estructura organizativa de una empresa, o de una parte de la misma, que sirve para ofrecernos una visión inmediata resumida de la forma en que esa organización se ha articulado, y ponernos en evidencia la coordinación de las diferentes funciones, los puestos de trabajo y sus agrupaciones funcionales, y las relaciones jerárquicas y de colaboración entre todos ellos.

En un organigrama deben quedar perfectamente establecidos los siguientes elementos: niveles de autoridad; flujo de autoridad y delegación; y división de tareas.

Entre los más conocidos tipos de organigramas cabe destacar los siguientes:

- 1- **Verticales:** Presentan las unidades ramificadas de arriba abajo a partir del titular, en la parte superior, y desagregan los diferentes niveles jerárquicos en forma escalonada. Son los de uso más generalizado en la administración, por lo

cual, los manuales de organización recomiendan su empleo.

- 2- **Horizontales:** Despliegan las unidades de izquierda a derecha y colocan al titular en el extremo izquierdo. Los niveles jerárquicos se ordenan en forma de columnas, en tanto que las relaciones entre las unidades se ordenan por líneas dispuestas horizontalmente.
- 3- **Mixtos:** Este tipo de organigrama utiliza combinaciones verticales y horizontales para ampliar las posibilidades de graficación. Se recomienda utilizarlos en el caso de organizaciones con un gran número de unidades en la base.
- 4- **De Bloque:** Son una variante de los verticales y tienen la particularidad de integrar un mayor número de unidades en espacios más reducidos. Por su cobertura, permiten que aparezcan unidades ubicadas en los últimos niveles jerárquicos.
- 5- **Circulares:** En este tipo de diseño gráfico, la unidad organizativa de mayor jerarquía se ubica en el centro de una serie de círculos concéntricos, cada uno de los cuales representa un nivel distinto de autoridad, que decrece desde el centro hacia los extremos, y el último círculo, o sea el más extenso, indica el menor nivel de jerarquía de autoridad. Las unidades de igual jerarquía se ubican sobre un mismo círculo, y las relaciones jerárquicas están indicadas por las líneas que unen las figuras.

3.4. Por lo que se refiere a los **tipos de organización empresarial** vamos a desarrollar brevemente los más importantes modelos de **organigramas**:

- 1- **Organización lineal:** Su principal precursor fue Fayol; este modelo organizativo se caracteriza por la unidad de mando y disciplina. El principio jerárquico que la anima establece que las órdenes nacen de los niveles más altos de la organización, fluyendo hacia los escalones inferiores, fijando claramente la autoridad y responsabilidad de cada jefe o encargado, por la que tendrán bajo su mando un número de personas; de éstas dependerá otro grupo de trabajadores, hasta llegar a la base de la pirámide. Por este principio cada trabajador ha de responder ante un solo órgano superior o supervisor y éste, a su vez, a otro, repitiéndose el modelo hasta alcanzar el vértice de la estructura.
- 2- **Organización funcional:** Su precursor fue Taylor, y se caracteriza por la existencia de los especialistas en la estructura organizativa que desarrollan su actividad en una tarea determinada. Sobre ellos pueden tener competencias varios jefes o superiores responsables de las diferentes funciones existentes en la empresa.
- 3- **La figura del *staff*:** El equipo *staff* puede ser considerado como un departamento más en el organigrama empresarial. La ubicación del *staff* suele estar en los niveles más altos de la toma de decisiones, y su misión principal consiste en asesorar a los órganos de dirección, por lo que recibe el nombre de *staff de dirección*.

- 4- Pero la **misión del staff** no se centra de manera exclusiva en los problemas de administración (problemas jurídicos, laborales, fiscales,...), sino que puede asumir el asesoramiento técnico de la producción, dirigido a los jefes de departamento de nivel intermedio; en este caso se trata de un *staff de dirección técnica*.
- 5- **Organización matricial:** Por lo que respecta a los planteamientos actuales de la organización empresarial, ha surgido la organización matricial, que consiste básicamente en diseñar los enlaces que corresponden a cada área de autoridad, utilizando al menos dos variables organizativas, o principio de autoridad doble: por ejemplo, funciones y proyectos.

4. Los grupos en la empresa: dinámica de grupos

Hasta ahora los conceptos expuestos sobre la organización empresarial se refieren a su estructura formal; es decir, aquella que es conocida por todos, que está recogida documentalmente y que denominamos *organización constituida*. Pero ocurre que de forma paralela o subyacente existe otra, denominada *organización informal*, no oficial, de la que depende en muchas ocasiones el éxito de la actividad empresarial.

En la organización informal desempeñan un papel relevante tanto la responsabilidad que sus integrantes ocupan en el organigrama formal de la empresa, como la personalidad de los mismos y las relaciones que surgen de la interacción entre todos ellos.

En cuanto a la dinámica del grupo, cabe señalar que, en el grupo, la información no oficial, se transmite por el “a mí me han dicho”, “por medio de otro he sabido”, “escuché el otro día”..., casi siempre se trata de rumores,

a fin de cuentas. Estas informaciones tendrán mayor o menor trascendencia según sea la fuente que las emite por primera vez. Es posible que el rumor sea originado por la estructura formal, utilizando al grupo y a la estructura paralela para transmitir o sondear sobre una información que tratada de otra manera resultaría alarmista.

En el grupo informal actúan los intereses personales contrapuestos que no pueden ser manifestados en la estructura formal. La regulación de éstos suele producirse por la intensidad con la que otros miembros manifiestan e imponen los suyos, resultando posible la ruptura del sistema y la extensión del conflicto a nivel institucional.

El grupo dispone de sus propias normas propias de comportamiento o reglas de identidad, que suelen establecerse en el grupo por la influencia de:

- a) El ambiente general de la empresa.
- b) La situación profesional de sus integrantes.
- c) Las influencias externas de otros grupos fuera de la empresa.
- d) El móvil o “pacto” que animó la existencia originaria de la organización informal.

5. El “Plan de empresa”

El “plan de empresa” se ha convertido en la principal herramienta de que dispone una empresa.

En este plan se desarrolla qué quiere hacer la empresa, los objetivos que se marca -el camino que seguirá para conseguirlo, la financiación necesaria, el personal que deberá incorporar, los productos antiguos que seguirá fabricando, los nuevos que incorporará, las delegaciones que necesita, los stocks, el plan de I+D, los nuevos organigramas y esquemas, etc-.

En definitiva se trata de planificar la “vida” de la empresa para los futuros dos o tres años. En la elaboración de este plan deben intervenir todos los mandos de la empresa, incluso dar voz a los trabajadores –también los mandos menos cualificados- para que aporten sus ideas o destaquen fallos de la actual organización.

En España al principio se llamó *tableau de bord* y lo importaron un grupo de profesores chilenos que se incorporaron a ESADE, aportando el conocimiento adquirido en Chile en empresas norteamericanas como General Motors.

6. La propiedad de la empresa y la dirección efectiva

En la actualidad existe una separación clara entre la propiedad de la empresa y su dirección efectiva, pudiéndose hablar de una clase profesional dirigente q, en muchos casos, no tiene participación en el capital de la empresa. Este punto de partida nos sitúa necesariamente en la empresa societaria, ya que en la empresa individual se da como norma general una identificación plena entre el dueño del capital y el director del negocio.

El empresario dirigente o empresario director será, por tanto, el profesional con plenas competencias, surgidas de una relación contractual que le faculta para la toma de decisiones, respondiendo de su trabajo ante los órganos de gobierno (administradores) que representan los intereses de los socios.

Esta clase empresarial va a diseñar el conjunto de objetivos que tiene que alcanzar la organización. Se puede hablar incluso de la nueva dirección desarrollada por la mencionada clase directiva, que consiste en hacer prevalecer objetivos de crecimiento sostenido para las empresas. Esto es así porque la retribución del directivo moderno se basa en la dimensión de la actividad bajo su competencia y en los objetivos que se establecen, al mismo

tiempo que se alcanzan beneficios suficientes para remunerar al capital de los socios.

7. Dirección y gestión.

Dos conceptos, que se unen corrientemente, son los de dirección y gestión. Es importante establecer la oportuna diferenciación con objeto de marcar su adecuada jerarquía para evitar asignar a los responsables de la dirección tareas típicas de gestión y, al contrario, atribuir a los gestores responsabilidades de dirección.

Un término muy utilizado en los últimos tiempos es el conocido como *management*, que es la acción de gobernar y gestionar los recursos de la empresa para la consecución de los objetivos previstos. Diremos, por consiguiente, que comprenderá tanto las tareas de dirección como las de gestión, lo que no indica que unas y otras sean las mismas.

7.1 La **dirección** consiste en ejercer competencias en tareas de gobierno, dando instrucciones y estableciendo normas que permitan la consecución de los objetivos propuestos.

7.2 La **gestión** comprende el conjunto de actuaciones que posibiliten la realización del plan o una parte del mismo. Se puede hablar de una jerarquía entre los dos conceptos, quedando subordinada la gestión a la dirección, ya que la gestión es la herramienta que permite la ejecución de los planes de la dirección.

8. Objetivos y toma de decisiones: el balance social

Los objetivos de la empresa no pueden establecerse de una sola vez ni son invariables en el tiempo; tanto su definición como formulación dependen de factores internos y externos de la empresa. Los objetivos son establecidos

normalmente por la alta dirección y están condicionados por las siguientes funciones: organización, planificación, programación, información y control.

La maximización del beneficio ha sido durante tiempo y en una determinada cultura el objetivo fundamental de la empresa. Ésta se puede contestar desde dos perspectivas diferentes: uno proviene de las dificultades contables que aparecen a la hora de proceder a su cálculo real; y el otro surge del abandono de dicha prioridad, propia del pensamiento clásico, y su sustitución por la idea de que la supervivencia de la empresa es lo fundamental, los objetivos de su existencia son otros.

La función social de la empresa de la mano con los temas de Derechos Humanos se esta convirtiendo en Tema preferencial en el enfoque de la estructura y finalidad empresarial

En cuanto a los objetivos de la empresa, instrumentales o intermedios, se pueden estructurar en tres áreas, que son: de competencia técnica, de personal y de mercado.

8.1. Objetivos de competencia técnica: Están relacionados con la capacidad de producción instalada o que se necesita instalar, así como la forma de financiación. Dichos objetivos son:

- 1- Disponer de los recursos físicos y financieros más adecuados
- 2- Máxima productividad
- 3- Renovación e innovaciones técnicas
- 4- La responsabilidad social (balance social): es la obligación personal de los individuos, cuando actúan por su propio interés, de garantizar que los derechos y los intereses legítimos de los demás no sean perturbados. El equilibrio

de intereses entre la empresa y la sociedad encuentra su máxima expresión en el respeto a la dignidad de la persona, que incluye tanto el aprovechamiento racional del trabajo como el esfuerzo en eliminar todo tipo de discriminación. Pero el balance social, no estará equilibrado si la empresa utiliza tecnologías o procedimientos que dañan el medio ambiente o perjudican los Derechos Humanos. En este tema desempeña un papel importante la planificación, puesto que permitirá contar con medios materiales y estrategias de adaptación que permitan a la empresa no sólo cumplir con la legalidad vigente en materia ambiental sino que participará de modo activo en el adecuado equilibrio ecológico que no puede desligarse de los temas social, ambiental, y otros que afectan a la pervivencia de la vida en la tierra.

8.2. Objetivos de personal: La empresa ha de establecer unos objetivos encuadrados en el área de la gestión de los recursos humanos, que afectan a los mandos intermedios y a los subordinados. Dichos objetivos son:

- 1- Gestión de la dirección intermedia (asunción por el personal directivo de la filosofía que anima la identidad de la organización, conciliando los intereses generales con los propios, mediante la creación de incentivos de variada gama)
- 2- La satisfacción de los subordinados

8.3. Objetivos de mercado: La creación de bienes y servicios por parte de la empresa tiene como objetivo su participación en el mercado; en él

ha de colocar sus productos y ha de ganar una posición frente a la competencia. Estos objetivos son:

- 1- El producto o servicio idóneo: la cuota de mercado
- 2- Cierta nivel de beneficio

8. Dirección por objetivos y dirección participativa

La dirección de la empresa puede ejercerse de distintas formas, dependiendo del sistema que se adopte. Un sistema se diferencia de otro por los principios en los que se basa; los dos principales sistemas de dirección son: la dirección *personalista* y la *descentralizada*.

8.1. La dirección personalista se da con mayor frecuencia en las empresas de titularidad individual, donde es ejercida por el propietario. No obstante, en la organización societaria también pueden darse actitudes personalistas a la hora de ejercer la dirección; pero estas actitudes siempre aparecerán más limitadas. También puede ocurrir en la empresa individual que, al evolucionar el modelo de organización originario, aparezca una significativa descentralización en la toma de decisiones. Suele establecerse empresas de tamaño pequeño o mediano.

El grado de descentralización en la toma de decisiones se manifiesta en la estructura organizativa. La dirección de la empresa dota a la organización de funciones y departamentos; éstos pueden tener el carácter de departamentos en línea o de asistencia y asesoramiento (staff); asimismo, la dirección establece el grado de autonomía con el que se puede actuar dentro de cada departamento. La dirección por objetivos y la dirección participativa por objetivos son los exponentes

más conocidos del mayor grado de descentralización en la toma de decisiones y, por tanto, en el desarrollo de la dirección.

La formulación de las **etapas o fases de que consta la dirección por objetivos** es la siguiente:

- 1- Elección o determinación de los objetivos por la dirección.
- 2- Realización de cada una de las actuaciones necesarias para su consecución, por línea (funciones y departamentos).
- 3- Control realizado por la dirección con asesoramiento del staff y retroalimentación (feedback), consistente en informar sobre las realizaciones parciales, para corregir la ejecución orientándola a la consecución de los objetivos.

8.2. La dirección participativa por objetivos es un estadio avanzado de la dirección por objetivos. Consiste en negociar éstos con los responsables de su ejecución; su característica principal es elevar el grado de participación, y por consiguiente el grado de compromiso, de todo el personal de la empresa. Este tipo de dirección requiere el cumplimiento de una serie de condiciones de carácter organizativo que resumimos en los siguientes puntos:

- 1- **Recursos humanos:** Se ha de cuidar la preparación para el trabajo en equipo, buscando la interacción entre sus miembros y fomentar un buen ambiente. Y los mandos de la empresa han de estar formados en los principios de delegación de responsabilidades y

han de buscar el equilibrio entre los intereses individuales y colectivos.

2- **Estructura de la empresa:** Debe haber claridad y concisión en la comunicación, en cuanto a instrucciones, órdenes e informes emitidos entre los diferentes departamentos de la empresa. Ha de existir unidad de dirección y la empresa deberá funcionar bajo control presupuestario de divisiones y secciones, para observar el grado de cumplimiento de los objetivos fijados.

3- **Motivación e información:** Esta forma de dirección necesita unos sistemas de motivación que hagan atractivos los compromisos y responsabilidades que se adquieren; por lo cual se suelen diseñar sistemas de remuneración en los que se tienen en cuenta la consecución total o parcial de los objetivos. Por otra parte, la información y publicación continua de los objetivos generales de la empresa evitarán la pérdida de rumbo en la consecución de otros de índole específica.

9. El control.

El control proporciona la medida del grado de cumplimiento de los objetivos establecidos; para ello contrasta la realidad con lo previsto en la planificación, poniendo de manifiesto las desviaciones que se producen.

En la empresa, el control adquiere distintos niveles. Así podemos hablar de:

9.1. Control de gestión, que tiene carácter global, basándose en los niveles de responsabilidad y el grado de cumplimiento de los objetivos definidos.

9.2. Control de operaciones, ligado fundamentalmente a la medición de eficacia en los procesos productivos, se ocupa de manera específica de que la ruta de operaciones sea realizada de acuerdo al plan previsto.

9.3. Control presupuestario, que se basa en comparar las previsiones económicas (gastos e ingresos) con la realidad, analizando las desviaciones e imputando responsabilidades a las personas y departamentos y permite a la dirección de la empresa modificar, variar o retocar la planificación establecida al inicio del ejercicio.

El control presupuestario suele analizar la marcha de la empresa periodo a periodo –esto suele ser de mes en mes-, con lo que se compara con la previsión y si la tendencia se desvía de forma inesperada y en negativo, permite modificar algunos parámetros organizativos.

EXPERIENCIA PROPIA

Se trata de un Stage que realicé en Iberia -a nivel de Director General, en mi calidad de Diputado del Congreso y gracias a un programa Congreso-Empresas-. Unas cuantas empresas de gran tamaño y que se encuentran entre las cotizadas del IBEX, acogían a uno o dos Diputados y a lo largo de tres meses el Diputado se comprometía con la empresa y viceversa a asistir una mañana a la semana y a despachar con el Director General, el Jefe de Flota, el de Facturación, el de Rutas, etc., -según el caso-.

El Director General, a las 10 h de la mañana de cada día, tenía sobre su mesa los datos fundamentales de la jornada anterior –ventas, pasajeros, averías, rutas, pilotos, etc.-,

con los datos del año anterior del mismo día y mes, con gráficos comparativos junto a una cuenta de explotación provisional de la marcha de la empresa y una proyección de todo el año a la vista de los datos acumulados de aquel día.

Tengo que reconocer que quedé impresionado con la vigilancia y el control que sobre la empresa tenían el Director General y los cuadros superiores de la empresa.

En aquella época, a pesar del control ejercido, aparecían pérdidas puesto que el famoso SEPLA (Sindicato de Pilotos de Líneas Aéreas) tenía un nivel salarial increíblemente elevado, lo cual se mantuvo hasta hace pocos años.

Capítulo VI: IDEA GENERAL DE LA EDIFICACIÓN CON REFERENCIA A LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN DE 1999

Resulta de obligado cumplimiento desarrollar una idea sobre la Edificación, puesto que no debemos olvidar que esta tesis es sobre la **ORGANIZACIÓN de EMPRESAS** y la desarrolla la UPC, concretamente en la Escuela Politécnica Superior de la Edificación (E.P.S.E).

El sector de la edificación es uno de los principales sectores económicos con evidentes repercusiones en el conjunto de la sociedad y en los valores culturales que entraña el patrimonio arquitectónico y, sin embargo, carece de una regulación acorde y coordinada con esta importancia.

Así, la tradicional regulación del suelo contrasta con la falta de una configuración legal suficiente de la construcción de los edificios, básicamente establecida a través del Código Civil y de una variedad de normas cuyo conjunto adolece de serias lagunas en la ordenación del complejo proceso de la edificación, tanto respecto a la identificación, obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el mismo, como en lo que se refiere a las garantías para proteger al usuario.

Por otra parte, la sociedad demanda cada vez más la calidad de los edificios y ello incide tanto en la seguridad estructural y la protección contra incendios como en otros aspectos vinculados al bienestar de las personas, como la protección contra el ruido, el aislamiento térmico o la accesibilidad para personas con movilidad reducida. En todo caso, el proceso de la edificación, por su directa incidencia en la configuración de los espacios, implica siempre un compromiso de funcionalidad, economía, armonía y equilibrio medioambiental de evidente relevancia desde el punto de vista del interés general; así se contempla en la Directiva 85/384/CEE de la Unión Europea, cuando declara que «la creación arquitectónica, la calidad de las construcciones, su inserción armoniosa en el entorno, el respeto de los paisajes naturales y urbanos, así como del patrimonio colectivo y privado, revisten un interés público».

Respondiendo a este orden de principios, la necesidad, por una parte, de dar continuidad a la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, ordenando la construcción de los edificios, y de superar, por otra, la discrepancia existente entre la legislación vigente y la realidad por la insuficiente regulación actual del proceso de la edificación, así como de establecer el marco general en el que pueda fomentarse la calidad de los edificios y, por último, el compromiso de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños, como una aportación más a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, son los motivos que justifican, sobradamente esta Ley de Ordenación de la Edificación.

No obstante, hay que tener en cuenta que la mencionada ley se limita a regular la responsabilidad civil de los agentes de la edificación. Por tanto, nos limitaremos a aspectos conceptuales básicos en este apartado, puesto que el verdadero objeto de estudio es la responsabilidad penal.

Según el art 1 de la presente ley, ésta tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el artículo 2 señala que *“1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:*

- a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.*
- b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.*
- c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.*

3 Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:

- a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y*

sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección”.

1. Los Agentes de la Edificación: Concepto, obligaciones, responsabilidades y garantías

Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. Y en concreto:

- 1- El promotor
- 2- El proyectista
- 3- El constructor
- 4- El director de obra
- 5- El director de ejecución

6- Las entidades y los laboratorios de control de calidad en la edificación

7- Los suministradores de productos

1.1. El promotor

Se considera promotor a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.

La Ley extiende la figura del promotor también a otras personas físicas o jurídicas, que no teniendo dicha denominación, se dedican a la promoción de viviendas, estableciendo el artículo 17.4, al tratar de la responsabilidad del promotor, que su "*responsabilidad se extenderá las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas*".

Hoy en día es perfectamente conocido que la responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil¹⁵ es también exigible al Promotor, sin embargo su exigencia ha sido una labor efectuada por la Jurisprudencia, la que ha declarado que "*la figura del promotor es equiparable a la del contratista a los efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil, y ello*

¹⁵ Artículo 1591 Código Civil: El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años.

porque, principalmente, el que se beneficia de la obra realizada es el mencionado promotor, cuya figura lleva insita la responsabilidad por los menos “in eligendo” si no es “in vigilando” con respecto a los contratistas y distintos técnicos que intervienen en una obra” (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1990, 8 de junio de 1992 y 30 de diciembre de 1998. En similares términos la sentencia de 29 de junio de 1987).

Con la finalidad de proteger a los adquirentes de viviendas o de edificios, la ley regulada detalladamente las obligaciones del promotor.

1.1.1. Y así, son **obligaciones del promotor**:

- 1- Ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él.
- 2- Facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, así como autorizar al director de la obra las posteriores modificaciones del mismo.
- 3- Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra.
- 4- Suscribir un seguro de daños materiales o un seguro de caución para garantizar, durante tres años, el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad.

- 5- Suscribir un seguro de daños o un seguro de caución para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio. En ambos supuestos, no obstante el promotor podrá pactar expresamente con el constructor que éste sea el tomador de seguro por cuenta de aquél. En estos será el constructor el obligado a suscribir dichos contratos de seguro de daños materiales o de caución.
- 6- Entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes.

1.2. El Projectista

El proyectista es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto.

No obstante, la Ley acoge un concepto más amplio que el de aquél que redacta el proyecto, al admitir la posibilidad de que otras personas complementen el proyecto o redacten parte del mismo, como se desprende de lo preceptuado en los párrafos 2 y 3 del número 1 del artículo 10 de la Ley de Ordenación de la edificación (en adelante LOE), al disponer:

"Podrán redactar proyectos parciales del proyecto o partes que lo complementen, otros técnicos, de forma coordinada con el autor de éste."

"Cuando el Proyecto se desarrolle o complete mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos según lo previsto en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley, cada proyectista asumirá la titularidad de su proyecto".

Asimismo el artículo 10.2 señala que: *Pueden ser Proyectistas las personas físicas o jurídicas; y en cuanto a su titulación académica y profesional pueden serlo los Arquitectos, Arquitectos Técnicos, Ingenieros o Ingenieros Técnicos. Sin embargo, la Ley establece limitaciones según los tipos de edificios que se vayan a construir.*

1.2.1. Obligaciones del proyectista:

- 1- Estar en posesión de la titulación académica y profesional que le habilite. Y en caso de personas jurídicas, designar al técnico director del proyecto que tenga la titulación profesional habilitante.
- 2- Redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato y entregarlo, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

1.3. El Constructor

El constructor es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato.

La Ley, consecuente con su finalidad de regular las responsabilidades del constructor, deficientemente contenidas en el Código Civil, en el artículo 11.2 establece:

1.3.1. Son obligaciones del constructor:

- 1- Ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto.
- 2- Tener la titulación académica o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor.
- 3- Designar al jefe de obra que asumirá la representación técnica del constructor en la obra y que por su titulación o experiencia deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con las características y la complejidad de la obra.
- 4- Asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera.
- 5- Formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato.
- 6- Firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra.
- 7- Facilitar al director de la obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada

- 8- Suscribir los seguros de daños materiales o de caución para garantizar durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.

1.4. El Director de obra

El Director de obra es el agente que, desarrollando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto.

También pueden dirigir las obras de los proyectos parciales otros técnicos, bajo la coordinación del director de la obra.

1.4.1. Son obligaciones del director de obra:

- 1- Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión.
- 2- En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de obra que tenga la titulación profesional habilitante.
- 3- Verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura.

4- Resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Ordenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto.

5- Elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto.

6- Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra.

7- Elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

1.5 . El Director de Ejecución

El Director de la ejecución de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.

1.5.1. Sus obligaciones son:

1- Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de la ejecución de la obra que tenga la titulación profesional habilitante.

1- Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las

instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra.

- 2- Consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas.
- 3- Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas.
- 4- Colaborar con los restantes agentes en la elaboración de la documentación de la obra ejecutada, aportando los resultados del control realizado.

1.6. Las Entidades y laboratorios de Control de Calidad en la edificación

Esta figura jurídica se contempla por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico privado, colmando una laguna ausente, ya que a estas entidades no se les podía exigir responsabilidad al amparo del artículo 1.591 del Código Civil.

La doctrina se había ocupado del tema, señalando Luís Martínez Calcerrada que *"hoy en día, por múltiples razones, en particular, por la cada vez más sofisticada tecnología de la construcción, unido al cada vez más acuciante sentido de indefensión y, como remedio, o afán de los técnicos y constructores a ejecutar la obra con las máximas garantías evitatorias de reclamaciones más o menos tardías, se procura, a todo trance, que en la fase adecuada intervengan en una labor de asesoramiento o pericia privada o dictamen profesional unos entes empresariales constituidos al efecto y que cuentan no sólo con*

personal especializado - arquitectos, ingenieros, etc., amén de personal subtitulado o auxiliar - sino, en particular, con un completo acervo instrumental o material de investigación, mediante los cuales, aceptando el previo encargo conferido por aquellos ejecutores, informan sobre la “calidad” de los materiales a emplear, o sobre cualquier otro aspecto que se les somete a los fines de construir con las debidas garantías”.

A estas empresas de control de calidad no se les podía exigir responsabilidad al amparo del artículo 1591 del C.C., pese a que podía darse la circunstancia de que la empresa asesorara sobre la correcta o perfecta calidad de los materiales, se emplearan posteriormente los mismos y se demostrara que los materiales no cumplían la calidad exigible. Sin embargo no se podía exigir responsabilidad a dichas empresas, sino únicamente a los constructores, que son los destinatarios finales de los informes encargados a las empresas de control de calidad.

La Ley, asumiendo esa deficiencia, acoge dos figuras jurídicas: las entidades de control de calidad y los laboratorios de control de calidad.

Son entidades de control de calidad de la edificación aquéllas capacitadas para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones de acuerdo con el proyecto y la normativa aplicable.

Son laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación los capacitados para prestar asistencia técnica, mediante la realización de ensayos o pruebas de servicio de los materiales, sistemas o instalaciones de una obra de edificación.

1.6.1. Las entidades y laboratorios de ensayos de control de calidad están obligados:

1- Prestar asistencia técnica y entregar los resultados de su actividad al agente autor del encargo y, en todo caso, al director de la ejecución de las obras.

2- Justificar la capacidad suficiente de medios materiales y humanos necesarios para realizar adecuadamente los trabajos contratados, en su caso, a través de la correspondiente acreditación oficial otorgada por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

1.7. Los Suministradores de productos

Se consideran suministradores de productos los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción.

Se entiende por producto de construcción aquel que se fabrica para su incorporación permanente en una obra incluyendo materiales, elementos semielaborados, componentes y obras o par te de las mismas, tanto terminadas como en proceso de ejecución.

1.7.1 Son obligaciones del suministrador:

- 1- Realizar las entregas de los productos de acuerdo con las especificaciones del pedido, respondiendo de su origen, identidad y calidad, así como del cumplimiento de las exigencias que, en su caso, establezca la normativa técnica aplicable.
- 2- Facilitar, cuando proceda, las instrucciones de uso y mantenimiento de los productos suministrados, así como las garantías de calidad correspondientes, para

su inclusión en la documentación de la obra ejecutada.

2. Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación

2.1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, **las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos**, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

- 1- Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.
- 2- Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad
- 3- El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u

omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder.

No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción.

Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativas que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en la LOE se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas.

Cuando el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, los mismos responderán solidariamente.

El constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan.

Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

Asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

El director de obra y el director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento.

Quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista.

Cuando la dirección de obra se contrate de manera conjunta a más de un técnico, los mismos responderán solidariamente sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda.

Ahora bien, las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.

2.2. El régimen de garantías exigibles para las obras de edificación se hará efectivo de acuerdo con la obligatoriedad que se establezca en aplicación de la disposición adicional segunda de la LOE, teniendo como referente a las siguientes garantías:

- 1- Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que

podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra.

2- Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante tres años, el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3.

3- Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

3. Enumeración de las partes que intervienen en la construcción a lo largo de su desarrollo y que por tanto tienen responsabilidades incluidas en apartados anteriores pero que pueden agruparse de forma diferenciada:

- 1.- Proyecto
- 2.- Obra
- 3.- Industriales
- 4.-Subcontrata
- 5.-Controles y Certificaciones

Capítulo VII: NUEVO ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En el Código Penal español, el artículo que se dedica a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en general, es el artículo 31 bis, incorporado tras la reforma 5/2010¹⁶ -hasta marzo de 2015-.

En el presente apartado aludiré del artículo 31 bis que, como he indicado, regula, en general, la persona jurídica, como responsable de la comisión de los hechos delictivos. Y presentare el modelo de imputación legalmente establecido, lo que nos llevara a poder compararlo con el modelo que considero idoneo que es el modelo que el autor considera como idóneo.

1. Referencias doctrinales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La responsabilidad penal de las personas jurídicas aparece, a nivel legislativo, en el siglo pasado, aunque precedida de discusiones en la doctrina sobre la posibilidad de exigir la misma. Exixten dos posturas fundamentale:, la de los que reclaman la responsabilidad penal de estas personas jurídicas y la de los contrarios a exigir tal responsabilidad.

¹⁶ MORILLAS CUEVA, L.: “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Anales de Derecho, núm. 29, 2011.

1.1. Posturas que reclaman la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Se ha dicho que la propia existencia de las sociedades justifica la necesidad de su consideración como sujetos activos en Derecho Penal. Una vez se reconocen las sociedades como sujetos de Derecho, y se le otorga la correspondiente capacidad para ostentar facultades y obligaciones, su intervención en el tráfico jurídico es obvia. Hoy es absolutamente inconcebible el mundo del derecho sin el protagonismo absoluto de sociedades, fundaciones y demás personas jurídicas. Y resulta absolutamente obvia la necesidad de su riguroso sometimiento a la ley y al Derecho. Puede afirmarse que si las sociedades no estuvieran sometidas al Ordenamiento Jurídico, éste no regiría y por ello no habría Estado de Derecho.

Así se sostiene la necesidad de que las personas físicas y las jurídicas actúen en igualdad de derechos y de deberes, particularmente cuando éstas se consideran en la actualidad el principal motor económico. En tal sentido y siendo las personas jurídicas sujetos de derechos y de deberes jurídicos, se señala que no hay razón para que no se les impongan deberes jurídico-penales. Se trataría de combatir la criminalidad de la empresa en los delitos económicos (mediante hombres de paja, testamentos, empresas pantalla, sociedades interpuestas, etc.), de eludir las dificultades de imputación y de identificación de los verdaderos responsables en el ámbito de complejas y sofisticadas estructuras empresariales¹⁷, así como, también, de prevenir adecuadamente

¹⁷ SCHÜNEMANN, B.: "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995.

la criminalidad organizada¹⁸ - o sea, combatir a las organizaciones tipo mafia cuyo objeto y fin son actividades como el tráfico de armas, drogas, trata de blancas o de personas, el secuestro, la extorsión, etc.-.

El principal objetivo de la responsabilidad empresarial sería impulsar la autorregulación dirigida a la prevención del delito en el seno del ente colectivo¹⁹, ante la incapacidad de los Estados para realizar eficazmente dicha función, y efectuar una administración a largo plazo de los riesgos actuales²⁰. La existencia o inexistencia de responsabilidad penal de las empresas sería, en última instancia, un indicador del poder corporativo²¹.

Por otra parte, el Ordenamiento Jurídico ha de ser entendido como un sistema completo, necesitado de un aparato sancionador

¹⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI: "El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada, Gutiérrez-Alviz Conradi / Valcárce López Dirs., Sevilla, 2001.

¹⁹ V. NIETO MARTÍN, A.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo", Madrid, 2008. Y de ahí la importancia que cobrarán en la organización empresarial, a raíz del reconocimiento legal de la responsabilidad penal de los entes colectivos, los programas de cumplimiento de la legalidad (compliance), pues las empresas deberán asumir privadamente una función preventiva para reducir el riesgo de incurrir en responsabilidad propia.

²⁰ V. HEINE, G: "Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa", en Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Pro-puestas globales contemporáneas, Bogotá, 2008.

²¹ V. POUNCY, C.: "Reevaluating corporate criminal responsibility: it's all about power", en *Stetson Law Review*, vol. 41, n.º 1, 2011, quien, además, partiendo de que el Derecho penal envía fuertes señales sobre los valores sociales y que el concepto de crimen corporativo apoya simbólicamente la perspectiva de que la sociedad controla las corporaciones, estima que la eliminación de la responsabilidad penal de las empresas, como la desregulación, la privatización, el desmantelamiento del Estado de bienestar y la movilidad del capital sin restricciones, sustraería el poder (o al menos la percepción de poder) del alcance de la gente común y lo colocaría en manos de los ricos (ya sean seres naturales o artificiales), dejando a las corporaciones libertad para poner a prueba los límites de su poder. Concluye este autor estimando que es difícil imaginar cómo la eliminación de la responsabilidad penal de las empresas pudiera beneficiar a nadie que no fueran las propias corporaciones criminales.

que haga efectivo el sometimiento al Derecho. De poco sirve el reconocimiento de derechos y la imposición de deberes, si no se cuenta con la forma de hacerlos efectivos, respondiendo a su incumplimiento y haciendo efectiva su positividad a través del sistema sancionador correspondiente. Todos los sujetos que intervienen en el ámbito vital regulado por el Derecho han de estar sometidos a las consecuencias jurídicas que implican los incumplimientos.

La mayor parte de los autores que se han mantenido partidarios de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas han basado su postura en el “defecto de organización” o de autocontrol, de manera que, bien por no existir códigos de comportamiento, bien porque éstos no se cumplen, la organización se ha mostrado ineficaz para evitar la comisión de delitos.

1.2. Posturas en contra de exigir la responsabilidad penal a las personas jurídicas:

Un argumento en contra de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el que defiende que, aun reconociendo la necesidad de que estén sometidas a un régimen sancionador, el arsenal de respuestas jurídicas que se alcanza con el Derecho Patrimonial y, sobre todo, con el administrativo, sería suficiente. En nuestro Derecho es posible imponer sanciones administrativas elevadísimas, capaces de generar un efecto de prevención general más que suficiente.

Igualmente se afirma que las personas jurídicas no reúnen los requisitos para ser sujetos de Derecho Penal. Se niega la

capacidad de la persona jurídica para cometer “acciones” (entendida como movimiento corporal dirigido por una voluntad) y, por tanto, delitos.

2. Régimen de incriminación

En nuestra tradición jurídica ha regido siempre el principio de que las sociedades no podían delinquir (SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST).

No obstante, la no exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas ya venía siendo criticada desde largo tiempo por diversos sectores doctrinales y políticos, fundamentalmente en razón a la impunidad que, en muchas ocasiones, la estructura de las organizaciones proporciona a quienes delinquen a su sombra, al amparo de una gestión impersonal que posibilita el anonimato, dificulta la individualización de la responsabilidad y, a la postre, priva de objetivo a la justicia penal.

Los grupos criminales utilizan frecuentemente las personas jurídicas como medios para desarrollar sus actividades ilícitas, motivo por el cual se ha ido abriendo paso en Estados Unidos (por interés político criminal y finalidad preventivo general y especial), el principio contrario al tradicional *societas delinquere non potest*.

La incriminación de las personas jurídicas ha pasado luego a Europa. Holanda en 1976 inaugura la tendencia y, sucesivamente, en la década de los años 90 se han ido produciendo paulatinas reformas en la misma dirección. En 1991 se verifican las reformas legales en Gran Bretaña, Irlanda y Noruega; en 1993 en Islandia, en 1994 se produce la reforma del Código Penal francés y después se incorporan a este proceso

Finlandia (1995), Eslovenia (1996), Dinamarca (1996), Estonia (1998), Bélgica (1999), Suiza (2003), Polonia (2003) y Portugal (2007).

El mandato europeo en términos genéricos sobre la necesidad de introducir la responsabilidad de las personas jurídicas arranca de la recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa al que siguieron diversas decisiones de la Unión Europea sobre diversos delitos hasta la decisión marco 2008/913 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia. Estas decisiones han obligado a los Estados Miembros a introducir sanciones a las personas jurídicas, bien penales o bien administrativas.

3. Consecuencias accesorias –primer paso en el ordenamiento jurídico español-

En nuestro ordenamiento jurídico el precedente más mediato de la actual regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas viene constituido por el artículo 129 del Código Penal de 1995, que bajo el rótulo “Consecuencias accesorias” venía a regular una limitada responsabilidad penal de las personas jurídicas como consecuencia accesoria de una previa responsabilidad penal de las personas físicas y ello con carácter potestativo para el Tribunal, es decir, que su imposición quedaba en manos de la voluntad del juzgador.

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha introducido la responsabilidad de las personas jurídicas estrictamente penal y autónoma de la responsabilidad de la persona física en el artículo 31 bis del Código Penal.

Si hace bastantes años la idea de exigir responsabilidades penales a entes jurídicos se barajaba tan solo como instrumento de lucha contra la

criminalidad organizada (terrorismo, narcotráfico, etc.), en la actualidad, esta apuesta político-criminal ha ampliado su zona de atención, llegando a abarcar a la mayoría de ámbitos en los que la verificación del delito se produce en un contexto organizado y, particularmente, en empresas. Por consiguiente, la responsabilidad de las personas jurídicas se proyecta al ámbito de la criminalidad socio-económica y financiera, así como a los circuitos de corrupción que ofrecen un entramado organizado.

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley de reforma: “Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, blanqueo de capitales,...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea”.

En concreto, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser declarada en relación a los siguientes delitos:

- a) Tráfico ilegal de órganos;
- b) Tráfico de seres humanos;
- c) Prostitución y corrupción de menores;
- d) Delitos contra la intimidad y allanamientos informáticos
- e) Fraude;
- f) Insolvencias punibles;

- g) Daños informáticos;
- h) Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, delitos contra el mercado;
- i) Blanqueo de capitales;
- j) Delitos contra la Hacienda Pública y la Administración de la Seguridad Social;
- k) Delitos contra los derechos de extranjeros;
- l) Delitos de construcción, edificación y urbanización ilegal;
- m) Delitos contra el medio ambiente;
- n) Delitos relacionados con la energía nuclear;
- o) Delitos de riesgo provocado por explosivos;
- p) Delitos contra la salud pública, tráfico de drogas;
- q) Falsificación de los medios de pago; cohecho;
- r) Tráfico de influencias;
- s) Corrupción de funcionario extranjero;
- t) Delincuencia organizada, y
- u) Financiación del terrorismo.

4. Atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en el artículo 31.1 bis: Análisis del artículo 31 bis

El artículo 31 bis apuesta por un modelo de responsabilidad directa, lo que implica importantes transformaciones respecto del Código Penal anterior,

por cuanto se introduce un sistema completamente nuevo de imputación y de responsabilidad. Se produce como ya he adelantado, un cambio de modelo con respecto al anterior artículo 129 del Código Penal, por cuanto se abandona un estatuto de responsabilidad penal accesorio, que implica la previa responsabilidad penal principal de la persona física, para pasar a un modelo de responsabilidad penal directa y coprincipal de la persona jurídica, junto a la propia de la persona física.

4.1. Por hechos realizados por sus directivos: Y así, este apartado señala que:

“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”.

Se trataría de la atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica por lo que se ha llamado un “defecto de organización permanente”, en tanto que son los propios individuos que tienen capacidad de representación de la sociedad los que realizan individualmente el hecho antijurídico. Ello admite una responsabilidad de doble vía, la individual de la persona física que actúa en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho, y la de la propia persona jurídica.

Se puede afirmar que en este caso la responsabilidad de la persona jurídica nace como consecuencia de un “hecho propio” porque los actos de las personas o de los órganos que tienen poder de representación y decisión en la sociedad son actos de esta última, afirmándose un vínculo estructural entre el delito y la persona jurídica.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta los problemas que pueden plantear los casos de extralimitación en la representación de la persona jurídica. En este caso, debería distinguirse entre extralimitación formal y extralimitación material.

- 1- En la extralimitación formal el representante lleva a cabo una actuación que no está dentro de sus competencias formalmente establecidas.
- 2- En la extralimitación material, a pesar de que su actuación está dentro de sus competencias, mediante ella se contradice abiertamente un criterio de política empresarial. Por ello, debería entenderse que para que se considere acreditada la actuación en representación de la persona jurídica, se exigiera que la acción del representante constituya la implementación de una política empresarial.

Además de exigirse que el representante haya cometido el delito en el ámbito de sus competencias el precepto señala como requisito que la persona física haya actuado en provecho de la persona jurídica. Es decir, el representante que haya actuado en su propio provecho, no puede generar responsabilidad penal para la persona jurídica. Ahora bien, pueden surgir problemas de interpretación en torno al concepto de provecho. Por un lado, puede que el representante actúe principalmente para su provecho personal pero que éste pase por el provecho de la persona jurídica. Por otro lado, puede que el provecho para la persona jurídica no sea actual, sino

sólo potencial, en cuyo caso, y a tenor literal del precepto, parece que debe interpretarse la exclusión de responsabilidad penal si el provecho no se ha producido.

Por último debe hacerse referencia al concepto de administrador de hecho (el cual no coincide con el concepto mercantil). Según el Tribunal Supremo, son administradores de hecho quienes se comporten como administradores (aun sin previo nombramiento o designación) si su actuación se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo²².

4.2 Por hechos realizados por sus empleados: Según el párrafo 2º del art 31 bis:

“Las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho 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 no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

La previsión de imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica por “falta del deber de vigilancia” obliga a la empresa a adoptar medidas de autoorganización preventivas.

²² STS 606/2010, de 25 junio.

Así este párrafo 2º completa el sistema dual elegido por el legislador, estableciendo una responsabilidad que tiene su origen en el delito cometido por aquellos que estando sometidos a la autoridad de las personas físicas que tienen el poder y el deber de control en la sociedad, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

Se trata de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica en que se aprecie una falta de organización que permita la comisión de un hecho tipificado como delito en la parte especial por cualquiera de las personas físicas que forman parte de la sociedad, aun cuando éstas ocupen un lugar jerárquico, sin capacidad de representación de la persona jurídica.

Ello va a obligar a las distintas empresas a adoptar una serie de medidas de control y gestión dirigidas a impedir o dificultar la comisión de hechos delictivos, dolosos o imprudentes, por parte de sus empleados y, en caso de que se cometan, permitan a la sociedad localizar al infractor y reparar el daño. Por ello, en la organización empresarial deberá estructurarse un código de “buen gobierno”, un código ético de conducta, en el que se incluya un organigrama de vigilancia y control de los distintos sujetos que conforman la sociedad.

Por otro lado, de este precepto debe destacarse, entre otras circunstancias, que es la primera vez que se establece de manera expresa en el Código Penal un deber de supervisión de los superiores respecto de los empleados²³. Asimismo, tal y como ocurría en el precepto anterior, se exige que se actúe por cuenta y en provecho de la persona jurídica; y se añade el requisito de que dicha actuación

²³ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO J.: “Derecho penal de la empresa e imputación objetiva”, Barcelona. 2007.

delictiva se ha podido llevar a cabo porque las personas físicas a las que están sometidas no han ejercido el debido control.

En este caso, la principal problemática se encuentra en la determinación y concreción del concepto de “debido control”²⁴.

Respecto a este punto, cabe mencionar el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013, hoy en tramitación parlamentaria, que señala en su Exposición de Motivos que *“Se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.*

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica”.

Consecuentemente hay que esperar que, con la publicación de esta futura reforma, se disipen definitivamente las dudas respecto al término “debido control” poniéndose fin a una eventual indefensión jurídica, con todas las consecuencias que ello supondría.

5. La exigencia de la comisión de un delito previo.

²⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO J.: “Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial”, Indret 2/2009.

El **artículo 31.2 bis** del Código Penal. Y así dispone que:

“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 apartado 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”.

En este caso se alude a la no necesidad de que la persona física sea determinada o de que pueda dirigirse el procedimiento contra ella; basta con que ostente los cargos o funciones aludidos en el apartado anterior, y que se constate la comisión de un delito que necesariamente haya tenido que cometerse por ellos. Cuando se esté ante acuerdos adoptados por órganos colegiados, la personalidad podrá ser atribuida a la persona jurídica aun cuando no sean determinadas ni determinables las personas físicas que contribuyeron a la formación de la voluntad colegiada.

En caso que la persona física se determine y sea declarada culpable, el precepto impone, o al menos permite, la acumulación de las sanciones.

6. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El **artículo 31.3 bis** del Código Penal dice lo siguiente:

“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 apartado siguiente”.

Este precepto sella, todavía con más claridad la independencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al indicar que las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado (persona física) o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas físicas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluye ni modifica la responsabilidad de las personas jurídicas. Es decir, la culpabilidad de la persona jurídica no se basa en la culpabilidad de la persona física.

6.1 El artículo 31.4 bis del Código Penal hace referencia a las circunstancias **atenuantes**:

“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”.*

Consideraciones sobre estas atenuantes:

- 1- La confesión ante las autoridades (no se identifica cuáles) de la infracción penal con anterioridad a la toma de conocimiento de que el procedimiento judicial se dirige contra la persona jurídica la atenuante solo está al alcance de quien confiesa voluntariamente, y no admite la colaboración con las autoridades una vez notificado el procedimiento penal, o adquirida la toma de conocimiento del mismo. Esta atenuante fomenta la rendición o confesión anticipada.

No precisa el precepto qué autoridades son las que deben ser receptoras de la confesión. Como temporalmente esta confesión ha de ser voluntaria y anterior a que se conozca el procedimiento judicial, se supone que podrá verificarse ante órganos de la Administración (para los supuestos de sociedades sometidas a ámbitos de mercado bajo la supervisión administrativa), de la policía o bien de la propia Fiscalía.

En relación a la cuestión de cuándo se entiende que una persona jurídica tiene conocimiento de que se dirige contra

ella un procedimiento judicial, cabe decir que la notificación a un empleado cualquiera de la persona jurídica no se puede considerar suficiente a los efectos de generar el conocimiento, sino que la notificación debe dirigirse al representante legal. Asimismo, el inicio de un procedimiento penal contra alguna de las personas físicas y su correspondiente notificación, tampoco puede considerarse válido a efectos de producir el requerido conocimiento.

2- La colaboración en la investigación criminal del hecho.

Esta atenuante solo podrá ser utilizada por quien aporte pruebas incriminatorias, con independencia del momento procesal, que además deben ser novedosas y decisivas para declarar la responsabilidad de la persona jurídica, de manera que si se trata de un material probatorio accesorio o secundario, o de mera confirmación de la responsabilidad, pese a la conducta colaboradora, no sería de aplicación la atenuante.

3- La reparación o disminución del daño ocasionado por el

delito en cualquier momento de la fase instructora o de la fase intermedia del proceso penal (en cualquier caso, con anterioridad a la celebración del juicio oral). Esta atenuante es de mayor posible aplicación.

4- La atenuante tiene una formulación casi idéntica a la del artículo 21.5^a del Código Penal, por lo que en su aplicación existen ya decantados criterios interpretativos del Tribunal Supremo, expresados, entre otras, en las Sentencias n° 842 de 31 de julio de 2006 y n° 307 de 15 de

febrero de 2007, 1140/2010 de 29 de diciembre, 1185/2010 de 23 de diciembre y 1180/2010 de 22 de diciembre.

- 5- El establecimiento o creación, con anterioridad a las sesiones del juicio oral, de medidas eficaces para prevenir o evitar y, en su caso, descubrir los delitos que, en el futuro, pudieran cometerse en el contexto de la persona jurídica, utilizando los medios de ésta o bajo su cobertura. Ello viene exigir a las empresas una reorganización preventiva e investigadora de futuro, por cuanto la atenuante reclama medidas eficaces para prevenir y descubrir futuros delitos que pudieren verificarse en el seno de la persona jurídica. La acreditación de tal reorganización preventiva y de investigación privada en la empresa reclamará la prueba auditora en el procedimiento penal.

Cuando el Código Penal hace referencia a medidas eficaces se refiere al *corporate compliance*. Una de los aspectos fundamentales es que se trata de la prevención y detección de delitos y, por tanto, es necesario el examen de una materia jurídica determinada: la penal. Así como existen programas de cumplimiento en otras materias ahora se deben implantar éstos en el ámbito penal, lo cual requiere un conocimiento especializado en esta materia. Ahora bien, no se puede asegurar que por implantar un sistema de compliance genérico, debe tener lugar una atenuación de la pena.

6.1.1 En general se pueden diferenciar cinco ámbitos a la hora de analizar un **programa de cumplimiento** efectivo.

- a) Dicho programa debe de reflejar los esfuerzos de la empresa en promover una cultura empresarial de compromiso en el cumplimiento de la legalidad vigente.
- b) Los factores que se deben tener en cuenta a la hora de implementar un programa de cumplimiento son los siguientes: tamaño de la empresa, tipo de actividad llevada a cabo por la persona jurídica, y el historial delictivo de ésta.
- c) En tercer lugar existen ciertos aspectos que pueden dar lugar a la inadecuación del programa desde un principio; así, la comisión recurrente de hechos delictivos en la empresa, la participación de altos cargos en los mismos o la tardanza en informar de la infracción a las autoridades pueden ser considerados como indicativos de que el programa de cumplimiento no funciona correctamente.

Los pilares básicos de un programa de cumplimiento son, entre otros, los siguientes:

- 1- Existencia de estándares y procedimientos relativos al Compliance, especialmente un código de conducta escrito.

- 2- Supervisión del cumplimiento por parte del personal altamente cualificado.
- 3- Comunicación efectiva de los estándares y procedimientos contenidos en los códigos de conducta.
- 4- Reforzamiento mediante sistemas efectivos de control y auditoría.
- 5- Reforzamiento mediante procedimientos disciplinarios.
- 6- Adopción de medidas adecuadas tras el descubrimiento de la infracción cometida.
- 7- Por último, un ámbito que debe tenerse muy en cuenta es la actualización periódica del programa de cumplimiento para que cubra en todo momento los riesgos que se derivan de la actividad empresarial de la persona jurídica.

6.1.2. Catálogo cerrado de atenuantes-

En todo caso, y según expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley, el apartado 4 del artículo 31 bis del Código Penal contiene un catálogo cerrado de atenuantes de aplicación a las personas jurídicas, cuya exclusividad parece reforzarse con la expresión sólo con la que inicia el precepto. Ello impide la aplicación de aquellas circunstancias atenuantes del artículo 21 del Código Penal cuya formulación no se refiere a comportamientos

exclusivamente humanos, lo que resulta particularmente llamativo y difícilmente justificable en el caso de la nueva atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas del artículo 21. 6ª del Código Penal y en la de análoga significación de la atenuante 7ª del mismo precepto.

6.2 Circunstancias eximentes y agravantes.

A continuación, hare una breve referencia a las circunstancias eximentes y agravantes. Pues bien, el artículo 31 bis limita el estatuto de modulación de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la enumeración de una serie de circunstancias atenuantes ya expuestas, sin que se haga mención alguna a la posibilidad de aplicar circunstancias eximentes o circunstancias agravantes. El legislador no ha tenido en cuenta precedentes de la legislación comparada, particularmente los que ofrece el sistema norteamericano. En estos precedentes se prevén cláusulas de exención de responsabilidad si la persona jurídica ha adoptado un sistema de prevención organizado adecuado y colabora con las autoridades posteriormente a la comisión del delito.

En este sentido, es imprescindible Queda establecido que hacer referencia al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, de 20 septiembre de 2013, que se encuentra actualmente en tramitación. Precisamente, dicho proyecto contempla como eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica la adopción y ejecución eficaz, antes de la comisión del delito, de

modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza que el que sea objeto de investigación, siempre que la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del dicho modelo haya sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control (salvo en las empresas de reducida dimensión, en las que podrá asumir directamente la función el órgano de administración), que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente el programa, así como que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control; mientras que, si estas circunstancias concurren sólo parcialmente, serán valoradas a los efectos de atenuación de la pena. No obstante, hasta que dicho proyecto no haya sido debidamente aprobado por las Cortes, se trata simplemente de una mera posibilidad el poder aplicar eximentes a las personas jurídicas.

7. La exclusión del Estado de la responsabilidad penal en el artículo 31.5 bis del Código Penal.

“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, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.”

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”

La exclusión del Estado del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas es razonable, en la medida en que no es imaginable que el Estado cometa delitos contra sí mismo y aún menos que se auto aplique pena de clase alguna. La referencia a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales debería resultar superflua por cuanto forman parte del Estado.

Esta exclusión del Estado no es específica de nuestro ordenamiento, sino que también puede apreciarse en países de nuestro entorno²⁵. Se puede afirmar que, con carácter general, la inclusión o exclusión del Estado de esta responsabilidad depende también de la concepción del Estado que impere en cada país. Así, aquellas concepciones más liberales de Estado, como las anglosajonas, no tienen problemas en incluir a las instituciones estatales entre los destinatarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Mientras que aquellos ordenamientos más intervencionistas no suelen incluirlas, ya que no resultaría lógica la intervención del estado en el Estado. Y ese sería el caso de España, como ya hemos mencionado anteriormente.

8. Criterios de determinación de la pena

El CP español cuenta con un amplio abanico de penas que pueden imponerse a las personas jurídicas. Así el artículo 33.7 del Código Penal establece como penas aplicables a las personas jurídicas las siguientes:

²⁵ Las legislaciones europeas que excluyen al Estado y sus instituciones del ámbito de aplicación de este tipo de responsabilidad son Francia, Italia, Portugal, Dinamarca, Austria, Suiza y los Países Bajos con algunas excepciones relativas a las municipalidades.

- 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.*

Para entender el sistema de sanciones contra las personas jurídicas es preciso ocuparse de los fines de la pena y de la noción de culpabilidad de empresa.

8.1. Los fines de la pena: El fin que persigue la imposición de una sanción a las personas jurídicas es principalmente que éstas adopten medidas de prevención y detección de hechos delictivos. La forma más

sencilla para el ius puniendi de conseguir este objetivo es la multa. Las personas jurídicas son sobre todo empresas que buscan la obtención de beneficios con su actividad, actúan a partir de un análisis costes-beneficios, por ello la multa debe ser lo suficientemente disuasiva para que sea más rentable el respeto a la legalidad que realizar comportamientos delictivos. No obstante, una multa excesiva puede ocasionar la insolvencia de la empresa.

Ahora bien, alejados de la lógica de costes-beneficios, los delitos pueden ser cometidos por ejecutivos ambiciosos, empresas con falta de cultura corporativa que pese a que se ha sancionado reiteradamente, la multa no surte ningún efecto o igualmente la persona jurídica puede ser parte del crimen organizado. En estos casos la multa no es idónea. El prototipo de estas sanciones es la intervención judicial.

En cualquier caso, las penas deben guardar proporcionalidad con el delito cometido, pero también con su autor.

8.2. La culpabilidad de empresa.

Como antes he indicado, queda establecido que la culpabilidad de la persona jurídica deriva de no haberse organizado adecuadamente para evitar la comisión de hechos delictivos o detectarlo o incluso cortarlas, erradicándolas. Si bien esta forma de culpabilidad es desde el punto de vista temporal muy diferente a la culpabilidad individual.

En cuanto a la pena de multa²⁶ y a los criterios de su determinación, no se cuenta con unas reglas de individualización de la pena de multa

²⁶ El artículo 50.3 y 50.4 del Código Penal establecen que:

3. Su extensión mínima será de 10 días y la máxima de 2 años. Las penas de multa imponibles a las personas jurídicas tendrán una extensión máxima de 5 años.

más allá de la genérica declaración del artículo 66 bis del Código Penal (al cual nos referiremos en breve), el cual se remite al artículo 66 y su apartado 3º que indica la extensión de la misma, como vemos:

3. Su extensión mínima será de 10 días y la máxima de 2 años. Las penas de multa imponibles a las personas jurídicas tendrán una extensión máxima de 5 años.

4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 50 euros.

8.3. Valoración de atenuantes y agravantes.

En general, constituye un criterio básico en el campo del Derecho Penal que la pena tiene que ser adecuada a la culpabilidad y el daño causado en ocasiones. De ahí que resulte fundamental una lectura conjunta de las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la determinación de la pena concreta de multa que se impondrá a éstas.

Ante esta falta de referentes específicos, pueden ser útiles determinados parámetros que en el ámbito internacional son tenidos en consideración para determinar qué pena de multa en concreto debe imponerse a la persona jurídica por el hecho delictivo que haya cometido. Estos

4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros.

parámetros han sido extraídos de la regulación estadounidense²⁷, pero en general, pueden servir como guía para orientarnos con el fin de individualizar adecuadamente la pena de multa.

8.4 Funciones que pretenden cubrir las sanciones penales a las personas jurídicas.

- a.** La necesidad de que la sentencia refleje la gravedad del delito, promueva el respeto de la legalidad, proporcione un castigo justo, permita una disuasión adecuada, y proteja a la sociedad de futuros delitos de personas jurídicas.
- b.** El rol que la persona jurídica ha desempeñado en el delito.
- c.** Cualesquiera consecuencias colaterales de la condena, incluidas las obligaciones civiles que se deriven del comportamiento de la persona jurídica.
- d.** Cualquier perjuicio no patrimonial causado o que se amenace con causar el delito.
- e.** El hecho de si en el delito se vio involucrada una víctima especialmente vulnerable.
- f.** Cualquier registro de antecedentes penales previos de individuos pertenecientes al personal de alta dirección de la persona física o de la unidad organizativa que participaron en, condonaron o ignoraron deliberadamente el comportamiento delictivo.

²⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: "La culpabilidad penal de la empresa". Marcial Pons. Madrid, 2005.

- g.** Cualquier conducta antijurídica previa de índole civil o penal.
- h.** Cumplimiento parcial e incompleto de atenuantes.
- i.** El hecho de si la organización no tenía, en el momento de cometerse el delito, un programa de cumplimiento de la legalidad.

En referencia a las demás penas previstas en el artículo 33.7 del Código Penal, se tratan de penas de marcada orientación preventivo-especial y cuya nota característica más relevante es que, a diferencia de la pena de multa, su imposición es facultativa en lugar de obligatoria. En efecto, de la lectura de los preceptos de la parte especial del Código Penal resulta que, en todos ellos, se hace referencia a que “los jueces y tribunales podrán imponer” las penas interdictivas a diferencia de la pena de multa para la cual se establece que a la persona jurídica “se le impondrán” las penas de multa.

Por otro lado, y como ya he mencionado brevemente, para la aplicación de las penas hay que tener en cuenta el artículo 66 bis del Código Penal, el cual señala:

“Para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas de disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de realizar en el futuro determinadas actividades, inhabilitación para obtener subvenciones e intervención judicial, habrá de tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.*

- b) *Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.*
- c) *El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.*

Cuando las penas de suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de realizar en el futuro determinadas actividades, inhabilitación para obtener subvenciones e intervención judicial, se impongan con una duración determinada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de realizar en el futuro determinadas actividades, inhabilitación para obtener subvenciones e intervención judicial por un plazo superior a 2 años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- d) *Que la persona jurídica sea reincidente.*
- e) *Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.*

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones de disolución de las personas jurídicas y prohibición de realizar en el futuro determinadas actividades, y para la imposición por un plazo superior a 5 años de las sanciones de

prohibición de realizar en el futuro determinadas actividades, inhabilitación para obtener subvenciones, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

Este artículo 66 bis sólo contiene reglas para la determinación de las penas interdictivas. En líneas generales, para la determinación de la imposición y extensión de las penas interdictivas, el Código Penal contiene tres criterios genéricos de determinación y dos presupuestos específicos para cuando la pena a imponer supere los dos años. Así la extensión de la pena se determinará en función de:

- a. La necesidad de prevenir la continuidad delictiva
- b. Las consecuencias económicas y sociales de la pena
- c. El puesto en la estructura empresarial que ocupa la persona física que omitió el control
- d. En cuanto al primer criterio genérico, el hecho de que se trate de penas interdictivas hace que resulte coherente su orientación hacia la prevención de la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos. Parece evidente que el legislador quiere establecer una corresponsabilidad entre persona jurídica y Estado a la hora de prevenir la comisión de delitos en el seno de las mismas y de ahí que, dependiendo del grado de riesgo que se perciba en éstas en el momento de dictar sentencia, la determinación de la pena se verá afectada.

Por lo referente al segundo criterio consistente en tener en cuenta las consecuencias económicas y sociales de la imposición de la

pena interdictiva de que se trate, está íntimamente relacionada con la relevancia social de las personas jurídicas. Así, existe una preocupación por el importante impacto que las penas impuestas a las personas jurídicas puedan tener sobre numerosas personas físicas dependientes de las mismas. Evidentemente, como mayor relevancia social tenga la empresa, menor sería la pena interdictiva.

Por su parte, el tercer criterio referente a la posición de la persona física en la jerarquía de la persona jurídica, resulta una consecuencia lógica derivada del principio de identificación. Cuanto más elevada sea la posición de las personas físicas que han realizado el hecho delictivo, más se considera que éstas se identifican con la conducta delictiva perpetrada.

A continuación, el apartado 2º del artículo 66 bis, antes transcrito, se refiere a la imposición de las penas interdictivas por un período extenso y a la pena consistente en la disolución de la persona jurídica. Pues bien, la gravedad de la imposición de tales penas, conlleva que el Código Penal introduzca una serie de reglas adicionales que limitan la facultad del juez. Así, en primer lugar, se establece una regla básica de que el tiempo máximo de duración de la pena interdictiva no podrá superar el previsto para la pena de prisión de la persona física.

8.5. Penas interdictivas y la disolución de la persona jurídica.

Adicionalmente, para la imposición de penas interdictivas de más de dos años se requiere que concurra alguno de los siguientes presupuestos:

- a. Que la persona jurídica sea reincidente

- b. Que sea utilizada instrumentalmente para la comisión de delitos

Finalmente, para la imposición de la sanción interdictiva de carácter permanente (disolución de la persona jurídica) o por plazo superior a dos años, será también imprescindible la concurrencia de al menos una de las dos circunstancias siguientes:

- 1- La multirreincidencia de la persona jurídica (cuando conste la comisión de al menos tres delitos en los cinco años anteriores)²⁸
- 2- Que la persona jurídica sea utilizada instrumentalmente para la comisión de delitos.

9. La responsabilidad civil

La responsabilidad civil de la persona jurídica aparece regulada en el artículo 116 del Código Penal²⁹.

Se trata tan sólo de la consecuencia lógica del régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito que atribuye la obligación de reparación al que participe en la comisión de la infracción y de la nueva posible consideración como tal de la persona jurídica.

De modo que viene a suponer la transformación de la tradicional presencia en la actividad resarcitoria de la persona jurídica en cuyo seno o por

²⁸ El artículo 66.1 5º del Código Penal dispone que *“Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, ...”*

²⁹ El artículo 116 del Código Penal señala que *“La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos”*.

cuyos empleados se cometiera un delito, consistente en la asunción del lugar de responsable civil subsidiario, en responsable directo y principal, a la misma altura que el resto de condenados y con carácter solidario respecto de éstos.

Pero sin que ello, por supuesto, signifique la exclusión definitiva de esa responsabilidad civil subsidiaria, que continúa incluida en el artículo 120.2º, 3º, 4º y 5º del Código Penal³⁰, tanto en los casos de delitos no susceptibles de responsabilidad penal de personas jurídicas como en los que perteneciendo a este grupo no conlleven, en el caso concreto, esa especial responsabilidad para la persona jurídica, pero sí que concurren los requisitos necesarios para establecer la responsabilidad civil subsidiaria descrita en el referido precepto.

10. Referencia a la Circular de la Fiscalía 1/2011 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas

³⁰ El artículo 120.2,3,4 y 5 del Código Penal dispone que “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212 de este Código.

3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas”.

La Fiscalía General del Estado ha querido trazar un camino y un iter procesal que la ley no le da. Sin esta circular difícilmente podría prosperar cualquier proceso por estos delitos.

Esta Circular es un documento de gran valor, puesto que marca la pauta que seguirán los distintos fiscales en los procedimientos que se inicien contra personas jurídicas y es la primera interpretación que realiza un organismo oficial de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010.

Como es sabido, y ahora ha ratificado la Fiscalía General del Estado, en adelante FGE, dicha reforma ha supuesto la modificación más profunda del Código Penal de 1995, y la novedad más relevante ha sido la introducción por primera vez en nuestro ordenamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La Circular analiza en profundidad desde las razones de política criminal que justifican esta reforma hasta los problemas procesales que se pueden plantear en los procedimientos contra personas jurídicas, pasando por el estudio de las penas aplicables (a este respecto cabe destacar que establece que la pena de elección, salvo en los casos más graves, será la de multa) y el catálogo de delitos que puedan cometer las corporaciones.

Respecto a los aspectos procesales, menciona la existencia del Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal, que adaptará la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo necesario para el enjuiciamiento de personas jurídicas, pero plantea las soluciones a aplicar con la vigente legislación procesal. Cabe tener en cuenta que, actualmente, ya está en vigor la Ley 37/2011, de Medidas de Agilización Procesal.

En este punto me gustaría destacar el análisis que realiza de la circunstancia atenuante de establecimiento, antes del comienzo del juicio oral, de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro

podieran cometerse -sistemas de *Corporate Compliance*-. Para la FGE son insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, requiriéndose que dicho sistema sea apto para prevenir y/o detectar la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica.

La FGE ratifica la existencia en el Código Penal de dos criterios de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, que podrán ser consideradas penalmente responsables de un hecho -o, lo que es lo mismo, ser penalmente condenadas como autoras de un delito- en dos supuestos:

- 1- Cuando alguno de sus administradores o representantes haya cometido un delito por cuenta y en provecho de la persona jurídica, o
- 2- Cuando el delito por cuenta y en provecho de la persona jurídica haya sido cometido no por un administrador o representante, sino por uno o varios de sus empleados, siempre y cuando el hecho punible haya sido posible por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre su personal y actividad.

En lo que se refiere al concepto de debido control, la Circular confirma que al órgano gestor de las empresas le corresponde una obligación de control y vigilancia sobre sus subordinados y critica duramente la opinión cada vez más generalizada de que la mera formalización de unos estándares de actuación es suficiente per se para eludir la responsabilidad penal de las corporaciones. En este sentido, la Circular señala que "lo importante no es la adquisición de un código de autorregulación", sino la acreditación de que "los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos". Así las cosas, se hace

necesario que las personas jurídicas implementen sistemas de *Corporate Compliance* que consigan prevenir, detener y reaccionar frente a los posibles delitos de forma efectiva, en cuyo caso no responderán penalmente, en toda su amplitud, en caso de imputación de un delito.

Ante la ausencia de resoluciones judiciales que se hayan pronunciado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas bajo el régimen establecido por la Ley Orgánica 5/2010, esta Circular supone una importante guía de referencia que deberán tener muy en cuenta los abogados, internos y externos, los responsables de Compliance, y en general todo el personal garante del cumplimiento normativo en las corporaciones.

Capítulo VIII: EXAMEN DE LOS DELITOS ECONÓMICOS QUE PUEDEN SER REALIZADOS POR LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Introducción

Los delitos económicos o delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico aparecen regulados en el Título XIII del Código Penal 1995.

Se da por sentado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea en el propio Código Penal.

En consecuencia, las personas jurídicas únicamente podrán ser sujeto activo de los delitos económicos siguientes:

- a) Delitos de estafa y fraude
- b) Insolvencias punibles
- c) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores
- d) Blanqueo de capitales y delito fiscal

Asimismo, por su vital importancia en el ámbito económico, y a pesar de no estar encuadrado en el Título XIII del Código Penal, debemos incluir los delitos contra la Hacienda Pública o “delito fiscal”.

En el presente apartado me ceñire, por su importancia, al análisis del delito de blanqueo de capitales y al delito fiscal.

2. El delito fiscal

En relación a la defraudación tributaria o delito fiscal cabe señalar, con carácter previo, que la cuantía defraudada en cada período impositivo puede ser constitutiva de infracción administrativa o de delito penal. El art. 305.1 Código Penal (CP en adelante) considera delito, entre otras, la elusión de pago de tributos a la Hacienda Pública que exceda de 120.000 € por impuesto y ejercicio. Por lo tanto, si la defraudación en cada período impositivo es inferior a 120.000 € por impuesto y ejercicio estaríamos ante una infracción administrativa. Se toma en cuenta cada período impositivo separadamente para la determinación de la responsabilidad penal, ya que así lo señala el art. 305.2 CP “*se estará a lo defraudado en cada período impositivo*”.

En relación al límite entre la infracción administrativa y el delito fiscal, como ya se ha dicho, se establece en 120.000 € El art. 305 fija de este modo en el tipo una condición objetiva de penalidad que consiste en 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 120.000 €*”. Por lo cual, si no se excede de la cuantía citada, no existe delito. El apartado 2 del mismo artículo establece un elemento temporal, al dejar claro que la cuantía se calculará, en el caso de los tributos periódicos, atendiendo a lo defraudado en el período impositivo, y si es inferior a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. Para alcanzar los 120.000 € no pueden acumularse más de un período impositivo, ni distintos impuestos, enunciándose de este modo el principio de estanqueidad impositiva.

Se pueden distinguir tres categorías de tributos en nuestro sistema actual: los periódicos (IRPF, Impuesto sobre sociedades), los instantáneos de liquidación periódica (IVA), y los instantáneos (Impuesto sobre sociedades y Donaciones). En el caso de los primeros, los 120.000 € van referidos a

cada período impositivo. En el segundo caso, han de sumarse las defraudaciones de cada una de las declaraciones en el año, y en el caso de los últimos, cada hecho imponible debe sobrepasar el límite de 120.000 € para considerar perfeccionado el delito.

En relación con el delito fiscal, la pena a imponerse la establece el art. 310 bis, que nos dice que *cuando una persona jurídica, de acuerdo con el art. 31 bis CP sea responsable de los delitos recogidos en este Título (delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social), se les impondrán las siguientes penas:*

Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

2.1 El extraño caso del IVA.

En el caso del IVA -que es un impuesto instantáneo y de liquidación trimestral- cada vez se alzan más voces señalando que los ejercicios no son trimestrales y que al final del año lo que hace el obligado es elaborar un resumen de los cuatro trimestres.

Hecho no baladí puesto que es el impuesto que más grava y el que menos justifica su existencia a los ojos del contribuyente. Por ello, en todas las inspecciones que la Agencia Tributaria está llevando a cabo, es en éste impuesto donde se encuentran más delitos y la Agencia Tributaria y su Inspección no la liquida, pasándosela al Fiscal para que proceda a la investigación de un delito.

La Unión Europea abona la tesis de que es un impuesto que grava trimestralmente por lo que el hecho delictual se produce en el momento de presentar las relaciones de IVA del trimestre anterior.

La Inspección y los juzgados contenciosos y penales siguen la regla de el castigo con la interpretación más dura y así entiende que el año se compone de cuatro trimestres y por ello la suma base saldrá de la suma de los cuatro.

3. El blanqueo de capitales

Por otro lado, nos hay que olvidar con el **blanqueo de capitales**, conducta típica descrita en el art. 301 del vigente CP “*que consiste en adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes sabiendo que proceden de una actividad ilícita*”. La ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y prevención del terrorismo, considera en su art. 1 que estamos ante bienes nacidos de una actividad delictiva, entre otros, los procedentes de las cuotas tributarias defraudadas. Por lo tanto, en el momento de consumación del delito de defraudación tributaria, es decir, cuando la cuota defraudada supere los 120.000 € se podrá estar cometiendo también un delito de blanqueo de capitales.

En cuanto al blanqueo de capitales cabe señalar que se tipifica en los artículos 301-303 CP. Mediante dicho delito se pretende borrar las huellas de la ilícita procedencia de dinero obtenido de cualquier actividad delictiva. El delito de blanqueo, por lo tanto, requiere de la existencia de una “actividad delictiva previa”. En la reforma del CP de 2010 se ha introducido esta expresión, sustituyendo la anterior que requería la comisión de “un delito” previo, incidiendo en la idea de que no es necesaria una condena previa por delito.

Las conductas que dan lugar a la comisión del delito de blanqueo son las de adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes sabiendo que provienen de la realización de una actividad delictiva, así como otras conductas más específicas como realizar cualquier acto para encubrir su

origen, ayudar a eludir el delito base, u ocultar la verdadera naturaleza, origen o destino de los bienes.

El comportamiento sancionado consiste, en síntesis, en realizar cualquier acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o ayudar a los que realicen tales actos a eludir las consecuencias legales de sus actos.

A diferencia de la regulación anterior a la reforma de 2010, en la regulación actual se incluye el denominado “autoblanqueo”. En la regulación previa, la persona que participaba en el “delito subyacente” no era autora del delito de blanqueo. En cambio, tal y como se puede observar en la regulación vigente, el autoblanqueo es totalmente posible, ya que la primera conducta que se tipifica es adquirir bienes de procedencia ilícita. Por lo tanto el autor de blanqueo puede ser tanto la persona autora del delito subyacente, otra persona distinta, o ambas.

Este no es un tema pacífico, muchos lo interpretan como una derivación del delito fiscal y no como un delito autónomo cuando van juntos-; solo se podrían aplicar como delitos autónomos en el caso de que los autores sean distinguibles y diferentes

Por otro lado, y en referencia al tema tratado, interesa volver a señalar que el CP admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto a determinados delitos, entre los que se incluyen los examinados en el presente apartado. Ahora bien, para ello el artículo 31 bis establece una serie de requisitos que se van a exponer a continuación:

- a) Los hechos han de realizarse por sus administradores de hecho o de derecho. Parece sencillo determinar quién es administrador de derecho, el problema viene determinado en cuanto a los representantes de hecho. Esta introducción de la figura del administrador de hecho trata de evitar algunas impunidades en

las actuaciones a nombre de la sociedad. Así, cuando los administradores de derecho no comenten acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley, y sí las cometen otras personas físicas dentro del ámbito de actuación societario, éstas serán responsables, y harán que pueda ser responsable también la sociedad.

- b) Para que haya responsabilidad de la sociedad también es necesario que quienes hayan actuado por cuenta de ella lo hayan hecho en provecho de la referida Sociedad. Es decir, que haya un beneficio, un provecho, una ventaja, para la sociedad. A sensu contrario, si no hay un provecho para la sociedad, ésta estará exenta de responsabilidad penal. No así, en su caso, la persona física que haya actuado.
- c) Otro requisito necesario se refiere a la culpa in vigilando, término acuñado en Derecho Civil pero plenamente aplicable en este caso. Se refiere a actuaciones llevadas a cabo por los subordinados, en provecho de la sociedad, a causa de la falta de control debido por los administradores. En este caso incurriría en responsabilidad penal tanto la sociedad como el administrador y dependiendo, el subordinado. En cambio si las lleva a cabo el subordinado a pesar del control debido, en ese caso la sociedad y el administrador estarán exentos de responsabilidad penal.

En determinados casos, pese a que no se puedan determinar los responsables físicos de los hechos, el CP establece que puede ser criminalmente imputada la sociedad.

Estos son los requisitos fundamentales que proclama el CP tras la incorporación del art. 31 bis. Como se observa hay una

responsabilidad en paralelo, según la cual por unos determinados hechos pueden ser culpables personas físicas, culpables personas jurídicas, ambos o ninguno de los dos.

En relación al blanqueo de capitales, para establecer la pena de la persona jurídica hay que acudir al art. 302.2, que establece dos posibilidades:

Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. En los demás casos, multa de seis meses a dos años.

Asimismo, tanto en el delito fiscal como en el de blanqueo de capitales, los jueces y tribunales también podrán imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del artículo 33.7 (Incluye disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, clausura de sus locales, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas e intervención judicial).

Por último resulta interesante a nivel práctico, hacer mención, en este apartado, a la imputación del F.C. Barcelona como persona jurídica por un delito fiscal en el fichaje del delantero brasileño Neymar, al considerar que el club defraudó a la Hacienda Pública y que al final me extiendo en su explicación y estado actual, siempre que haya cambiado las situación y haya adelantado la Instrucción..

Capítulo IX: EXAMEN DE HECHOS Y ACTUACIONES CONTRA EL MEDIO AMBIENTE Y CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES QUE PUEDEN SER REALIZADOS POR LAS PERSONAS JURÍDICAS

Estos temas específicos ya tienen una tipificación arraigada en nuestras normas Penales, se trata de estar atentos para ver si sufren cambios o si tales conductas se vuelcan en el concepto delictual de la Responsabilidad Penal de la Personas Jurídicas tal como el Legislador lo encara actualmente.

1. Delitos contra el medio ambiente

Los delitos contra el medio ambiente aparecen regulados en el Capítulo III del Título XVI del CP 1995 bajo la rúbrica “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”.

1.1. El bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido en estos delitos es la conservación de los elementos naturales con el fin de mejorar, propiamente, el medio ambiente y la calidad de vida, que se integra, entre otros elementos, por la salud, y a muy largo plazo pueden afectar a la permanencia y duración de la vida en este planeta.

2.1. Responsabilidad de las personas jurídicas.

Las personas jurídicas, a partir de la LO 5/2010 pueden ser, según el artículo 327 CP, sujetos activos de los delitos ambientales tipificados en los artículos 325 (tipo básico) y 326 (tipo cualificado) del CP. En coherencia con el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31 bis, el legislador ha sustituido el antiguo artículo 327, en el que se recogían las consecuencias accesorias

imponibles a las empresas, por una autentica responsabilidad penal de éstas. En consecuencia, las personas jurídicas en los delitos contra el medioambiente se convierten ahora en penalmente responsables.

Y así, el artículo 325 castiga al que, *contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo afecta o puede perjudicar gravemente o causar graves perjuicios para la salud de las personas, la pena se impondrá en su mitad superior.*

Por su parte, el artículo 326 castiga *con pena superior cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

- 1. Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.*
- 2. Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.*
- 3. Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.*

4. *Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.*
5. *Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.*
6. *Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones.*

2. Delitos contra los derechos de los trabajadores

Estos delitos aparecen tipificados en el Título XV del CP 1995 bajo la denominación “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”. No existe unanimidad en la doctrina sobre cuál es, en este caso.

2.1. El bien jurídico protegido.

El bien jurídico que se intenta proteger, existiendo un grupo mayoritario de teóricos que defiende que es la seguridad e higiene en el trabajo, pero **no entendido como un bien jurídico autónomo, sino ligado a la vida, la salud y la integridad física del trabajador**. En el otro lado, autores como Arroyo, Navarro y Muñoz Conde entienden que la seguridad e higiene en el trabajo es un bien jurídico independiente y autónomo, que no precisa de ningún otro para complementarlo y hacerlo operativo.

2.2. Responsabilidad de las personas jurídicas.

En relación a las personas jurídicas, el artículo 318 CP dispone que *cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos*

supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

- 1- La conducta típica consiste en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. El tipo responde, por tanto, a una estructura omisiva en el que lo relevante es la omisión de la acción esperada, cuya realización hubiera evitado la creación del peligro.
- 2- Incurre en la omisión típica no sólo quien no facilita los medios materiales adecuados a los trabajadores, sino quien incumple los deberes de prevención y tutela, esto es, evaluación de riesgo y planificación de la prevención, acondicionamiento de los lugares de trabajo, control periódico de la salud de los trabajadores, obligaciones de proporcionar información y formación, etc.

Capítulo X: MODELOS DE IMPUTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

España ha sido uno de los últimos países en introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De hecho, Holanda en 1976 inaugura esta tendencia y Francia y Gran Bretaña lo introdujeron en la primera mitad de los años noventa del siglo pasado. Italia introdujo un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas sin darle este nombre y la mayoría de los nuevos Estados miembros de la Unión Europea han introducido también paulatinamente esta regulación.

Por ello, España debería tomar ventaja de esta tardía regulación. Puede aprender de las experiencias de otros países que ya han experimentado su elaboración y aplicación. Uno de los países a tener en cuenta es Holanda, puesto que ha sido durante décadas el único país de Europa que contaba con una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por tanto, su modelo jurídico en esta materia y su contenido jurisprudencial son, o deberían ser consideradas una fuente para los demás países de la Unión Europea.

Por otro lado, es comúnmente conocida la diferencia entre el enfoque anglosajón y el enfoque romano-germánico. El anglosajón reconoce, desde el inicio del siglo pasado, que las personas jurídicas pueden ser responsables penalmente por los actos o la omisión de sus empleados. Sin embargo, el modelo romano-germánico, consideraba que las sanciones penales sólo pueden imponerse a las personas físicas que actúan en el seno de la persona jurídica y no a la persona jurídica misma. Por tanto, debido a la tradición jurídica de los países anglosajones en esta materia, también es necesario tenerlos como referentes. En especial, el caso de Estados Unidos, cuya experiencia en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es

la más extensa en el tiempo y en diversidad de situaciones así como la que mayor jurisprudencia acumula y más a desarrollado su normativa.

Por todo lo anterior, procederemos a analizar en el presente apartado, las regulaciones de algunos países en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En especial, nos referiremos a los diferentes modelos de imputación acogidos, puesto que en ellos radica la fórmula que indicará quién será el responsable de un acto delictivo, y hasta dónde se extiende dicha responsabilidad.

Existen tres tendencias de modelos de imputación³¹:

- 1) Transferencia de la responsabilidad
- 2) Culpabilidad de la empresa
- 3) Modelo mixto

1. El modelo de “Transferencia de la responsabilidad”

También denominado “Vicarial u objetivo”, se basa en la atribución a la persona jurídica de la responsabilidad nacida de la acción de uno de sus dependientes. Es decir, se transfiere la responsabilidad de la persona que realiza la acción constitutiva de delito a la persona jurídica.

Por tanto, la comisión del ilícito por parte de un dependiente – junto con el cumplimiento de otros requisitos que variarán según el ordenamiento jurídico de que se trate- basta para que la persona jurídica involucrada sea susceptible de responsabilidad en la comisión del hecho. Consecuencia de ello es la inexistencia de la posibilidad de probar debida diligencia para poder excusarse.

³¹ NIETO M., Adán: “La responsabilidad de las personas jurídicas: Un modelo legislativo”. Madrid, Iustel, 2008

Este modelo de imputación de transferencia de la responsabilidad, ha sido implantado, aunque variante en sus formas, en diferentes ordenamientos, a saber: Inglaterra, Austria o Francia, entre otros.

2. El modelo de imputación de “Culpabilidad de la empresa”.

También llamado “Objetivo o de responsabilidad originaria o propia”, a diferencia del anterior, prescinde, en todo caso, de la transferencia de la responsabilidad.

Dentro de este modelo existen diferentes corrientes, defendidos por distintos autores, así:

- HEINE, GÜNTHER defiende que de ocurrir un daño tal que perjudique a la sociedad o a una parte significativa de ella, por la actividad típica de una empresa, forzosamente se debe concluir que ésta no ha ejercido de manera efectiva el control que su propia actividad, justificando así el nacimiento y fundamentación de la “culpabilidad de la empresa”.
- ERNST JOACHIM LAMPE considera que la culpabilidad de la empresa es consecuencia de un carácter empresarial defectuoso que se mantiene a lo largo del tiempo y que no se refiere a acciones concretas, sino al “ser” de la corporación. Es decir, la infracción es sólo un resultado de la mala administración y gestión de la persona jurídica. El gran aporte de esta corriente radica en que su concepto de “culpabilidad de la empresa” es amplio, pudiendo incluirse no sólo las acciones negligentes sino también las dolosas.
- GÓMEZ-JARA propone un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial, basándose en la intencionalidad. Así, cree que puede distinguirse entre un error “involuntario” o un leve descuido en el sistema de auto-organización, y la intención positiva de cometer un

delito para beneficiar los intereses de dicho ente moral³². Esta corriente se encuentra consagrada en el código australiano.

3. El modelo mixto

El modelo mixto es el resultado de la mezcla de los modelos anteriores (el de transferencia de la responsabilidad y el de culpabilidad de la empresa) e intenta dar solución a los problemas que plantean dichos modelos cuando se conciben de manera independiente.

Pues bien, en relación al modelo de transferencia de responsabilidad cuyo principal defecto, como ya habíamos señalado, era la imposibilidad de probar diligencia y así restringir o disminuir la sanción, el modelo mixto viene a solucionar este defecto agregando a la idea de transferencia de responsabilidad, el concepto de culpabilidad de la empresa, manifestándose en la posibilidad que tiene la persona jurídica de disminuir o incluso excluir su responsabilidad, siempre que pruebe que dentro de su estructura existía un sistema de carácter preventivo de delitos suficientemente efectivo.

A continuación, procederemos al estudio de las regulaciones de algunos países en esta materia.

³² GÓMEZ-JARA D., Carlos. "Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas", Edit. Aranzadi, Navarra, 2006.

Capítulo XI. LOS COMPLIANCE PROGRAMS O PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PENAL: ANTECEDENTES, ESTUDIO COMPARADO Y ANÁLISIS CRÍTICO DEL SISTEMA ESPAÑOL.

1. Concepto de *Compliance Program* o “programa de cumplimiento penal”.

Los llamados *Compliance programs* o “Programas de cumplimiento” se pueden definir como un conjunto de medidas (directrices y sistema de control) dirigidas a asegurar un adecuado nivel de acatamiento de la ley dentro de las personas jurídicas. Resumidamente, consisten en una serie de normas de conducta o códigos éticos y unos procedimientos para su aplicación³³. Asimismo se les puede definir como protocolos o mecanismos integrados -estatutaria, orgánica y jerárquicamente- en la sociedad³⁴, o programas o protocolos específicos a través de los cuales los Gobiernos corporativos establecen el marco y los medios para un comportamiento generalizado de la empresa respetuoso con lo establecido en las normas penales³⁵.

La expresión de “*Compliance penal*” se entiende por lo general como la implementación y aplicación de medidas organizativas de prevención que afectan a empresas concretas, destinadas a evitar la comisión de hechos delictivos en interés de éstos, como pueden ser los delitos de corrupción o determinadas prácticas colusorias.

Entendemos el *Compliance* como el traslado al sector privado de funciones de persecución penal que tradicionalmente incumbían al Estado y

³³ ALONSO GALLO, Jaime: “Los programas de cumplimiento”. Thompson Reuters, Madrid, 2011.

³⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: “La responsabilidad criminal de los entes colectivos (personas jurídicas y entes sin personalidad) y de sus directivos y representantes”, Granada, 2012.

³⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Civitas-Thomson, 2010

de la cual éste tenía el monopolio. Ante la imposibilidad de que el propio Estado –por razones de volumen y conocimiento de los temas- vigile, controle e instruya, se traspasa esta función a la propia empresa.

La pregunta es si es legítimo que el Estado delegue al sector privado parte de las funciones. Schunemann dice que es como “poner al zorro a vigilar a las gallinas” y al respecto ha elaborado la llamada “Tesis del traslado”.

Por último se preguntan los estudiosos sobre las consecuencias que puede llegar a tener la externalización de un tema que lleva aparejados incluso investigaciones internas. El *Compliance* no tiene como objeto arrojar luz sobre los deberes ya existentes de los empleados para así ofrecer un mejor cumplimiento de éstos; sino que más bien produce una “modificación” de estos deberes y por tanto un carácter constitutivo y no meramente declarativo.

2. Antecedentes de los *Compliance Programs*.

El origen de los *Compliance Programs* o Programas de Cumplimiento penal se encuentra en EEUU, y el primer momento significativo, que algunos no dudan en señalar como el inicio del efectivo desarrollo de los programas de cumplimiento penal, hay que situarlo en los años 70 del pasado siglo. Concretamente, en las investigaciones oficiales que sucedieron al famoso “escándalo Watergate”, que tuvieron como resultado que unas 400 empresas norteamericanas reconocieran haber hecho pagos irregulares a funcionarios gubernamentales, políticos y partidos políticos extranjeros por más de 300 millones de dólares, bien para asegurarse algún tipo de acción o conducta en su beneficio o bien para asegurarse que los funcionarios realizaban acciones más diligentemente o de la forma más rápida.

Las investigaciones llevadas a cabo por la Comisión de Seguridad en el Cambio (*Securuty Exchange Comission*) (SEC) revelaron, por tanto, que los sobornos eran una práctica habitual en el ámbito empresarial. Esta comisión

ofreció un “programa de divulgación voluntaria” (*voluntary disclosure program*) para las sociedades públicas (que finalmente acabó expandiéndose al ámbito privado), en el que se les animó a realizar investigaciones internas y a revelar su contenido a cambio de “clemencia” (*leniency*) por las posibles infracciones cometidas.

Está claro que el Estado tiene la obligación de la vigilancia que evite la comisión delictiva y precisamente por ello posee la exclusiva de la investigación en el ámbito penal.

Como el Estado se apercibió de que no podía controlar a las grandes corporaciones por falta de medios y de conocimiento, explicaré a continuación el camino que ha llevado al convencimiento de las autoridades a ceder parte de sus potestades al control de las empresas.

2.1. Pimeros casos de imputación penal a Corporaciones.

Ya en 1909 se vio un caso en que el administrador de una operadora ferroviaria ofreció descuentos a varias empresas refinadoras de azúcar, infringiendo la ley que, en aquel sector regulado prohibía cualquier discriminación en los precios. En la resolución de este asunto el Tribunal Supremo afirmó que los hechos delictivos cometidos por cualquier tipo de empleado, podían ser imputados a la empresa, siempre que estos actuaran en el ejercicio de sus funciones y con el ánimo de beneficiar a la propia empresa. El argumento básico que empleó el Tribunal es el hecho de que la conducta se lleva a cabo en beneficio del principal, o sea de la empresa. Debido a ello y por razones de interés público, se extiende a partir de aquí la doctrina de la responsabilidad penal a las corporaciones.

2.2. Implantación de Códigos de conducta y Programas de entrenamiento.

En los años ochenta, y a raíz de escándalos financieros relativos a “abusos de información privilegiada” (*insider trading*) y de otras figuras delictivas, se produjo un cambio sustancial en el ámbito y el formato de estos programas, los cuales comenzaron a incluir códigos de conducta, programas de entrenamiento para empleados, medidas disciplinarias para quienes hubieran actuado incorrectamente, así como la implantación de medidas específicas para el tipo de negocio concreto.

2.3. La empresa se responsabiliza de los actos ilícitos de sus dependientes –igual que se beneficia de sus actuaciones correctas-.

La empresa, que actúa como principal, y todos sus empleados, - independientemente del rango que puedan tener-, se configuran como sus agentes, debiendo, por tanto, la empresa responder por sus actos ilícitos, del mismo modo en que se beneficia de los actos ventajosos realizados por sus agentes.

A los pocos años del asentamiento de esta doctrina, ante cualquier inspección y propuesta de sanción por parte de la Administración, se defendían con el argumento de la “buena fe”, solicitaban la exención de la imputación penal por la imposibilidad fáctica del control de todos los empleados, solicitando la restricción de la responsabilidad vicaria de la empresa.

De tal forma que las empresas también reclamaron derechos constitucionales propios, independientes de los derechos constitucionales de los individuos que la conforman o que trabajan para ellos.

A raíz de todas estas opiniones práctico-doctrinales, el Tribunal Supremo a finales de siglo afirmó que las personas jurídicas eran

personas a los efectos de la protección otorgada por la Décimo Cuarta Enmienda.

2.4. Primeros controles a la actividad monopolística, impositivas y a las condiciones laborales.

Desde los años 30, con la llegada al poder del presidente Roosevelt y hasta los años 60, se limitaba la regulación jurídica de las empresas y se ceñía a cuestiones concretas relativas fundamentalmente a la prohibición de los monopolios, el establecimiento de impuestos y a las condiciones de trabajo.

2.5. Control posterior: las regulaciones sociales y la vigilancia medioambiental.

En la década de los 60, se entró más en regulaciones de carácter social y de vigilancia medio ambiental.

2.6. Tercera fase de control: implicación de las personas jurídicas.

La atribución de derechos fundamentales a las personas jurídicas tiene dos efectos fundamentales sobre la responsabilidad penal:

Por un lado, mayores garantías conllevan una menor probabilidad de sanción.

Por otro lado, una mayor concesión de derechos lleva aparejada una mayor atribución de deberes.

Durante media década el derecho penal estadounidense estuvo decantado hacia el objetivo de la rehabilitación del delincuente, lo cual resultaba coherente entre las personas físicas pero respecto de las personas jurídicas esto provocaba una fuerte desconfianza.

2.7. Disparidad en las penas y en las consideraciones del hecho.

La disparidad de penas de unos respecto de otros en su cuantía y consecuencias complementarias, así como en la diferente consideración de las mismas activaciones motivó alrededor de los años 80 la **colaboración de las “directrices para la determinación de la pena” (sentencias *guidelines*)**; se trata de pautas detalladas para esclarecer las penas fijadas tanto cuantitativa como cualitativamente en una **“tabla de penas” (*sentencing table*)**, con la especificación de la pena adecuada para cada caso. Estas directivas vienen acompañadas de extensos comentarios oficiales (*manuals*) que aunque *de iure* no forman parte del cuerpo jurídico de obligado cumplimiento tienen una decisiva relevancia en los tribunales, junto a las directrices.

La entrada en vigor de estas directrices produce un cambio, pasando de los modelos de imputación directa a los modelos de auto-responsabilidad por autorregulación.

Se parte de la base de la responsabilidad vicarial, regulándose la imposición de la pena gracias a estos instrumentos.

Para ello se consideran dos parámetros que son las variables para la concreción de la pena:

- 1- La magnitud el daño causado
- 2- La culpabilidad de la empresa

Se atiende a tres magnitudes:

- 1- El beneficio obtenido
- 2- El perjuicio causado
- 3- La determinación de si hay dolo o imprudencia

Para la elaboración de la pena -que va desde los 5.000 dólares hasta los 72,5 millones de dólares-, se parte de si hay dolo o imprudencia; la culpabilidad de la empresa se calcula en una escala de 0 a 10 con una calificación inicial de 5 puntos que se corrige:

a) Hacia “arriba” -por agravantes-:

1- “La tolerancia de la actividad delictiva”

2- El historial de la organización

3- La “obstrucción a la justicia”

b) Hacia abajo –por atenuantes-:

Si concurre la existencia de un “programa de cumplimiento”

“la cooperación”

La “auto-denuncia”

la “aceptación de la responsabilidad”.

Una vez averiguado el grado de culpabilidad, se aplican las tablas, que son índices correctores y se multiplican por la multa base de tal forma que la multa de mayor culpabilidad puede llegar a ser hasta ochenta veces mayor que la de menor culpabilidad. De tal forma que la multa por una culpabilidad de grado cero estaría entre 50.000 y los 200.000 dólares y una culpabilidad de grado diez estaría entre los 2 y los 4 millones de dólares.

Resulta por tanto decisiva la puntuación de la culpabilidad de la empresa y por ello su esfuerzo en minimizar ex-ante y ex-post su nivel de culpabilidad.

Las actividades mejor valoradas por la Administración americana son:

- 1- La cooperación de la entidad con las autoridades.
- 2- El reconocimiento del hecho.
- 3- La aceptación de la responsabilidad..

Es por ello que las Administraciones ceden parte de su monopolio controlador a las empresas y estas a cambio ejercen su autorregulación con el propio control y deben efectuar los seguimientos de sus “manuals” que pretenden:

- 1- instaurar la cultura del cumplimiento;
- 2- efectuar las investigaciones;
- 3- poner en manos del organismo controlador toda la investigación y sus conclusiones;
- 4- las modificaciones que han realizado para hacer más efectivo el control,
- 5- Las sanciones internas que han aplicado,
- 6- La cuantificación del daño causado,
- 7- Explicitando y justificando la diligencia debida con que han actuado y gracias a la cual han logrado identificar, el daño, el autor y las consecuencias de las actuaciones delictivas.

2.8. El manual de Directrices marca las tres características básicas que han de conformar sus bases:

- 1- Ejercer la diligencia debida para prevenir y detectar la conducta delictiva.

- 2- Promover una cultura empresarial que fomente la conducta ética y el cumplimiento normativo.
- 3- Organizar un sistema que implique formar, controlar y auditar la conducta de los empleados, de forma que estos puedan denunciar o buscar consejo sobre conductas delictivas ciertas o posibles sin miedo a represalias.
- 4- Imponer sanciones disciplinarias proporcionadas a las conductas delictivas cometidas.

Cuando las consecuencias colaterales de la condena a empresas puedan ser significativas para terceros de buena fe, es una buena solución buscar un acuerdo con condiciones, diseñados para promover el cumplimiento normativo y prevenir reincidencias. Estos acuerdos quedan a expensas del cumplimiento de algunas condiciones; además de:

- 1- Hacerse cargo del daño causado,
- 2- Adquirir el compromiso de cooperación actual y futura,
- 3- Posiblemente, el pago de una multa, así como adecuar los manuales internos para evitar reincidencias.

Para comprobar la dureza punitiva ante un incumplimiento, merece la pena mencionar una acción contra la empresa KPM6, en el 2004, el acuerdo se cerró con el pago de 456 millones de dólares, el reconocimiento de la culpabilidad y la aceptación de una serie de restricciones futuras respecto de sus prácticas en el área fiscal.

2.9. Recepción de los Programas de prevención en Europa.

Por otra parte, la recepción de esta cultura de autorregulación en materia de prevención de riesgos penales en Europa no ha sido homogéneo, en parte porque los programas de prevención de riesgos penales en Europa ha sido irregular, en parte porque los programas de prevención se convierten en una necesidad allí donde se haya establecido la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, operando entonces el programa de prevención como una atenuante o una eximente de dicha responsabilidad y por ello pudiendo ser beneficioso para la empresa.

No en todos los países europeos está establecida la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en algunos países donde sí está establecida, como en el caso de Francia, los programas de prevención no operan como causa de atenuación o exención de responsabilidad. En otros como en Italia son temas de derecho administrativo.

Ello no excluye que en Europa la cultura del cumplimiento normativo haya llegado con retraso y que lentamente esté arraigado en determinados sectores, especialmente en los últimos años.

De todas formas, en materia de cumplimiento normativo penal hay dos países que son hoy por hoy importantes para nosotros. Se trata de Italia y Alemania, por sus diferentes enfoques, y naturalmente el modelo americano que lleva la pauta por ser el primero en aplicarlo, por el recorrido que ha tenido y por la jurisprudencia de la que goza que le ha permitido su constante adaptación a la realidad y permanente actualización normativa.

3. Compliance Programs en España.

En España, el Proyecto de Reforma del Código Penal, de 23 de noviembre de 2013, que se encuentra en tramitación parlamentaria, es el que incluirá por primera vez estos programas de cumplimiento. Así, este proyecto tiene una incidencia directa para las empresas en relación al *Corporate Compliance* o Cumplimiento en materia de riesgos penales a las que estarán sujetas todas las entidades. En concreto, del articulado se desprende la obligación de todas las empresas, independientemente de su tamaño, aunque considerando el mismo, de implementar programas de cumplimiento penal, bajo riesgo de incurrir en responsabilidad por parte tanto de la entidad como de sus administradores de hecho o derecho o de no poder beneficiarse de la posible exención de responsabilidad que preverá la mencionada reforma.

Precisamente, el señalado proyecto, ha introducido, entre otras novedades, una causa de exención de responsabilidad penal para las personas jurídicas, por los delitos cometidos por sus gestores, empleados o dependientes, en caso de que los órganos de administración de las empresas hubieren adoptado y ejecutado, antes de la comisión de dichos delitos, un modelo de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control para prevenir delitos de la misma naturaleza que el cometido.

En concreto, el artículo 31 bis quedaría redactado, si el proyecto de reforma es aprobado finalmente, así:

“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 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; 2.ª) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control; 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 letra b).

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. En este caso resultará igualmente aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del núm. 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. *Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*
2. *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. *Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*
4. *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*
5. *Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. El modelo contendrá las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo, y requerirá, en todo caso: a) de una verificación periódica del mismo 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; y b) de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención.”*

Habrá que esperar, por tanto, a la aprobación definitiva por las Cortes, para verificar si el artículo 31 bis queda redactado de la manera antes transcrita, y de ser así analizarlo más en profundidad para poder cerciorar si, tal y como señala la Exposición de Motivos, se lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la LO 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del concepto de “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal como segundo de los modelos de imputación allí

establecidos. Con ello, añade, se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, especifica el proyecto, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.

4. La figura del *Compliance Officer*.

Para que un programa de *Compliance* sea efectivo, es necesario que sea asumido, liderado y supervisado por el personal de mayor responsabilidad dentro de la sociedad. Por ello, el personal de mayor responsabilidad de la persona jurídica, debe “estar bien informado sobre el contenido y funcionamiento del programa de *Compliance*, así como ejercer un control razonable con respecto a su aplicación y funcionamiento”.

Cada vez es más común derivar a la figura del *Compliance Officer* la responsabilidad por las actitudes delictivas en el ámbito de la actividad empresarial, ya que resulta el garante, dada su posición de responsable de la vigilancia y control de las normas organizativas y de gestión. Por tanto como responsable de esa tarea debe responder ante la dirección de la empresa.

Resulta inexorable, por lo general, el tolerar o el haber permitido que se cometiera algún delito, aunque sea imprudentemente, ya que se le han otorgado instrumentos para evitarlo –presupuesto, equipo, independencia, potestad sancionadora frente al sospechoso, etc.-.

Todo ello debe ir encaminado de manera especial a un cambio de cultura empresarial, que se dirija a la idea de que el cumplimiento normativo acabará siendo tanto o más importante que la propia producción, puesto que

este cumplimiento es el que determinará el buen nombre y dará sentido a la propia existencia de la empresa.

En ese contexto, emerge con fuerza en España la figura del *Compliance Officer* o persona responsable de la supervisar y gestionar todas las cuestiones relacionadas con el cumplimiento normativo.

Sus principales funciones son:

- 1- La identificación de riesgos, llamado también “mapa de riesgos”, esto es, identificar los sectores de la empresa expuestos al riesgo de la comisión de delitos, como puede ser el Dpto. de compras, el Dpto. de contratación, etc.
- 2- Determinar medidas preventivas y correctivas. Proceder a la previsión de las reglas de cautela idóneas para una adecuada concepción del riesgo e instaurar los mecanismos de control de los *Compliance Programs*.
- 3- Implementar una adecuada vigilancia por parte de la Organización de los *Compliance Programs*.
- 4- Revisar periódicamente la actualización de los procedimientos. Activar una revisión continuada y un seguimiento de adaptación a la normativa que es por definición cambiante, de manera que esta parte de la Organización resulte dinámica.
- 5- Impartir formación a directivos y empleados para que conozcan y apliquen todas las normas.
- 6- Construir un “sistema disciplinario”.

En cuanto a la cuestión de si el órgano responsable de cumplimiento penal ha de ser un órgano unipersonal o colectivo, el Proyecto de Reforma de Código Penal de 2013, no lo aclara.

Una vez más, deberá ser la empresa la que debe decidir, a la vista de sus características o particularidades, qué tipo de órgano se adapta mejor a sus necesidades. El órgano unipersonal presenta ventajas funcionales, porque hace más sencilla y ágil la toma de decisiones y personaliza mejor, en una determinada figura, la autoridad de la función. Pero el órgano colegiado no deja también de tener ventajas porque puede integrarse por especialistas de distintas áreas de la gestión (jurídica, auditoría, financiera, recursos humanos), abarcando un mayor conocimiento del negocio y de la empresa.

En todo caso, la empresa debe tomarse muy en serio la designación de la persona o personas a las que va a encomendar estas tareas, buscando un perfil alto, porque de ello depende la credibilidad que la empresa transmite sobre lo seriamente que se toma esta labor de prevención cuando tenga que probar ante un juez que su modelo de prevención es un auténtico y eficaz programa de cumplimiento normativo penal.

El *Compliance Officer* debe completarse, si las dimensiones de la empresa así lo permiten, con un Comité ante el cual el jefe de *Compliance* informa, expone e incluso solicita opinión sobre las cuestiones que han ido apareciendo.

Tanto el *Officer* como el Comité deberían quedar los más alejados posibles de la gestión y de la toma de decisiones, con el fin de obrar con el máximo grado de libertad y autonomía posibles.

Otra cuestión a resolver es la referente a si va a ser posible externalizar el servicio o por el contrario, obligatoriamente debe ser un órgano de la

empresa gestionado por empleados de la misma. El Proyecto de Reforma de 2013 no se pronuncia de manera expresa sobre esta cuestión.

En principio, nada se opone en el texto a que el servicio se externalice. Sin embargo, la opinión de una parte de la doctrina, es que del proyecto se deduce que el legislador es favorable a un control interno, encomendado y gestionado por el personal de la propia empresa.

La elaboración del “plan de prevención de riesgos laborales” no solo elaborará el programa, reglamento y proceso de los temas dentro del *Compliance* sino que también deberá revisarse periódicamente, actualizándolo y adecuándolo a las modificaciones productivas, comerciales y legislativas que afecten a la actividad de la empresa.

Por otra parte, la función del *Compliance Officer*, si se trata de una sola persona, o del *Compliance Committee*, si recae en un órgano colegiado, debe ser realizada siempre con independencia. Si detecta algún incumplimiento o irregularidad, debe poder señalarla sin temor a represalias o presiones. De lo contrario, no sería eficaz. Es importante, por tanto, que tenga una autoridad reconocida. También es necesaria la proximidad al Consejo de Administración para el alejamiento –a ser posible- de la parte ejecutiva de la Dirección de la empresa.

Asimismo, para que el “programa de cumplimiento” sea tomado en serio, se hace necesario motivar a los empleados. Esta motivación, puede ser de dos formas:

- 1- Positiva, a través de incentivos para que se esfuercen en cumplir con los objetivos del programa.

2- Negativa, mediante la imposición de sanciones a quienes lleven a cabo conductas que infrinjan las directrices del programa.

De acuerdo con el profesor GRUNER, la ausencia de castigo o su levedad al empleado que haya causado un perjuicio a la empresa, constituye un error por dos motivos fundamentales: “externamente”, se arriesga a no obtener beneficios en la sentencia, porque el programa no resulta ser totalmente efectivo; “internamente”, hace ver al resto de empleados que los directivos de la sociedad no se toman el *Compliance* en serio, por lo que es posible que se repita en un futuro la comisión del mismo delito³⁶.

Siguiendo la tendencia actual, sería apropiado establecer unas guías disciplinarias básicas que permitan al empleado conocer las conductas prohibidas y las posibles sanciones que llevan aparejadas. Estas guías deben ser flexibles a fin de que la compañía puedan sustituirlas e imponer otra medida, pero deben siempre tener un efecto punitivo y disuasorio entre los empleados³⁷.

Por otro lado, hay que destacar que aunque no existe un perfil único y definido para esta profesión emergente, todos los expertos coinciden en que lo ideal es que el *Compliance Officer* sea alguien capaz de conjugar un perfil jurídico con otro más económico. La mayoría llegan a esta posición bien desde el departamento jurídico, bien desde el área de auditoría y control interno. A ese perfil híbrido, sin embargo, habría que añadirle todavía una serie de capacidades personales importantes para ejercer este rol.

³⁶ GRUNER S., R.: “Developing judicial standards for evaluating “compliance” programs insights from eeo litigation”. CORPORATE LAW AND PRACTICE COURSE HANDBOOK SERIES, PRACTISING LAW INSTITUTE N° BO-019S, febrero, 2002.

³⁷ WEBB, K.D, MOLO, F.S.: “Some practical considerations in developing effective “compliance” Programs: a framework for meeting the requirements of sentencing guidelines”. WASHINGTON UNIVERSITY LAW QUARTERLY N° 71, verano 1993.

Principalmente, la paciencia, la capacidad de organización, la comunicación y ciertas dotes de psicología.

Existe la norma ISO 19600 en materia de cumplimiento pero únicamente establece una serie de directrices para la correcta implantación de la cultura de control. La citada norma no profundiza ni sirve de soporte a la elaboración, puesta en marcha y seguimiento para o que no interesa.

Deberán cohesionar las normativas regionales -o autonómicas- y sectoriales para facilitar el cumplimiento y el posible acceso de los mercados internacionales; así como para realizar un plan corporativo de prevención de delitos que resulte útil para toda la nación y que no incremente aún más el coste de implantación de esta cultura de prevención de delitos.

En este sentido, cabe destacar cómo ha variado la concepción que ahora se tiene de esta figura, la del *Compliance Officer* en la empresa, en un país de larga tradición como son los Estados Unidos. De ser un empleado más, que escasamente tenía medios y presupuesto en la empresa, y también de escasa consideración de entre los empleados, se ha pasado a considerar que sea la persona más importante de la empresa junto con el CEO (*Chief Executive Officer*).

Tampoco debe obviarse que se trata de un cargo cuyo sueldo puede llegar a oscilar entre los 58.000 a 120.000 euros anuales, lo cual es una dificultad más para las pequeñas y medianas empresas. Y no hay que olvidar que el tejido empresarial en nuestro país está compuesto principalmente por pequeños y medianos negocios.

En este sentido, hay que recordar que la reforma del Código Penal que se encuentra actualmente en tramitación exime a las pymes de contar con un órgano específico de cumplimiento normativo, ya que el administrador podría asumir sus funciones.

Sin embargo, hay que hacer hincapié en la necesidad de que, aunque no estén obligadas a establecer un departamento de este tipo, estén familiarizadas con sus funciones. Y es que es habitual que las pequeñas empresas tengan, tarde o temprano, que enfrentarse a los procedimientos de *Compliance*, sobre todo al tratar con las de mayor envergadura.

Está claro que el debate sigue abierto y que a las empresas pequeñas y medianas les costaría poder tener programas completos de cumplimiento normativo porque son caros y requieren personal capaz de crearlos e implementarlos. Los abogados externos tendrán un papel relevante porque deberán ayudar a formar a las empresas en cómo actuar de manera preventiva, pero las empresas deberán implementar una cultura de transparencia y valores que claramente es una tarea interna.

En todo caso, existe todavía un gran desconocimiento de este tema, puesto que, a pesar de que se trata de una figura habitual en otros países, es de reciente introducción en España. Por ello son numerosas las dudas que suscita la misma. Para esclarecer las mismas deberemos tener en cuenta la legislación, doctrina y jurisprudencia de aquellos países en que dicha figura esté arraigada, fundamentalmente la estadounidense. Así como también deberemos confiar en el desarrollo legislativo que se lleve a cabo una vez publicada la reforma del Código Penal, actualmente en tramitación parlamentaria.

En éste capítulo de los *Compliance Programs* he incluido bastantes consideraciones sobre las responsabilidades que como garante van recayendo sobre los *Compliance Officers*; sobre la amplitud de sus responsabilidades y sobre las características objetivas que poco a poco van tomando cuerpo en prácticamente todas las legislaciones, No las repete aquí para no volver a reproducir inmediatamente reflexiones y tendencias, ya que alargaría el capítulo de forma excesiva y resulta dispensable ya que el Programa de

cumplimiento no se entiende sin el *Compliance Officer* y menos aún a la inversa, ya que sin la normas que emanan del programa un encargado para llevarlas a cabo no tendría ningún sentido.

5. Compliance Programs en los países del mundo occidental capitalista.

5.1. El modelo americano

El modelo estadounidense asienta la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema de organización de la empresa. Se considera que si la empresa ha adoptado controles eficaces para prevenir los delitos *ex ante* y colabora *ex post* en aras al descubrimiento del autor individual del delito, podrá aspirar a una exención de la pena o a una atenuación de la misma.

El sistema americano es un sistema de “autorregulación coaccionada”. No basta la autorregulación, debe ser impuesto el código de buenas prácticas y buen gobierno corporativo generando protocolos preventivos con imposición de penas de forma coactiva.

De esta forma se fomenta una auténtica “cultura ética del cumplimiento legal”, siendo el eje de ello:

- a) La empresa debe autoevaluarse permanentemente y sistemáticamente,
- b) Es preferible la colaboración con la Administración que la estrategia de la ocultación,
- c) Debe aplicar con medidas coactivas- pérdidas de bonos de privilegio de ventajas corporativas, retraso de ascensos, pérdidas o discriminación de ventajas corporativas-.

El modelo norteamericano fija el modelo de la responsabilidad penal a partir del cumplimiento o incumplimiento de los programas organizativos, esto es de los códigos de gestión y de organización. Se trata de proyectar la cultura ética de “**buen gobierno corporativo**” al derecho penal, bajo la lógica de la necesidad de gestionar y controlar los riesgos de manera eficaz en contextos organizados.

Estas ideas básicas con el paso del tiempo se asocian al concepto de autorregulación empresarial. Es evidente que las autoridades públicas no pueden establecer un modelo organizativo detallado para cada entidad, aplicable a todos los sectores empresariales, en aras a la evitación de todo tipo de riesgos, que puedan desembocar en la comisión de hechos delictivos. Por tanto, es evidente que debe imperar la autorregulación, en el sentido que las empresas deben generar sus protocolos preventivos conforme a su dimensión, modelo organizativo interno y sector de actividad.

Ahora bien, tras determinados acontecimientos ocurridos debido a la crisis económica (Caso ENRON por ejemplo), se llega a la conclusión que el modelo de autorregulación no debe considerarse un mecanismo de garantía suficiente.

A la vista de lo anterior cabe señalar que cuando en la evolución de los patrones normativos norteamericanos, aparece la idea de autorregulación ligada a la de buen gobierno organizativo, en realidad se impulsaba una cultura jurídica que va más allá de los códigos deontológicos, es lo que se ha venido a denominar “**autorregulación coaccionada**”. Tras la idea de autorregulación en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, se establecen dos exigencias jurídicas:

- a) La empresa debe autoevaluarse al objeto de generar patrones organizativos preventivos para la evitación de la comisión de infracciones penales en el seno corporativo.
- b) En caso de haberse verificado la infracción penal en el seno o bajo la cobertura de la persona jurídica es mejor la cooperación con la Administración y/o las autoridades judiciales que la estrategia de la ocultación³⁸.

A parte de que la amplitud de campo que se abarca de forma tan extensa sobre la cultura empresarial de Estados Unidos que ya desarrollo con extensión en el apartado “crítica al sistema español”-pags 145-, quería mencionar previamente el grado de compromiso que tienen las empresas americanas por el *Compliance* y la cultura del cumplimiento en su trabajo, cumplimiento de las normas oficiales, cumplimiento de las normas de la propia empresa, de desarrollo interno o de formación, llegando a aceptar dentro de estos paquetes de normativa interna incluso la forma de conducir, el estado del vehículo propio de los trabajadores y habiendo aceptado por parte de los trabajadores este espíritu y estas normas un tanto ajenas de nuestra cultura empresarial, como son: la delación como medida de relacionarse con la empresa así como un listado de sanciones internas amplias sobre lo cual he desarrollado en el anterior apartado de los *Compliance programs*, que aunque nació y se desarrolló en los Estados Unidos se ha venido extendiendo bajo este epígrafe que ahora ha pasado a ser objetivo general en casi todos los países, siempre teniendo a la vista de que su origen, implantación y desarrollo es estrictamente original de Estados Unidos.

³⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “Comentarios a la reforma penal de 2010”. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

Las grandes empresas cuando poseen una nueva patente, un nuevo plan de inversión o un nuevo proyecto o cambio de planteamiento, siempre lo comunican en primer lugar a los departamentos jurídico, financiero y simultáneamente al departamento de *Compliance* a través de su máxima figura, el *Compliance Officer*, siendo éste departamento el que suele tardar mucho más que el resto de departamentos en reportar su informe, favorable o desfavorable con recomendaciones para que el plan propuesto sea viable con las oportunas, modificaciones, y con las oportunas adaptaciones y sugerencias, etc.- puesto que al ser un departamento multidisciplinar tiene que observar el proyecto desde múltiples puntos de vista, distintos y complementarios. y ver todo el proyecto en su conjunto

El departamento de finanzas analiza los costes, los resultados posibles, la inversión y el retorno pero todo mirado desde su mismo punto de vista; el departamento jurídico analiza si todos los extremos cumplen con la legalidad; mientras que la *Compliance Officer* analiza las cuestiones de otro modo -desde el punto de vista legal que no sea discutible con el espíritu de la norma; que no pueda afectar la reputación de la empresa, que resulte congruente con el Plan de Empresa y con su ideario etc- y ello implica analizar los riesgos, no solo buscando el beneficio fabricando donde sea más barato sino atender a que además de que los costes de producción sean ventajosos, se garanticen los derechos de los menores, los derechos humanos, etc. Hay compañías que tienen pánico de que su reputación pueda correr peligro. Una conocida marca de zapatillas deportivas cuantificó en 17 millones de dólares el daño directo e indirecto que sufrió por un grave accidente que se produjo en una de sus fábricas ubicada en India y en la que murieron cientos de personas. Por ello, el visto bueno del

Compliance Officer suele ser el último y el definitivo. Las empresas no realizan ningún movimiento hasta tener el informe del citado departamento dando el aprobado a la propuesta y con la condición de que deben atenerse escrupulosamente todas sus orientaciones.

Hoy en día las grandes empresas tienen en su Reputación un intangible extremadamente vigilado por la propia empresa para evitar cualquier *daño reputacional*

Por todo, en la actualidad podemos decir que el actual modelo americano es el basado en la diligencia aunque siga el modelo vicarial. El modelo de prevención efectiva dentro de la empresa y la cooperación con las autoridades es, en su mayor parte, consecuencia de las “organizational guidelines”.

Como ejemplos muy significativos cito a tres de ellos, que por su relevancia son comentados en todos los manuales que hablan de *Compliance* en Estados Unidos.

- 1- El primero es el caso de la multinacional del sector alimenticio CHIQUITA BRANDS International que fue condenada por llevar a cabo transacciones con grupos terroristas colombianos imponiéndosele el pago de 25 millones de dólares y ello tras ofrecer su plena colaboración y la instauración de un plan de cumplimiento. La empresa dijo que efectuaba los pagos para proteger a sus trabajadores pero la alegación no fue tomada en cuenta y se le condenó por colaboración con el terrorismo, conducta que en Estados Unidos conlleva una importante deshonra.
- 2- Otro de ellos, que ostenta el récord por su mayor pena en multa, es la que se refiere a la petrolera British Petroleum –BP- que reconoció su culpabilidad en once acusaciones de homicidio por imprudencia y

por diversas infracciones de la normativa medioambiental relacionadas con el famoso derrame de petróleo en el golfo de México. Por todo ello fue condenada al pago de 4.000 millones de dólares.

- 3- Por último comentar el caso de la Auditora ANDERSEN cuya nefasta actuación en el caso ENRON -y otras que se supieron posteriormente- no permitió la continuidad de la empresa, ya que ésta tenía como principal activo la confianza que en ella depositaban sus clientes; de este modo el daño reputacional fue de tal envergadura para la entidad que no pudo continuar y se vio obligada a cesar en su actividad.

Asimismo, durante los años ochenta, el Congreso de Estados Unidos, a través de los Programas de Compliance, con vistas a la prevención de la omisión de posibles delitos o de conductas jurídicamente reprochables, incentivaban a las sociedades y corporaciones, por la vía de atenuar la gravedad en la calificación del delito, o incluso, a poder examinar, por parte de la fiscalía el hecho de forma singular con la posibilidad de reducir substancialmente el montante de la multa, siempre y cuando hubieran implementado y practicado un programa de prevención adecuado. Por el contrario, si carecían de un programa efectivo, las multas podían ser aun más elevadas.

El Congreso de EEUU se mostró en desacuerdo con el contenido de las sentencias emanadas de los jueces federales, pues a su parecer, existía una gran disparidad jurisprudencial y se dictaban sentencias condenatorias demasiado indulgentes y dispares. En respuesta a estas disfunciones judiciales, el Congreso creó, a través de la “Sentencing Reform Act” de 1984, la U.S Sentencing Commission (una Comisión para establecer pautas en las sentencias), la que, en 1987, promulgó las “Sentencing

Guidelines” (guías de sentencia) para las personas físicas y, en 1991, lo haría ya para ser aplicadas a las personas jurídicas.

Insisto en lo que dos párrafos mas arriba he explicado, y lo hago casi literalmente puesto que este pragmático cambio del punto de vista y de actitud Administración/ Empresas fue el hito que forzó el cambio de criterio en ambos comportamientos de los actores y que gracias a ello convirtió un enfrentamiento, en el cual ambas partes perdían en una colaboración racional. Estas pautas o guías para dictar sentencia, a través de los programas de “compliance” incentivaban a las sociedades a la prevención y detección de la comisión de posibles delitos, por la vía de atenuar la gravedad o incluso de examinar la pena y singularmente con el ánimo de reducir el montante de la multa, siempre y cuando hubieran implantado un programa de prevención adecuado. Por lo contrario, si carecían de un programa efectivo, las multas podían ser más elevadas.

En la práctica forense, las *sentencing guidelines* tuvieron un efecto muy positivo respecto de los programas de *compliance*, puesto que las empresas comenzaron a desarrollar estos programas con el fin de poder beneficiarse de las posibles reducciones en la condena o incluso llegar a evitar la responsabilidad penal.

En definitiva, no debo obviar, que uno de los principales objetivos de la empresa a la hora de implantar un programa de cumplimiento consiste no sólo en reducir la gravedad de la pena sino, sobretodo, en evitar su procesamiento. Y este argumento, en mi opinión, se erige como el principal motivo por el que muchas sociedades optan por la implantación de estos programas.

Puede decirse que el modelo americano esta basado en la prevención y la diligencia. Este modelo de prevención efectiva y dinámica así como la

cooperación con las autoridades son las claves del procedimiento y la pauta que permite dialogar con la fiscalía..

5.1.1. Implantación de las *Sarbanes-Oxley Act* (Reforma de la contabilidad pública de empresas y de protección al inversionista)

Tras nuevos escándalos desatados en Estados Unidos (por ejemplo: Enron, Tyxo Internacional, WorldCom o Peregrine Systems), en el año 2002 se promulgó la *Sarbanes-Oxley Act* (acta de reforma de la contabilidad pública de empresas y de protección inversionista), también conocida como SOX, SARBOX o SOA; con el objeto de mejorar la protección de los inversores a través del establecimiento de condiciones legales y exigentes en relación con la exactitud y veracidad de la información que divulgan las empresas. En este sentido, la *Sarbanes-Oxley Act* constituye un verdadero punto de inflexión en los programas de Compliance ya que, a partir de ella las exigencias en esta materia se hicieron más estrictas y extensas, tanto en Estados Unidos como luego en Europa.

5.2. El modelo inglés

En un principio puede decirse que el modelo imperante en Inglaterra es la denominada teoría de la identificación, que es una variante del modelo de la transferencia de la responsabilidad . Dicho modelo se caracteriza por la transferencia de la responsabilidad desde el sujeto que realiza la acción a la persona jurídica; por la imposibilidad de excluir la responsabilidad para la empresa aun cuando ésta haya hecho todo lo posible para evitar el ilícito; por la no exigencia de que la intención del agente sea beneficiar a la empresa y por una interpretación estricta del concepto de agente, puesto

que únicamente pueden imputarse a la empresa los hechos delictivos realizados por los dirigentes. Actualmente acoge un sistema de culpabilidad de la empresa y de aceptación de los métodos de “compliance”.

Sin embargo, es necesario señalar que, la aplicación de este nuevo sistema de imputación solo es aplicable cuando no ha sido posible identificar al verdadero agente causante de alguna de las conductas descritas en el tipo penal conocido como *Corporate Manslaughter*, traducido al español como el “homicidio de la corporación”. Por lo tanto, es un modelo dependiente y secundario al tradicional sistema de imputación inglés.

5.3. El modelo francés

El Estado Francés acoge el modelo de atribución según el cual no se fijan criterios propios de imputación de responsabilidad a los entes. Se prescinde un reproche penal directo, dirigido a las personas jurídicas, por cuanto la infracción penal llevada a cabo por las personas físicas en el seno de la empresa se refleja de manera automática en la esfera de responsabilidad de la persona jurídica.

No obstante, parece encaminarse a un modelo de culpabilidad de la empresa. En las Constituciones más evolucionadas, la reprochabilidad penal se asocia al déficit de organización de la empresa. En este contexto, la responsabilidad penal de la persona jurídica deriva de la infracción de deberes o de la toma de decisiones en el ámbito organizativo, que incumben en exclusiva a la empresa; ese déficit en la prevención del delito es el criterio subjetivo de imputación, por cuanto con tal circunstancia se ha habilitado la comisión del delito por la persona física.

5.4. El modelo italiano

El caso italiano es particular. Italia introdujo en 2001 la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones consideradas administrativas, que fuesen dependientes de la perpetración de un delito. Para ello se utilizó como medio el Decreto-Legislativo (nº 231); en ese modelo la responsabilidad de las empresas es administrativa, si bien su dilucidación se establece en el propio proceso penal. Es decir, que las sanciones administrativas son impuestas por la jurisdicción penal. El sistema italiano, por tanto, no prevé una responsabilidad penal propiamente dicha para los entes morales.

Mediante el citado Decreto-legislativo nº 231 de 2001 se introdujo la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delitos cometidos por las personas que ejercen funciones de representación, administración o dirección dentro de la entidad, y por las que ejercen la gestión y el control de la misma, así como por parte de las personas que estén bajo la dirección o supervisión de alguna de las personas mencionadas anteriormente, siempre que dichos delitos se hayan cometido en interés o provecho de la entidad.

Según el señalado Decreto-legislativo si el delito es cometido por las personas que ejercen funciones de representación, administración o dirección dentro de la entidad, las empresas no se considerarán responsables penalmente siempre que:

- 1- El sujeto que cometiere el delito actuare en su exclusivo propio interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica.
- 2- El órgano de gobierno haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión idóneos para prevenir el tipo de delitos que se ha verificado.

- 3- Los sujetos hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de gestión..

5.4.1 Los requisitos mínimos que un programa de prevención debe cumplir son:

- 1- Identificar las actividades en cuyo ámbito pueden cometerse delitos.
- 2- Prever específicos protocolos dirigidos a programar el proceso de toma de decisiones de la empresa en relación con los delitos a prevenir.
- 3- Individualizar los modelos de gestión de los recursos financieros idóneos para impedir la comisión de delitos
- 4- Prever la obligación de informar al organismo encargado de la vigilancia sobre el funcionamiento y la observancia del modelo.

Si el delito es de los cometidos por las personas que estén bajo la dirección o supervisión de las personas que ejercen funciones de representación, administración o dirección, la empresa no responderá si antes de la comisión del delito ha adoptado e implementado eficazmente un modelo de organización, gestión y control interno idóneo para prevenir los delitos de la misma naturaleza que el cometido.

El contenido del sistema penal italiano es un derecho “humano”, destinado -según reafirma su propia Constitución (art. 27)- a ser aplicado a personas "de carne y hueso", estableciendo expresamente que el sistema penal es personal, que los delitos y

las penas son intransferibles y no trasladables y que las penas deben tender a la reeducación del condenado, por tanto se declaró que el sistema penal era imposible para su aplicación a las personas jurídicas.

Los políticos y juristas italianos –maestros en rodear obstáculos-, han vadeado numerosos de ellos definiendo explícitamente como ADMINISTRATIVA la responsabilidad de las personas jurídicas.

En la propia exposición de motivos de la ley, se afirma que esta responsabilidad de las personas jurídicas, si bien deriva de un delito y se vincula a las garantías del proceso penal, diverge en varios puntos del ilícito administrativo.

La consecuencia es que todo este enfoque da lugar a un *tercium genius* que conjuga los trazos básicos del sistema administrativo con las garantías que ofrece el procedimiento penal con el objeto de aglutinar las razones de eficacia preventiva con la máxima seguridad jurídica que ofrecen las normas y el proceso penal.

Resulta esta asunción de “*tercium genius*”, un sistema innovador y original.

Tanto del delito como del ilícito administrativo –más aún el ilícito administrativo que el del delito-, se propone la aplicabilidad de las disposiciones del Código del Proceso Penal “en cuanto sea compatible”

El artículo cinco del citado código dice claramente que “el ente es responsable por los delitos cometidos en su interés o ventaja”. Aquí noción de “interés” se valora *ex- ante* mientras que la

ventaja se valora *ex- post* por los sujetos que tengan funciones de representación, administración, dirección o por sujetos que estén sujetos a su vigilancia. Por el contrario el ente no responde si tales sujetos han actuado en interés exclusivo propio de terceros distintos a la empresa.

Los entes, aclara la ley, no vendrán a responder de cualquier delito sino únicamente de una lista taxativamente enumerada por la ley.

Como define SERGIO SEMINARA los delitos cometidos por los sujetos que están en el “vértice”, se presume una responsabilidad del ente y solamente queda excluida en el supuesto de:

- 1- El órgano dirigente ha adoptado y concretado eficazmente antes de la comisión del hecho modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos de los específicos.
- 2- Se ha cubierto la obligación de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo elaborado y aprobado por la Administración correspondiente y de actualizar el modelo y su control.
- 3- Cuando la persona ha cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de gestión y organización elaborados y aprobados.
- 4- Que no se haya omitido ni se haya vigilado insuficientemente.

En los casos en los que se pruebe la concurrencia de estos requisitos el ente se sustrae a la responsabilidad y tan sólo tiene que asumir a sus expensas, el comiso del provecho.

En definitiva la responsabilidad del ente gira entorno a la “omisión de modelo organizado”.

Por todo ello, los *Compliance Programs* cumplen una función de garantía y una insustituible “función preventiva” sobretodo porque cumplen un estímulo para el ente y sus directivos hacia modelos de comportamiento sobre los riesgos del delito dirigidos a impedir su comisión fijando reglas de conducta ante la posibilidad de la comisión de determinados delitos.

Queda claro que la sociedad no es responsable si antes de la comisión del hecho ha adoptado e implementado un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos cometidos por alguno de los sujetos del “vértice”.

Esta adopción junto con la adopción de las precauciones y habiendo seguido las pautas descritas antes, constituye la exclusión de la punibilidad del ente.

5.4.2. El artículo 6.2 requiere que los modelos de organización y de gestión respondan a las siguientes exigencias tasadas:

- 1- Individualizar la actividad en cuyo ámbito se pueden cometer delitos.
- 2- Proveer un protocolo específico dirigido a programar la activación y las decisiones del ente en relación con los delitos que deben prevenirse.

- 3- Puntualizar modelos de gestión de recursos financieros idóneos para impedir la comisión de los delitos.
- 4- Cumplir con las obligaciones de información del organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo; su actualización permanente, variación y correcciones sobre la estructura organizativa, así como la efectividad de su control.
- 5- Introducir un “sistema disciplinario” interno, idóneo para sancionar el fallido respeto de las medidas indicadas en el modelo.

Para todo ello, se han de crear organismos de vigilancia dentro de la sociedad, dotados con poderes autónomos de iniciativa y control. Solamente quedan exentos de la existencia de estos organismos de vigilancia aquellos pequeños entes que por su dimensión no es necesario ya que el control lo ejercerá necesariamente el órgano de dirección que no ejerza simultáneamente funciones de gestión o de control dentro de la empresa, siendo necesario que en su cometido intervengan personas de dentro y personas de fuera del ente.

La no adopción o la no implementación de estos modelos de organización, no constituyen, por si mismos objeto de sanción; no resulta una obligación o una carga obligatoria para la empresa pero si resulta un hecho que condiciona la exclusión de la responsabilidad en el supuesto de delito cometido por la persona física.

Estos *Compliance Programs* resultan de códigos de conducta redactados por las asociaciones representativas de los entes y

comunicados al Ministerio de Justicia que, de modo conjunto con los otros Ministerios competentes –según la actividad empresarial que ejerzan- pueden formular objeciones y observaciones sobre la idoneidad de los programas de prevención dentro de un plazo de treinta días.

Esta intromisión de la burocracia administrativa causó disgusto y malestar entre las asociaciones empresariales.

5.4.3. Estos programas de *Compliance* consisten en:

- 1- Elaborar un “mapa de riesgo” en el que se individualizan los sectores de dentro de la empresa que se hallen expuestos al riesgo de la comisión de delitos, realizando una descripción de sus modalidades y las claves para su identificación.
- 2- Una especificación de las personas expuestas.
- 3- Proceder a una previsión de las reglas de cautela idóneas para la contención del riesgo.
- 4- Implementar mecanismos de control y constantes intervenciones de tal forma que el modelo de control constituya un instrumento dinámico, idóneo para reconfigurarse miméticamente con el cambio de realidad operativa y organizativa de la persona jurídica.
- 5- Finalmente se insiste en la elaboración de su sistema disciplinario.

La adecuación del compliance debe presentar contenidos distintos en función de que hayan sido adoptados antes o después de la comisión del delito por persona física.

5.4.4. Adopción de los *Compliance Programs ex ante o ex post*

En el caso de adoptarse estos programas antes de producirse el hecho delictivo la finalidad es la eliminación del riesgo

Lo ideal es tener en marcha "ex ant" los planes; implementados, rodados y vivos en cuanto a que se hallen en marcha. en el momento anterior a la comisión del delito o del quebrantamiento de la norma, puesto que ello da a entender inequívocamente la voluntad de la empresa de dirigir la cultura de su empresa hacia la cultura del cumplimiento.

En el caso de que se adopten una vez producido el hecho delictivo, el objetivo será la minimización del daño provocado. Además, los términos para lograr eficacia tendrán que ser más incisivos y disuasorios con el fin de evitar la comisión de delitos por parte de las personas físicas.

Los *Compliance Programs* presentan además un efecto sobre los mandos intermedios y subordinados y conduce a estos a la observancia de las obligaciones de dirección y vigilancia, recordando ello al ilícito imprudente.

El ente está llamado a responder no exclusivamente por el delito cometido por la persona jurídica sino "en relación" con tal delito. Así que su conducta es relevante no solo por el hecho o por la facilitación imprudente sino especialmente por la omisión del deber de la elaboración *ex post* de medidas de cautela, lo cual lleva a la culpabilidad.

La adscripción de un delito ajeno fundado sobre la culpabilidad por defectos de organización pasa a contener la culpa como fundamento de su activación.

Los delitos de cuya comisión se subordina la responsabilidad del ente, serán distintos en función no sólo de la tipología del delito sino también de su naturaleza dolosa o imprudente.

Fundamental y primigeniamente los programas de *Compliance* se dirigían hacia los comportamientos dolosos, habiendo incluido más tarde, los de naturaleza imprudente, con lo cual se empaña la claridad que surgía del primer planteamiento.

Respecto a la responsabilidad del ente por los delitos cometidos por las personas del “vértice”, parece acoger la idea de un manager leal a la empresa en cuanto actúa en su interés y provecho y al mismo tiempo desleal en cuanto ha violado fraudulentamente el modelo de organización de manera consciente, conducta que puede llegar a perjudicar el correcto funcionamiento del ente, exponiéndolo a una sanción y a un posible coste reputacional.

5.5. El modelo alemán

Podemos afirmar que, a día de hoy, en Alemania sigue estando vigente el principio *societas delinquere non potest*. El Código Penal alemán no prevé ningún artículo que extienda la responsabilidad penal a las personas jurídicas, de manera que se considera que las empresas no delinquen³⁹ y que el código penal únicamente puede ser aplicable a las personas físicas.

³⁹ STRATENWERTH, G.: “Derecho Penal, Parte General I, el hecho punible”: Civitas, 2005.

Ahora bien, todo esto no debe confundirse con el contenido del artículo 14 de su Código Penal el cual hace referencia al “actuar en nombre de otro” y en el que se castiga al representante de la persona jurídica que cometa el hecho delictivo pero sin tener las cualidades exigidas por el tipo penal. Según la doctrina alemana, esta figura no implica la responsabilidad penal de las personas jurídicas sino la extensión de la punibilidad a aquellas personas físicas que realizan la acción delictiva, sin poseer las cualidades exigidas por el tipo penal, las cuales solo las posee la persona representada.

En todo caso, en Alemania la criminalidad en el seno de las personas jurídicas se ha castigado a través del Derecho Administrativo. En efecto, la Ley de Contravenciones señala a las personas jurídicas una sanción pecuniaria hasta de un millón de euros, cuando un legítimo representante de la misma cometa un delito o una infracción administrativa mediante la lesión de los deberes de la entidad o habiendo conseguido un enriquecimiento de ésta.

Las empresas no delinquen, solo lo hacen las personas físicas. Toda la criminalidad en el seno de las personas jurídicas se castiga a través del derecho administrativo y las sanciones pueden llegar a ser muy elevadas.

A pesar de lo dicho de manera estricta y concreta, desde la adopción de las *Compliance* -lo cual se produce desde aproximadamente en el 2005-, existe de forma más acuciante en los últimos años una discusión respecto de si la responsabilidad penal continuaría siendo de la persona física que comete el delito, para una vez identificado el delito y su parte penal del incumplimiento se pase a la persona jurídica, o si se hace que la empresa asuma su responsabilidad penal por la falta de diligencia, control, vigilancia no efectiva y colaboración.

Pero ello se produce –expresándolo en términos deportivos- en la segunda vuelta, puesto que continuaría sin existir imputación penal directa para la empresa.

En la legislación alemana cada vez tiene un peso mayor la presencia del derecho penal empresarial, como los temas de incumplimiento de las “compliance”.

Desde 2008 existen dos revistas dedicadas al *Corporate Compliance*, de aparición bimensual y desde 2009 se crea un centro de cumplimiento penal independiente” (“Center for Criminal Compliance”).

Están en marcha y con gran repercusión mediática espectaculares procedimientos contra empresas alemanas y sus órganos de dirección y administración y ya existen algunas sentencias de Tribunales penales con pronunciamientos sobre *Compliance*, lo que está conformando una nueva visión del sistema de la justicia penal en lo referido a las personas jurídicas.

La impresión, a la vista de los últimos escándalos habidos por corruptela, han llevado a la opinión pública -y con ello a los juristas y políticos- a concienciarse de que este estado de corruptelas debe ser atajado y por ello castigado a través de contundentes sanciones penales.

La conclusión ha sido que los esfuerzos normativos han de dirigirse contra la responsabilidad por riesgos.

Se inició el despertar sobre la idea de que la corrupción no es propia de Alemana -o sea que no existía- hasta que en los años 80 se produjo el desmantelamiento de sólidas y poderosas redes de corrupción entre constructoras y empleados de la Consejería de urbanismo de la ciudad de Frankfurt o los casos de corrupción de grandes empresas como la

Deutsche Telecom o la ingeniería mecánica MAN, o la mayor de todos ella, los casos de corrupción persistente y sistemática de Siemens.

Sobre Siemens salió a la luz a existencia de fondos destinados a pagos de sobornos por miles de millones de euros para el pago con el objeto de conseguir contratos, muchos de ellos en el extranjero. A partir de ello se endureció enormemente la legislación anticorrupción, tanto para los que pagan como para los que cobran.

Este aumento y endurecimiento normativo afectaba solamente a los hechos acaecidos dentro de la propia nación, o sea solo la nacional por hechos producidos dentro del ámbito propio.

En este momento la Unión Europea emite el “**Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales**” y en su consecuencia se creó un nuevo tipo penal de cohecho en el tráfico internacional que no protege a los Estados extranjeros en sus negocios con Alemania sino que incluye la competencia internacional global.

Según este nuevo tipo es punible una conducta de un empleado alemán que paga dinero para obtener un contrato público para su empresa con empresas extranjeras.

Muchos estudiosos se preguntan si esta extensión a la globalidad internacional ayudará a controlar la corrupción o si por lo contrario se trata de una norma poco realista que lo único que conseguirá es perder ocasiones de hacer negocios con países extranjeros y que a la larga perjudicará al propio país ya que como consecuencia de ello los empleados alemanes tendrán menos trabajo, al no haber podido cerrar contratos importantes con países extranjeros.

Según unas declaraciones en 2010 el periódico *Handelsblatt* publicó que “normalmente en algunos países como Argelia, Egipto, Nigeria o incluso Rusia, no hay otra forma de proceder” y que sin esos pagos no se consigue absolutamente ningún contrato.

En el caso de Siemens, se descubrió que se habían pagado más de trescientos millones de euros a empleados de la empresa italiana Enel con la finalidad de conseguir dos importantes contratos. Como en aquel momento la legislación penal solo penaba la corrupción producida en territorio nacional estas actuaciones quedaban fuera de la tipología ya que no se relacionaban los comportamientos con la competencia en el ámbito internacional.

También para los administradores de las sociedades ha variado el tipo de responsabilidad por pagos de sobornos en el extranjero. Anteriormente incluso eran deducibles como gasto comercial; actualmente se le aplica el tipo de administración desleal aunque estos hechos no sean “en interés del empresario”.

Ante estas conductas y de forma contraria a lo habitual, hasta los años 90 se analizaba primero a la empresa y luego si cabe a los administradores de la misma.

Se está dando cada vez más importancia a las sanciones a las empresas, si bien aún no son penalmente imputable y por ello no son penalmente sancionables.

La infracción del “**deber de vigilancia**” se considera ya como el hecho de referencia y está destinado a convertirse en “la norma de control del cumplimiento pena en el derecho alemán”.

Estas afirmaciones quedan claras en la sentencia del caso Siemens y las sanciones administrativas complementarias. La fiscalía decretó la imposición de una multa a los miembros del consejo de vigilancia, además se impuso a la propia Siemens una multa de doscientos un millones de euros por corrupción a su división de telecomunicaciones. Curiosamente la multa propia y estrictamente considerada fue de un millón de euros, los otros doscientos millones fueron para la compensación de los beneficios obtenidos por la corrupta operación.

Con ello se constata que al margen de la punibilidad penal indirecta a la que se dirige el derecho alemán, la responsabilidad administrativa funciona para hacer directamente responsable a la empresa.

No debemos dejar de comentar que estas actuaciones en el extranjero pueden ser objeto de condena penal en muchos Estados con lo que puede ser objeto de sanciones penales que se sumaran a las administrativas de su propio país.

En el caso Siemens la investigación fue interna, la realizó la propia empresa. Ésta encargó a un bufete de abogados, los cuales ayudados por la auditora Deloitte, supusieron un coste aproximado de mil millones de euros y una vez completado el trabajo se puso inmediatamente a disposición de las autoridades para su tratamiento penal, siendo los administradores incriminados penalmente, así como los mandos intermedios de la división afectada.

Resulta por ello que existe una transferencia mutua de responsabilidad, en este caso de la empresa al encargado del cumplimiento establecido.

En 2009 se incriminó y fue condenado un jurista que desempeñaba una función en la dirección de los servicios de limpieza de la ciudad de Berlín. El organismo que marcaba el precio de las tasas incrementaba

abusiva e ilegalmente el precio de los mismos y algunos propietarios denunciaron el abuso. Fue condenado por estafa puesto que se argumentó en la sentencia que había cometido una estafa porque aún sabiendo de que se trataba de precios claramente exagerados e injustificados no realizó ninguna actividad, por ello fue acusado por un delito por la omisión de su deber de “in vigilando” puesto que en su calidad de director del departamento jurídico de la auditoría interna no atendió la *Compliance* que le obligaba a intervenir en este clase se actuaciones y como el *Compliance Officer* resultaba el garante del cumplimiento de la normativa que le obligaba a prevenir y evitar hechos delictivos en el marco de una actividad empresarial cometidos por miembros de la misma.

Por ello el *Compliance Officer* se convierte en el garante del cumplimiento ante la empresa, aunque existe una corriente de pensamiento que indica que la obligación es solo ante la empresa y no frente al exterior de la misma ni ante la Administración. Carecen de poderes ejecutivos decisorios frente a la empresa más allá de las posibles sanciones que los manuales de *Compliance* les conceda y es la empresa la que tiene que tomar las decisiones ante la Administración y la justicia; lo que suele hacer de común acuerdo con la Fiscalía con la que trabaja cooperando, intentando con ello llegar a acuerdos en cuanto a las cuantías económicas a pagar.

En Alemania existe una corriente de opinión técnica que cree y trabaja para que sea introducido como delito estos incumplimientos normativos que deban llevar aparejada una sanción pena, en especial estos comportamientos dentro del ámbito empresarial, con imputación por responsabilidad directa, tanto de la empresa como de su Consejo de Administración. Ello se debe al deseo de cohesionarlo con la mayor parte

de las jurisdicciones penales europeas y porque agilizaría mucho la aplicación del Derecho penal empresaria. Aunque si bien es cierto que la mayor parte de legislaciones europeas van en este sentido, la Unión Europea no se ha pronunciado y ni siquiera ha recomendado este camino.

Otro motivo de peso es la enorme variación que tal cambio significaría, en las leyes penales, sus tipificaciones y su sistema punitivo: en la especialización de juzgados y de sus funcionarios y en el sistema de averiguación, la probática por parte de la Administración entre otro tipo de problemas. Como señala Lothar Kuhlen, ante algún tipo de acuerdos que tolera la ley pueden no ser tenidos en cuenta esos acuerdos o trueque empresas-Estado llegando a quedar al margen o no algunos empleados implicados de forma distinta de los acuerdos acordados en la colaboración Empresa/Estado.

5.6. El modelo australiano

Siguiendo el sistema anglosajón, gran parte de su legislación se basa en la teoría de la identificación. Sin embargo, el actual Código Criminal Australiano, modificado en el año 2001, y que establece las líneas generales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴⁰, acoge el modelo de culpabilidad de la empresa. Ahora bien, este sistema de imputación en particular posee características que lo hacen no sólo inconfundible⁴¹ sino además lo erigen como guía para reformas en el actual transcurso de otras legislaciones, sin distinguir si se trata de países con tradición anglosajona o bien, continental.

⁴⁰ STRATENWERTH, G.: "Derecho Penal, Parte General I, el hecho punible". Civitas, 2005. buscar

⁴¹ DONALSON, Megan; WATTERS, Rupert: "Corporate Culture, as a basis for the criminal liability of corporations" Australia, Febrero 2008. (En línea)

En primer lugar, el modelo australiano de culpabilidad de la empresa admite subcategorías, según dónde se localice el incumplimiento de la empresa. El más típico es el que ubica la culpabilidad en un “defecto de organización”. Y es aquí donde el modelo australiano se diferencia de otros, utilizando un nuevo criterio: **en el ordenamiento australiano, la culpabilidad de la empresa se basa en la cultura corporativa y no en un defecto organizacional**. La moderna *Criminal Code Act* distingue entre la actuación dolosa o culposa y definido esto contempla si la empresa ha permitido o autorizado estas actuaciones al individuo.

Definiendo su código la cultura corporativa como: “*una actitud, política, tipo de conducta o práctica generalizada dentro de la corporación o en una parte de la misma en la que tienen lugar una actividad importante*”.

La clave del modelo australiano reside en distinguir el tipo de delito según su *fault element* (el elemento subjetivo del tipo penal), es decir: el dolo o la culpa, según corresponda.

El modelo de imputación variará según se trate de uno u otro *fault element*.

Como bien explica NIETO MARTÍN: “En el tipo doloso, el agente no desaparece pese a la interrupción de la culpabilidad de la empresa. Se trata de un sistema de imputación en dos fases. En la primera es necesario demostrar cómo el tipo penal –physical element- ha sido realizado por un agente de la organización, cualquiera sea su categoría, dentro de sus competencias. En la segunda, es preciso que este hecho

haya sido expresa, tácita o implícitamente autorizado o permitido. Es aquí donde aparece la culpabilidad de empresa”⁴².

En síntesis, lo más novedoso de este cuerpo legal (“Criminal Code Act”), es que pone su acento no sólo en el sistema de imputación respecto de la persona jurídica, sino que atiende además al tipo de responsabilidad penal de las personas jurídicas según los delitos que ésta cometa, dependiendo si son dolosos o culposos. Además de lo anterior, posee otra característica innovadora, ya que contempla un sistema de imputación bifásico, que parte de una base más objetiva, para luego trasladarse a una propia de la rama de “Culpabilidad de la Empresa”.

A diferencia de la generalidad de los modelos que se inclinan por esta rama, el ordenamiento jurídico australiano fundamenta la culpabilidad de la empresa no en una deficiencia de organización, sino en **una mala cultura corporativa**. Para llevar esto a la práctica se vale de términos definidos legislativamente que, sólo a primera vista, parecen subjetivos.

6. Análisis crítico al modelo español.

En pocos días de aprobará en el Congreso una gran reforma del Código Penal. Desconozco en este momento qué y cómo se aprobará; por tanto lo que sigue a continuación es fruto de lo que hay hasta ahora –desde 2011- y de los debates parlamentarios habidos pero sin la garantía de cómo acabará concretada la norma definitiva.

Desde la entrada en vigor del artículo 31 bis del Código Penal se puede dilucidar que el legislador español intentó la construcción de un modelo mixto que mezcla características de los modelos de transferencia de la

⁴² NIETO MARTÍN, Adán.: “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa” Polít. Crim, 2008.

responsabilidad o responsabilidad por atribución o vicarial y el de culpa de la empresa o responsabilidad originaria o propia.

En concreto, el artículo 31 bis 1 consagra expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas, partiendo de la premisa, que *las personas jurídicas serán responsables por los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho*. En primer lugar, destaca que el hecho delictivo debe ser cometido por una persona física, que representa o administra a la persona jurídica actuando en nombre o por cuenta de la misma y en su provecho. Es decir, las personas físicas que dirijan a la persona jurídica, deberán actuar dentro de su ámbito de competencia; cuestión que para GÓMEZ-JARA obliga a tener en cuenta los casos de extralimitación en la representación de la persona jurídica. De ahí que para este autor, la forma en que debe entenderse acreditada la actuación en representación de la persona jurídica supone necesariamente que se tenga por implementada una política empresarial determinada⁴³. Asimismo, la persona física a cargo debe actuar en provecho de la persona jurídica, lo cual no excluye que también aquel provecho le beneficie. Evidentemente si la persona natural solo busca su propio beneficio o el de terceros no podrá generar responsabilidad penal para la persona jurídica.

Desde luego que estos tres requisitos descritos, que deben concurrir simultáneamente, pertenecen al sistema de responsabilidad vicarial, el cual traspaasa directamente la responsabilidad del agente a la persona jurídica, es decir no hay una responsabilidad penal directa de la persona jurídica, ya que no se le reconoce un hecho propio.

⁴³ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos.: "Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Editorial B de F, 2010.

A continuación en el mismo apartado se establece que las personas jurídicas también serán penalmente responsables por aquellas infracciones propiciadas por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas encargadas (representantes y administradores), han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. En concreto, este párrafo pretende dar cabida a la responsabilidad por culpa, ya que a primera vista, se permitiría imputar la responsabilidad penal por no haber ejercido un debido control, esto es, no respetar el deber de cuidado debido, en atención a las responsabilidades y la actividad de la empresa en cuestión, considerando las circunstancias del caso concreto. Por lo tanto, la ausencia de mecanismos de control adecuados podría determinar, la imputación del hecho a la persona jurídica.

En este punto cabe poner de relieve las críticas que se han llevado a cabo con referencia al ambiguo concepto de *debido control*. Se exige así que se delimite con mejor criterio el concepto y contenido de quebrantamiento del debido control. En este sentido, se encuentra en tramitación parlamentaria, el ya mencionado Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, y una de sus finalidades es, precisamente, delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. De este modo se trata de poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica. Además ahora se prevé 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”.

Por otro lado, se pone de relieve que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está establecida directamente, esto es, se imputará con independencia de la responsabilidad penal de las personas físicas comprometidas. Lo anterior quiere decir que si no se logra acreditar la responsabilidad penal de la persona física responsable, no se excluye por ello la responsabilidad penal de la persona jurídica. La crítica que aparece de inmediato se centra en que, siendo la persona física aquella que debe cometer el ilícito para que se atribuya posteriormente la responsabilidad al ente moral, ¿cómo es posible lograr la imputación de la persona jurídica, sin la determinación del agente, que para efectos probatorios sería determinante? La respuesta está en la teoría de la identificación, que permite realizar la transferencia de la responsabilidad bajo la lógica de que la persona física, aun no estando identificada, pertenece al ente moral, no siendo necesaria la identificación exacta del agente, y así se desprende del artículo 31 bis 2.

La afirmación de que el legislador español habría consagrado un modelo de imputación de responsabilidad penal mixto, se fundamenta también en el artículo 31 bis 4 que establece expresamente circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, que se centran en la actuar posterior de los representantes legales. Bajo esta lógica, el representante legal, no solo tiene la opción de probar que ejerció el debido control, y que por lo tanto la persona jurídica carece de responsabilidad penal, sino que también, aun no pudiendo comprobar su diligencia, puede lograr atenuar la responsabilidad que le cabe, con ciertos comportamientos post delictivos que apuntan a la genuina cultura corporativa de la empresa. Lo anterior, deja entrever que el legislador quiso introducir el elemento subjetivo a fin de permitir que la persona jurídica tenga la opción de atenuar o eximirse de responsabilidad,

permitiendo así la autorregulación⁴⁴, cuestión que bajo la sola lógica del modelo vicarial no tiene cabida.

Respecto a esta última cuestión, llama la atención que no se prevé en el texto legal alguna eximente que articule una exclusión de responsabilidad de las personas jurídicas y ello es inexplicable. Cabe destacar que en los precedentes de derecho comparado se prevén cláusulas de exención de responsabilidad, si la persona jurídica dispone de un sistema de prevención organizativo adecuado y colabora con las autoridades *ex post*.

En relación a este aspecto, hay que destacar que tal y como sucede con el anterior supuesto, el mencionado Proyecto de Reforma también prevé, por lo visto, una causa de exención en su texto. Así, se dispone en el proyecto que ejercer el debido control sobre los administradores y representantes legales de la empresa, así como sobre sus trabajadores o subordinados, supondrá excluir la responsabilidad penal corporativa, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- 1- Que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, y previamente a la comisión del delito, un modelo de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, es decir, que haya implementado un manual de cumplimiento normativo;
- 2- Se supervise el funcionamiento y cumplimiento a través de un órgano de la persona jurídica con poder de control y autonomía suficiente;

⁴⁴ MARTÍNEZ PARDO, Vicente José: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". Revista Internacional de Práctica Jurídica. Nº 26, año 2011"

- 3- No exista una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control encomendadas al órgano anteriormente mencionado; y
- 4- Que los autores individuales del delito hayan eludido fraudulentamente los controles impuestos por la persona jurídica.

Por tanto, disponer de un Manual de cumplimiento normativo es esencial para excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, si el Manual de cumplimiento normativo se adopta *ex post* a la comisión del hecho delictivo de referencia, establecer este tipo de controles será beneficioso a efectos de atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica que se trate, pero no podrá excluirla y se intuye que deberá ser más estricto y ajustado que si se hubiera implementado *ex ante*.

Es evidente que el legislador pretende consolidar y reforzar la actual regulación vigente, por lo que disponer de un Manual de cumplimiento normativo eficaz y bien diseñado va a ser un elemento clave para evitar o atenuar eventuales responsabilidades penales.

En resumen, podemos señalar que, a primera vista, el modelo instaurado por el legislador español parece lograr la perfecta armonía entre el modelo de imputación vicarial y el modelo por culpa, erigiéndose como un modelo mixto por excelencia, que parte de la heterorresponsabilidad penal empresarial por el hecho ajeno, donde la conducta de la persona física adquiere una importancia inicial, y se encamina hacia la autorresponsabilidad penal, esto es, al hecho propio de la persona jurídica. Sin embargo las críticas no se han hecho esperar, y aun cuando la necesidad político criminal demandaba con urgencia la regulación pormenorizada de la responsabilidad penal, los resultados no dejan conformes a todos, sobre todo cuando del

análisis del artículo 31 bis se desprende, esencialmente, un modelo de imputación de responsabilidad penal por el hecho ajeno.

Por ello, precisamente, la razón de que próximamente se modifique el artículo 31 bis del Código Penal a través del Proyecto de Reforma del Código Penal. Ya que las dudas de la regulación actual son excesivas y de ahí todas las críticas.

En análisis detallado del artículo 31 bis, preliminarmente permite afirmar que cuando el legislador habla de no haber ejercido el debido control sobre quienes han cometido hechos ilícitos, está refiriéndose a la culpabilidad por defecto de organización. No obstante, se ha sostenido que el legislador español ha adoptado en gran medida el modelo anglosajón del alter-ego doctrine, es decir, se considera que ciertas personas físicas al interior de la entidad son el alter ego de la persona jurídica, por lo que sus comportamientos son los de aquélla, como lo afirma GÓMEZ-JARA, “al constituir los directivos el alter ego de la persona jurídica, cuando éstos omiten sus deberes de supervisión, la legislación española considera que, de alguna forma, ésta los ha omitido.”, mediante esta ficción se estaría fundamentando la actuación propia de la persona jurídica. Sin embargo, otra parte de la doctrina se adhiere a las consideraciones efectuadas por el Consejo General del Poder Judicial en el Informe de Febrero de 2009, en relación al, en ese momento, Anteproyecto de Ley Orgánica, que afirma que se estaría vulnerando el principio de responsabilidad subjetiva ya que el defecto de organización no se exige de parte de la persona jurídica, sino del actuar negligente de una persona física con capacidad decisoria, por lo tanto no se construye la culpabilidad como un criterio que permitiría identificar una conducta negligente de la propia persona jurídica, y en consecuencia no hay una estructura defectuosa de funcionamiento, sino solo una falta de cuidado de la persona física a cargo.

Bajo esta lógica, la falta de debido control también implicaría una transferencia de culpabilidad de la persona física a la persona jurídica.

Las consideraciones anteriores, están dejándose sentir por parte de la doctrina española, que poco a poco va desglosando la modificación introducida por el legislador español. Autores como ROBLES PLANAS, afirman que la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español, bajo la redacción del artículo 31 bis, vulneraría el principio de culpabilidad por tratarse de una imputación de hechos ajenos. Sin embargo GÓMEZ-JARA afirma, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español logra afianzarse bajo la lógica de la responsabilidad por el hecho propio, gracias a dos aspectos jurídicos-positivos presentes en la regulación, a saber: la expresa referencia que hace el artículo 31.3 del Código Penal, respecto de que la responsabilidad penal de la persona jurídica es legalmente autónoma de la responsabilidad penal que le cabe a las persona físicas involucradas, es decir para el autor, el legislador español se hace cargo y está consciente de la irresponsabilidad organizada y por ello establece expresamente que aun no teniendo conocimiento del agente o no pudiendo someterlo a proceso, es posible imputar penalmente al ente moral. El segundo aspecto dice relación con que el legislador ha decidido imponer penas graves de acuerdo a lo establecido en el artículo 33, que en concordancia con el artículo 5 del Código Penal, el cual expresa que “no hay pena sin dolo o imprudencia”, dejan entrever que resulta imprescindible probar la culpabilidad de la propia persona jurídica. Ahora bien, lo anterior permite concluir según lo planteado por GÓMEZ-JARA, que el legislador español logra aparentemente sortear el tránsito de la heterorresponsabilidad hacia la autorresponsabilidad. No obstante, lo anterior supone por parte de la justicia española, una interpretación garantista y razonable de la ley, lo cual no siempre se da, sobre

todo cuando de la interpretación literal de ésta, lleva a concluir que, como se afirmó con anterioridad, la falta de cuidado en los deberes de vigilancia que desencadenan en la comisión de un hecho delictual, provienen de la persona física a cargo y no producto de un defecto organizacional de la persona jurídica.

Naturalmente deberá pasar tiempo para ver qué es lo que ocurrirá con las críticas doctrinales, la práctica jurisprudencial y las interpretaciones de ley, junto a la esperadísima reforma que se encuentra en el Senado.

Solo así se dilucidará si finalmente la modificación del artículo 31 bis consagra categóricamente la culpabilidad por medio del defecto de organización de la persona jurídica, construyendo un modelo de imputación mixto propiamente tal.

El legislador español ha elegido el sistema cercano o tendente al modelo norteamericano, el cual -como hemos señalado-, supone una verdadera revolución pero es de difícil realización porque el procedimiento no encaja con las experiencias y ventajas del sistema elegido⁴⁵.

¿Cómo un ente inmaterial puede ser procesado penalmente, con unas leyes procesales que solo contemplan el procedimiento de personas físicas y con penas fundamentalmente privativas de la libertad que resultan inverosímiles a la hora de aplicarlas a una persona moral?

También surgen otras preguntas, ¿Quién representa a la empresa? ¿Es obligatoria la representación facultativa?

⁴⁵ Desde hace algunos años, algunas decisiones marco de la Unión Europea apuntan hacia las personas jurídicas como sujetos con capacidad de sufrir sanciones penales por actividades como el tráfico de drogas, la contaminación por buques, ataques contra el sistema informático, etc.

Si bien es cierto que en la Ley de medidas de agilización procesal, una serie de artículos se modificaron para facilitar el enjuiciamiento de las personas jurídicas.

El modelo americano se fundamenta en la existencia previa de los *Compliance Programs* por los que si la persona jurídica ha mostrado diligencia a la hora de evitar el delito, ha colaborado con las autoridades y ha respondido al daño causado, entre otros requisitos, puede evitar ser enjuiciada penalmente.

Nuestro sistema procesal no confiere tal poder a la negociación a las partes. El principio básico español del principio de legalidad supone el enjuiciamiento inmediato de la persona jurídica.

Para agilizar y solucionar los asuntos, así como para dar satisfacción a todas las partes y agilizar, evitando años y años de tramitación, debería darse al Fiscal⁴⁶ ⁴⁷la oportunidad de que pudiera ofrecer un acuerdo de sobreseimiento sometido a condición –un “deffered prosecution agreement”- donde la persona jurídica se compromete a un plazo fijado para cumplir la pena de multa, reparar el daño e indemnizar a los perjudicados.

En Estados Unidos más del noventa por ciento de las causas penales que afectan a personas jurídicas no alcanzan la fase del juicio oral. ¿Por qué ocurre esto? ¿Por qué además de a las personas jurídicas tampoco al Estado le interesa que se llegue a esa fase?

El proceso penal tiene como función además de la aplicación básica del *ius puniendi*, la reparación de la víctima y la rehabilitación del reo.

⁴⁶ En Estados Unidos los Fiscales proseen unas guías o directrices con los criterios para decidir sobre la procedencia o no del enjuiciamiento de una persona jurídica.

⁴⁷ Se conocen como “Prosecutorial Guidelines”, estos criterios vienen recogidos en el título del “United States Attorney Manual”, establecidos por el Ministerio de Justicia.

Según el sistema norteamericano todas estas cuestiones pueden ser satisfechas por adelantado, con anterioridad del juicio oral, a través de acuerdos por los cuales las personas jurídicas cumplan la sanción, la reparación y la rehabilitación se produce por un cambio de la manera de actuar, todo ello a cambio de no enjuiciar a la empresa. No existe un interés por parte del Estado de que se produzca un enjuiciamiento y una condena de la empresa.

En cuanto a la reparación, la persona jurídica deberá reparar el daño causado. Si esta reparación se produce con rapidez, resulta mucho más beneficioso para la víctima, cumpliéndose de mejor forma la tutela judicial efectiva. De otra forma debería esperar el juicio tras un largo proceso, además de las resoluciones tras dos instancias.

El Estado no está preparado, ni en medios ni en funcionarios, para desplegar una investigación a una gran empresa multinacional, como la investigación del caso Avon que costó más de cien millones de dólares o el del caso Siemens⁴⁸ que se desarrolló en treinta y cuatro países.

Resulta más práctico, rápido y económico –por ello más eficiente- que sea la propia empresa la que realice la investigación y luego entregue a la Administración los resultados.

Se está entrando a una privatización de la investigación penal. Naturalmente para que la empresa se vea incentivada deberá recibir una compensación y esta es la de evitar llegar a juicio oral.

⁴⁸ Siemens pagó 1,6 billones de dólares, siendo la multa más elevada de la historia de la corrupción mundial. Fue necesario entrevistar a más de 1.700 trabajadores y contratar a 300 abogados.

Las empresas -especialmente las de gran volumen- pretenden, a toda costa, llegar a evitar ser estigmatizadas por el “perjuicio del procesamiento”⁴⁹ o la “pena de banquillo”.

El daño reputacional puede llegar a ser muy costoso, al punto de causar un daño irreparable, a presente y a futuro.

En el sistema español, guiado por el principio de legalidad, la persona jurídica se ve abocada al estigma, puesto que el Código Penal no establece eximente alguna y es necesario esperar al juicio oral -que puede tardar años- hasta demostrar la responsabilidad penal, atenuada o no de la empresa.

Sería conveniente establecer unos criterios a través de los cuales el acusado fundamentase su decisión de solicitar o no la apertura del juicio oral. Estos registros previamente definidos serían una garantía para limitar la discrecionalidad, además de otorgar la seguridad jurídica, imprescindible en todo proceso jurisdiccional, especialmente en el penal.

Uno de los elementos clave para valorar en el programa de compliance, es que la ausencia de juicio oral no implica que no existan consecuencias por la conducta de las personas jurídicas. Se podrá acordar con la empresa un sobreseimiento libre o un sobreseimiento sometido a condición.

Esta posibilidad de alcanzar acuerdos para evitar el enjuiciamiento está contemplada desde hace muchos años en Estados Unidos y se realiza bajo el nombre de “acuerdo de enjuiciamiento aplazado” (*deffered prosecutions agreements*).

En España ya ha habido algún acercamiento, de momento infructuoso, de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal en este sentido.

⁴⁹ La jurisprudencia española se ha referido al derecho al honor de las personas jurídicas en diversas sentencias. Por ejemplo la STC 183/1995 de 11 de diciembre o la STC 139/1995 de 26 de septiembre.

Los *programas de Compliance*, de momento en España, no gozan de predicamento y prácticamente carecen de efecto. No aparecen en el Ordenamiento material ni en el procesal y sólo pueden ser identificados dentro de los atenuantes del art. 31 bis del Código Penal como “medidas eficaces para prevenir el delito” y más adelante dentro de “la comunicación del delito” y “la colaboración con las autoridades”.

Tampoco el Ministerio Fiscal lo nombra apenas en su Circular 1/2011.

Capítulo XII: EL SISTEMA IDÓNEO

1. Introducción

En primer lugar quiero exponer que no existe un sistema idóneo único, ya que, si lo que se busca es la eficiencia, solo puede haber variedad de sistemas, de enfoques, de maneras -aunque semejantes, y con objetivos cada vez más cercanos.

Depende de la forma en que cada país tenga organizado su sistema legal, de si pretenden seguir con la ortodoxia latina-germánica según la cual los entes –no persona física- no pueden delinquir. Depende del sentido que cada legislación le dé a los conceptos jurídicos de garante, de administrador de alto cargo, de dolo, de imprudencia, de control sólo interno del país o si se quiere expandir su ámbito de actuación y control, etc.

Dependerá también del encaje posible en cada una de las legislaciones y de las experiencias -sobre todo respecto a corrupción- de cada país, así como de la repercusión que ello haya causado en la opinión pública del mismo o de terceros países-, que naturalmente influirá en las medidas que el país de referencia deba tomar.

Antes de proceder al estudio del modelo que, a mi parecer sería el idóneo y dicho lo anterior, para incorporarlo en nuestra legislación quiero recordar que, atendiendo a la doctrina y al derecho comparado, existen tres grandes modelos⁵⁰:

1.1 El vicarial o de transferencia de responsabilidad: consiste en transferir a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha actuado.

⁵⁰ NIETO M., Adán: “La responsabilidad de las personas jurídicas: Un modelo legislativo”. Madrid, Iustel, 2008.

1. 2. El de la culpabilidad de empresa, que, a diferencia del anterior, busca los fundamentos de la responsabilidad en factores que tienen que ver con la propia empresa y a ser posible, de forma directa.

1.3. El mixto conjuga factores de ambos: parte de la transferencia de responsabilidad, como criterio de imputación, para a continuación elegir y graduar la sanción atendido a la culpabilidad de empresa. Y que, a nuestro parecer, sería el más adecuado.

2. Composición del sistema idóneo.

Pues bien, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que a mi juicio, se acerca al que creemos sería idóneo, estaría basado en las siguientes ideas generales:

2.1. La persona jurídica ha de ser responsable por la comisión de un hecho delictivo realizado por cualquier persona física que actúe por su cuenta y en su representación cuando no ha implementado o no lo ha hecho de manera eficaz un Código de prevención con el fin de prevenir ese tipo de delitos. En cambio, no debe existir responsabilidad penal si la persona jurídica cuenta con un Código de prevención que sea eficaz o bien debe servir como atenuante.

Por tanto, la culpa por déficit de autorregulación es el criterio principal para establecer la responsabilidad de la persona jurídica. La culpabilidad radica en la falta de un Código de prevención o la ineficacia del mismo. A sensu contrario, si la persona jurídica dispone de un Código eficaz en materia de prevención e investigación o descubrimiento del tipo de delito cometido, ésta no debe ser sancionada.

Si las medidas de prevención han sido implementadas ex ante de la comisión del delito y se han seguido los protocolos de actualización y vigilancia, todo ello debe ser tenido en cuenta para la exoneración del ente.

Si las medidas son implementadas ex post o la comisión del delito y ésta son serias, firmes y pueden cumplir los objetivos de vigilancia, ello debe servir como atenuante, incluso como atenuación muy cualificada a la hora de aplicarse la punibilidad correspondiente.

De lo que se trataría es de exigir de las empresas que lleven a cabo una cierta función pública y que se autorregulen colaborando así con el Estado en la tarea de controlar riesgos, evitar delitos, proteger a los accionistas, etc. Y es, precisamente, en los supuestos en que no se cumple con dicha “función pública” cuando tiene lugar la responsabilidad penal.

El modelo estadounidense, que a mi entender, es el que se acerca más a nuestro modelo ideal, también asienta la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema de organización de la empresa. Se considera que si la empresa ha adoptado controles eficaces para prevenir los delitos ex ante y colabora ex post en aras al descubrimiento del autor individual del delito, podrá aspirar a una exención de la pena.

Éste fija el modelo de la responsabilidad penal a partir del cumplimiento o incumplimiento de los programas organizativos, esto es de los códigos de gestión y de organización. Se trata de proyectar la cultura ética de “buen gobierno corporativo” al derecho penal, bajo la lógica de la necesidad de gestionar y controlar los riesgos de manera eficaz en contextos organizados.

Con la aplicación, en tantos países, después de tantos años de aplicación de programas de *Compliance* y de que éstos han pasado a formar parte de la sistemática del funcionamiento habitual de las empresas, el mero trabajador, al ser contratado, firma entre otros documentos el conocimiento y la aceptación de los reglamentos internos de la empresa, su adhesión y su compromiso de cumplimiento así como la aceptación de que su incumplimiento es motivo de despido y/o pérdida de privilegio como son los bonos de comida, las ayuda al colegio de los hijos, los bonos anuales, etc.

Es tal la rigurosidad que, por ejemplo, a aquellos trabajadores que gozan del uso de vehículos de empresa se les exige no solo el cumplimiento de las normas de circulación sin multas, sino que además se les exige un plus en su comportamiento, donde, por ejemplo, entra el hecho de usar o no los intermitentes en cuando está circulando o la obligatoriedad de que el vehículo quede encajado exactamente dentro de los límites de la plaza que se le facilita, sin tocar las rayas ni invadir la plaza vecina, etc.

Cada infracción cometida lleva aparejada una sanción de la propia empresa; la pérdida de la plaza o el alejamiento de la misma de la puerta de acceso al lugar de trabajo, incluso pueden llegar a retirar el vehículo de empresa en el caso de haber repetición de actividades o reincidencias. El hecho de llevar el vehículo sucio entra también en las evaluaciones que realiza la empresa.

Hay que tener en cuenta que no son vehículos logotipados y que por tanto resultan anónimos pero la empresa interpreta que el cuidado en el conducir, así como el cumplimiento de los códigos públicos y de los reglamentos privados indica estar dentro de la cultura de cumplimiento.

2.2. La responsabilidad individual y la colectiva han de ir entrelazadas, de tal manera que la responsabilidad de la persona jurídica requiere:

- 1- La comisión de la acción que constituye un delito realizada por un agente de la empresa.
- 2- Exige que dicho agente actúe dentro de sus funciones, o por encargo de la empresa.
- 3- Que actúe con la intención de beneficiar a la empresa.

Sin la concurrencia de esos tres requisitos, no se dará origen a la responsabilidad.

Asimismo, a la hora de imponer el tipo de sanción o agravantes, en su caso, así como para tener conocimiento de la gravedad del defecto de autorregulación es necesario conocer la posición jerárquica que ocupaba la persona física en la sociedad. Cuanto más importante sea el puesto ocupado más gravemente debería ser sancionado.

Así ocurre en las directrices norteamericanas en las cuales cuando la infracción se comete por una “persona de alto nivel” la pena a imponer se agrava notablemente, presumiéndose además la culpabilidad de la empresa.

E incluso podría darse un paso más allá, exigiéndose que para que tenga lugar la responsabilidad penal de la persona jurídica fuere necesario que la persona física ocupara un determinado rango jerárquico dentro de la entidad. De esta manera, sólo cuando el delito en cuestión fuere cometido por una persona de alto nivel en el funcionamiento de la empresa pudiere ser responsabilizada penalmente la persona jurídica.

2.3. Los Códigos de prevención y de cumplimiento deberían instaurarse por las personas jurídicas, de acuerdo con su tamaño y nivel de organización, cumpliendo con unas condiciones mínimas. Y dichas condiciones básicas o de mínimos deberían concretarse por el legislador para no provocar indefensión.

En líneas generales, los códigos deberían señalar los principios generales de actuación de los empleados y directivos para prevenir los delitos; establecer un sistema disciplinario que sancione las conductas contrarias al código; concretar la persona u órgano responsable de la implantación y correcto cumplimiento del Código (es el llamado *Officer Compliance*); etc. Por tanto, es evidente que debe imperar la autorregulación, en el sentido que las empresas deben generar sus protocolos preventivos conforme a su dimensión y sector de actividad, sin perjuicio de cumplir con las condiciones mínimas impuestas por el legislador.

De tal forma las sanciones que reglamentariamente se acuerden deberán ser lo suficientemente altas como para que en caso de acusación delictiva a la persona jurídica, el juez tenga claro que eran sanciones para cubrir el expediente sino que eran importantes para que los trabajadores apreciaran la importancia que la empresa le otorga con la intención de que se cumplan.

Hay que recordar que como ya se ha dicho anteriormente cuando en Estados Unidos aparece la idea de autorregulación ligada a la de buen gobierno organizativo, en realidad se impulsa una cultura jurídica que va más allá de los códigos deontológicos;, es lo que se ha venido en denominar la **autorregulación coaccionada**. Tras la idea de autorregulación en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, se establecen dos exigencias jurídicas:

2.3.1 La empresa debe **autoevaluarse** permanentemente con el objeto de generar patrones organizativos preventivos para la evitación de la comisión de infracciones penales en el seno corporativo;

2.3.2 En caso de haberse verificado la infracción penal en el seno o bajo la cobertura de la persona jurídica es mejor la **cooperación con la Administración** y/o las autoridades judiciales que la estrategia de la ocultación⁵¹.

2.4 La multa como sentencia o consecuencia de una actuación delictiva debería ser considerada la sanción principal impuesta a las personas jurídicas ya que la complejidad y los costes de otras medidas que podrían imponerse como por ejemplo la supervisión judicial hacen que la multa sea la sanción idónea para llegar a aplicar la autorregulación. El razonamiento se encuentra en que siendo el objetivo principal de toda empresa la consecución del mayor beneficio posible, si se le amenaza con una pérdida económica se organizará de la forma más eficiente posible para que la amenaza no se haga realidad.

A salvo siempre, para los casos más graves, la aplicación de la sanción consistente en la disolución de la sociedad en cuestión.

Para determinar la multa a imponer y que ésta se ajuste a la gravedad de la infracción y a la capacidad de pago, se deberían tener en cuenta un doble elemento:

- 1- El **patrimonio de la empresa**, el cual haría referencia a su capacidad de pago,

⁵¹ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "Comentarios a la reforma penal de 2010". Tirant lo Blanch. Valencia, 2010

- 2- La **gravedad de la infracción** llevada a cabo.
- 3- También debería tenerse en cuenta el **puesto que ocupaba el infractor** en la empresa. Puesto que a mayor nivel jerárquico, mayor debería ser la pena, y ello porque la culpabilidad de la empresa también sería mayor.

En todo caso lo óptimo sería procurar al juez un amplio abanico de sanciones para que sea él quien decida, atendiendo a las características de cada persona jurídica y a cada caso concreto, qué sanción se adapta mejor para la consecución del fin perseguido.

2.5. Nuestro modelo ideal se estructura en torno a una pieza básica y fundamental, esto es, la **existencia de un Código o modelo de prevención** y cumplimiento, siempre que se implante de una manera correcta y eficaz para cumplir con el fin de evitar que la persona jurídica pueda ser utilizada para la comisión de delitos.

Por ello conviene desarrollar la forma en que podría implantarse el Código de cumplimiento y prevención para que resulte eficaz y, de esta manera, la persona jurídica pueda resultar exenta de responsabilidad penal en el caso de cometerse un acto delictivo en su seno. También conviene centrarse en su puesta en marcha y correcto funcionamiento

Así, en primer lugar cabe señalar que para la correcta implantación del Código o modelo de prevención por parte de las personas jurídicas sería importante tomar en consideración los siguientes aspectos:

- 1- El Código o modelo de prevención debe definirse de forma personalizada para cada empresa.

- 2- Este Código o modelo debe, por tanto, contemplar las especificidades del negocio de la persona jurídica: sector de la actividad, modelo de negocio, etc.
- 3- Las áreas de la empresa dónde pueden producirse los posibles riesgos penales, por lo que es fundamental una visión completa de la organización para la puesta en marcha del modelo.
- 4- Analizar el entorno de la empresa –sus proveedores y clientes, delegados, colaboradores, asesorías, así como trabajos externalizados.
- 5- Debe existir un código disciplinario.

2.6 Implantación del modelo de prevención.

El proceso de implantación de un modelo de prevención de riesgos penales conllevaría la ejecución de las siguientes fases⁵²:

FASE 1:

- Identificación de riesgos penales que pueden afectar a la persona jurídica.
- Priorización de riesgos.

FASE 2:

- Identificación de procesos donde pueden residir los riesgos.

⁵² NIETO MARTÍN, A. “Manual de cumplimiento penal en la empresa”. Tirant lo Blanch, 2015.

- Análisis de los mecanismos internos de control y de defensa ante los riesgos identificados.

FASE 3:

- Identificación de gaps y plan de acción para implantar controles y mitigar riesgos

FASE 4:

- Identifica los riesgos que puedan existir por el incumplimiento por parte de colaboradores externos y trabajos externalizados que puedan llegar a repercutir en la empresa

3. Establecimiento del manual de “corporate defense” (manual de prevención de riesgos penales)

3.1 Fase 1: La identificación y priorización de riesgos penales

El objetivo principal de la primera fase es la identificación de los riesgos penales que puedan tener mayor presencia en la empresa. Para ello, se debe tener en cuenta el tipo de negocio y los riesgos relacionados con la propia actividad que se lleva a cabo en la empresa (modelo de negocio). Asimismo, debe tenerse en consideración los riesgos penales que se derivan de las actuaciones de las personas con capacidad de decisión en nombre de la empresa.

Los riesgos penales a los que está potencialmente expuesta una persona jurídica son:

- 1- **Riesgos penales propios** del tipo de negocio de la sociedad
- 2- **Riesgos penales comunes** a cualquier tipo de persona jurídica, delitos tipificados en el Código Penal que pueden

afectar a cualquier empresa, sin diferenciación por el sector de la actividad en el que actúa.

Para la identificación de los riesgos que pueden afectar a una persona jurídica, se deberán analizar:

- a) Los riesgos relacionados con la actividad asignada a cada una de las áreas, departamentos, procesos, divisiones, sucursales,... que conformen la sociedad o grupo de sociedades objeto del modelo.
- b) Las políticas internas existentes y su adecuación a aquellos aspectos relacionados con posibles conductas delictivas a la normativa legal vigente.
- c) Los riesgos de las empresas externas que no proporcionan tecnología, productos, modelos, etc. Será útil transcurrir un tiempo trabajando con empresas que posean departamentos de Compliance o algún gabinete que certifique su cumplimiento.
- d) Los ámbitos relacionados con las personas con capacidad de decisión, es decir, personas que ocupen un alto puesto en la jerarquía de la empresa para así poder detectar los posibles riesgos legales relacionados con actuaciones de extralimitación de facultades.

Para la identificación de los riesgos penales que pueden afectar a la empresa debe tenerse en cuenta el Código Penal - el cual tipifica los delitos en los que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos-⁵³ y la Ley de enjuiciamiento criminal así como todas las leyes que puedan

⁵³ En las páginas 65-67 del presente trabajo encontramos la relación de los delitos en los que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos.

afectar, desde el punto de vista del cumplimiento legal, al desarrollo empresarial; como son las leyes sobre personal y contratación, las normas y los reglamentos que afectan a la misma actividad -como “manipulación de alimentos” o normas de protección industrial o normas de circulación si la empresa posee vehículos-.

En todo caso, es necesario que el equipo responsable de la identificación de los riesgos penales, que deberá ser liderado por un *Compliance Officer* o Responsable de Cumplimiento Normativo, disponga tanto de conocimientos en el ámbito jurídico, como conocimientos del negocio de la sociedad.

Por otro lado, una vez identificados los riesgos penales que pueden afectar a la sociedad es necesario llevar a cabo una priorización de los mismos.

La priorización de los riesgos penales tiene por objeto detectar aquellos delitos que pueden tener una mayor incidencia en la sociedad y de este modo actuar sobre ellos. La priorización de los riesgos se presenta gráficamente en un denominado Mapa de Riesgos Penales de la sociedad⁵⁴. Éste deberá contemplar una escala de valores que permitan clasificar los riesgos de acuerdo a su criticidad.

3.1.1. Evaluación previa

Así, para una correcta priorización de los riesgos penales es necesaria una evaluación previa de los mismos mediante la utilización de unas escalas de ponderación homogéneas. Para ello se deberían tomar como variables para su valoración la

⁵⁴ Los Mapas de Riesgos Penales son herramientas que permiten identificar el riesgo penal que puede afectar a una sociedad.

Probabilidad de Ocurrencia y el Impacto en la organización de dichos riesgos.

1- **Probabilidad de ocurrencia:** Hace referencia a la frecuencia con que se puede materializar un riesgo penal.

2- **Impacto:** El impacto del riesgo se medirá según la severidad de afectación causada por el riesgo penal en el momento de materializarse.

3- Escalas de ponderación de riesgos:



Al definir las escalas de ponderación que se van a utilizar para la valoración de los Riesgos Penales de la sociedad se deberán tener en cuenta las siguientes consideraciones⁵⁵:

- a) Utilización de escalas homogéneas para la ponderación de todos los riesgos penales identificados: la misma escala de probabilidad y la misma escala de impacto para el conjunto de riesgos penales a valorar.
- b) Definición de un número de tramos óptimo en cada una de las escalas de ponderación.

⁵⁵ CASANOVAS, Alain. "Control de riesgos legales en la empresa", Grupo Difusión, 2008.

Para la definición de cada uno de los tramos posibles en cada escala, se pueden utilizar tanto criterios cualitativos como cuantitativos que permitan de la mejor manera posible una objetividad en la ponderación presente y futura de los riesgos penales.

3.2. Fase 2. Identificación de procesos donde pueden residir los riesgos y análisis de los mecanismos internos de control

La segunda fase para la implantación del modelo de prevención consiste en la identificación de los procesos que se llevan a cabo en la sociedad (proceso de contabilidad, procesos de contratación, proceso de distribución, procesos de gestión de recursos humanos, etc) para poder descubrir y estudiar donde pueden producirse los posibles riesgos penales.

Con ello se pretende descubrir los eventuales riesgos penales a los que está expuesta la sociedad en los diferentes procesos que se llevan a cabo en la misma y, además, poder evaluar si los mecanismos internos de control ya existentes son adecuados para poder repeler los posibles riesgos penales que puedan producirse.

La identificación de los procesos en que pueden producirse riesgos penales se puede llevar a cabo a través del análisis de:

- 1- Las actividades que se realizan en los distintos departamentos de la sociedad
- 2- Las políticas y los manuales de actuación que estén establecidos en la empresa.

Asimismo, para la identificación de los procesos se requerirá:

3- Realizar entrevistas con los responsables y el personal de cada uno de los departamentos o procesos de la sociedad.

4- El estudio de los manuales de actuación en los procedimientos.

Una vez identificados los distintos procesos que se llevan a cabo en la empresa se procederá a su representación gráfica mediante el Mapa de Procesos de la organización⁵⁶. Dicho mapa debe contrastarse con los diferentes responsables de la sociedad para cerciorarse de que éste es completo e incluye todas las actividades que se realizan en la sociedad.

Asimismo, se deberán identificar los eventuales riesgos penales que pueden manifestarse en cada uno de los procesos.

A continuación, una vez identificados los procesos y diseñado el Mapa de Procesos de la sociedad, se estudiarán los mecanismos internos de control y respuesta establecidos en la empresa para repeler los riesgos penales.

Deberá averiguarse la adecuación de los manuales de actuación, de los sistemas de control y supervisión de procesos y demás medidas de control interno de la sociedad ya existentes, y en caso negativo, mejorarlos. Así como averiguar sobre la necesidad de la implantación de aquellos otros controles adicionales que se consideren necesarios para mitigar los riesgos penales que pudieran producirse y para asegurar la correcta eficacia del Modelo de Prevención de Riesgos Penales, cuando los mecanismos de control ya existentes no cubrieran adecuadamente los riesgos penales o no dispusieran de un control que los cubra.

⁵⁶ Los Mapas de Procesos son una representación gráfica en la que se visualiza el conjunto de procesos que existen en una sociedad.

3.3. Fase 3: Identificación de gaps (lagunas o brechas) y plan de acción para implantar controles y mitigar riesgos

La tercera fase tiene por objeto la evaluación de los controles existentes en la sociedad, destinados a eliminar o mitigar los riesgos penales identificados y así poder identificar los gaps susceptibles de mejora.

Cada riesgo penal identificado debe tener asociado el control/es necesarios que permitan a la empresa minimizar el riesgo.

A través de entrevistas con los distintos responsables de cada área, departamento o proceso donde se hayan identificado riesgos penales, se debe extraer una relación de todos los controles que haya implantados en la sociedad y que permitan eliminar o mitigar los riesgos.

A partir de los gaps identificados en relación al control que hay de los riesgos asociados al negocio de la sociedad se deberán establecer Planes de Acción en los que se identificarán medidas únicamente relativas al control interno de la organización y medidas que serán estrictamente legales en función de la tipología de los riesgos identificados.

Y así, en cuanto a la revisión de los controles existentes, el proceso a seguir sería:

- a) Identificación de los controles
- b) Evaluación de la eficacia de los controles
- c) Establecimiento de planes para la mejora de los controles

4.3.1 Identificación de los controles: En este paso se deben tener en cuenta todos los controles existentes en la sociedad. Se debe realizar un inventario de controles lo más completo y exhaustivo

posible para que la sociedad pueda establecer eficazmente todas las medidas necesarias para la prevención de riesgos penales.

A modo de ejemplo, se pueden señalar los siguientes controles:

RIESGO PENAL	CONTROL/ ACCIÓN MITIGANTE
Delitos contra la integridad/ Acoso laboral	Comité Ético de Buenas Prácticas
Descubrimiento y revelación de secretos	Manual de LOPD distribuido a todos los empleados via correo electrónico y sesión informativa sobre la materia
Calumnias e injurias	Código de buena conducta
Insolvencias punibles	Auditoría anual de las cuentas de la sociedad
Delito de daños informáticos	Protocolo que no permite a ningún usuario ser administrador de sus propio PC
Corrupciones provocadas	Control financiero de los fondos con partidas poco claras
Corrupciones inducidas o soportadas	Control de las ventas, reiteración y verificación patrimonial de las facturas de ventas

3.3.2 Evaluación de la eficacia de los controles: El objetivo de la revisión de los controles es analizar la eficacia de los mismos sobre los riesgos penales identificados.

La revisión se realiza sobre aquellos controles que se considere que han sido adecuadamente diseñados para

prevenir la manifestación de un riesgo penal. El resto de controles identificados, en el caso de que no se considere que cubren eficazmente el riesgo, deberían llevar asociados un plan de acción para su mejora. Y es entonces cuando se procederá a revisar su eficacia.

Para realizar la revisión de los controles en relación a su eficacia, se deben utilizar técnicas propias de auditoría.

3.3.3 Establecimiento de planes para la mejora de los controles: Tras la evaluación de los controles existentes, se debería disponer de la información necesaria para determinar si los controles funcionan o no adecuadamente.

En caso de que los resultados obtenidos mostraran que existen debilidades en algunos controles, la sociedad debería:

- a) Mejorar los controles ya existentes que muestran debilidades en la mitigación del riesgo penal para el cual están establecidos.
- b) Implantar nuevos controles asociados a riesgos penales que no están convenientemente cubiertos por los controles actuales o que no disponen de un control que los cubra.

3.4.4 Los Planes de Acción deben determinar, de forma detallada, los próximos pasos que la empresa deberá seguir para:

- 1) La mejora de los controles existentes.

- 2) La implantación de nuevos controles asociados a riesgos penales en los que no existen controles.
- 3) Permitir a la organización ubicarse en un entorno de confort en cuanto al riesgo que se estime oportuno asumir.

En cada Plan de Acción que se configure de debe hacer constar, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) El riesgo penal derivado del Código Penal y de las leyes penales concordantes que potencialmente puede producirse en la empresa y para la mitigación del cual es necesario el seguimiento del Plan de Acción que se define.
- b) La debilidad detectada en la organización en relación a los mecanismos de control establecidos para mitigar el riesgo penal de que se trate.
- c) La recomendación de mejora para la mitigación de posible consecuencia asociada al riesgo penal que pueda producirse.
- d) La persona responsable que va a estar al frente de la puesta en marcha de la acción, o el departamento encargado de la misma.
- e) El plazo previsto para la implantación de la acción definida.

En cuanto a la **implantación del Plan de Acción**, cabe señalar que para su correcta implantación y consecución de sus objetivos, **se debe realizar un seguimiento continuado** del avance de las actuaciones que deben llevar a cabo.

Asimismo, se requiere una comunicación continua entre el responsable de la implantación del modelo de prevención y los distintos responsables encargados de cada uno de los Planes de Acción impuestos, así como una revisión periódica de los planes de acción establecidos.

De esta manera, en caso de detectar desviaciones a la hora de llevar a cabo los distintos planes de acción, se pueda actuar de manera rápida y efectiva para corregir dicha desviación, demostrando así la buena diligencia de la empresa y, además, pueda considerarse adecuada su actuación a efectos de que el modelo de prevención pueda ser calificado como atenuante o eximente de responsabilidad.

3.4.5. Establecimiento de un sistema de sanciones ante el incumplimiento del plan de acción:

- 1- Multas, a tener en cuenta el tipo, la reincidencia, la gravedad, la responsabilidad que puede acarrear para la persona jurídica tanto en su faceta representarial como en su imagen.
- 2- Sanciones, teniendo en cuenta lo anterior
- 3- Cese del puesto de trabajo, temporal o definitivo

4- Traslado de centro de trabajo-Dpto, grupo, etc.-

5- Despido

4- Elaboración del Manual de Corporate Defense o Programas de Cumplimiento Penal

El modelo de prevención de riesgos penales que establezca la sociedad debería documentarse mediante el Manual de **Corporate Defense**.

Este Manual deberá recoger tanto los principios generales y las políticas de la sociedad ante los posibles riesgos penales, como los responsables de su aplicación y las actividades de control y supervisión para su correcta y efectiva aplicación. El Manual de Cumplimiento Penal se define el modo de actuación de la sociedad para mitigar los riesgos penales y establece, entre otros aspectos, quienes son los responsables de cada plan de acción, quienes son los responsables de cada departamento, ... relacionado con la materia de prevención de los riesgos penales, los reputacionales así como las funciones del personal afectado etc.

Para la elaboración del mencionado Manual es ineludible la participación de todos los miembros de la empresa que formen parte del equipo de implantación del modelo de prevención de riesgos penales, incluyéndose, entre otros, el Departamento Jurídico, el de Cumplimiento Normativo y el de Auditoría Interna.

En cuanto al contenido del Manual de *Corporate Defense*, cabe señalar que éste debe contener como mínimo los siguientes puntos:

- 1- La definición de los objetivos perseguidos por el Manual así como la normativa aplicable.
- 2- Indicación de la/s sociedades que están sujetas al cumplimiento del Manual de *Corporate Defense*.

- 3- El procedimiento de evaluación de los riesgos establecidos por la sociedad con indicación de las escalas de valoración empleadas.
- 4- La indicación de la periodicidad necesaria para realizar las supervisiones del modelo asegurando así su correcto funcionamiento, así como las actualizaciones necesarias para implantar mejoras.
- 5- Definir los Órganos de Control, su composición y las responsabilidades. Dichos órganos proporcionan el adecuado soporte para que el modelo pueda operar de manera efectiva y asegurar su correcta ejecución, revisión, supervisión y actualización.
- 6- Especificar el modo de informar y difundir el Manual entre todos los trabajadores de la sociedad ya que es fundamental todos conozcan la normativa aplicable.
- 7- Establecer vías de denuncia en caso de que un miembro de la sociedad detecte un incumplimiento del modelo para así asegurar el correcto cumplimiento de dicho Modelo. Sería importante que se asegurara el anonimato del denunciante, pues en caso contrario éste podría no llegar a denunciar el incumplimiento por temor a represalias laborales.
- 8- Definir los Órganos encargados de establecer y aprobar las actualizaciones del Modelo que fueren necesarias así como los encargados de realizar su comunicación al personal de la empresa. Cabe la posibilidad de que el Modelo deba ser actualizado tras las revisiones

periódicas que se realicen sobre el Modelo, como resultado de cambios en la organización o actividad de la sociedad, así como por cambios en la normativa legal aplicable.

9- Establecer el baremo de sanciones y quién o qué órgano lo impondrá.

10- Medidas a tomar cuando son empresas proveedoras o subcontratas las que cometen infracciones que pueden llegar a afectarnos.

Una vez analizado el Modelo de prevención de riesgos penales paso ahora al estudio del **Modelo de respuesta en la gestión de riesgos**, el cual se encuentra dentro del propio Modelo de prevención. Y al igual que en éste, no existe un único modelo de respuesta que se adapte a cualquier persona jurídica sino que debe diseñarse teniendo en cuenta las características de la empresa en cuestión.

Debe tenerse en cuenta que internacionalmente está aceptado que todo modelo de prevención consta de tres partes que han de ir íntimamente interrelacionadas: **prevención, detección y respuesta**. Cualquier modelo de prevención penal sin algunos de estos tres componentes no podría ser eficaz, pues todos son necesarios para establecer un sistema de prevención y control completo.

5- El Modelo de Respuesta

El Modelo de Respuesta tiene como finalidad la correcta formación de la voluntad de la empresa respecto de las acciones a emprender ante una situación de riesgo penal, de forma que garantice la defensa de sus intereses teniendo en consideración la normativa legal y su situación procesal.

En cuanto a la estructura organizativa, debemos distinguir⁵⁷:

- 1- El canal ético.
- 2- El sistema de gestión de denuncias
- 3- El órgano de respuesta, instrucción y resolución

5.1. El canal ético

La finalidad del canal ético consiste en que los órganos de dirección de la persona jurídica dispongan lo antes posible de cualquier información con respecto a la posible comisión de delitos o de situaciones de riesgo.

El canal ético es la estructura organizativa que aporta la información necesaria sobre la posible comisión de un delito o materialización de un riesgo, y a partir de la cual la persona jurídica puede tomar una decisión y ejecutarla con el fin de dar respuesta a esa posible comisión o materialización. Es decir, es un sistema de canalización de la información hacia los organismos adecuados.

Esta información puede provenir de todos los ámbitos de la empresa, pero también de fuera de ella.

Ahora bien, es conveniente diferenciar la organización del canal ético y la posterior organización de la gestión de denuncias, respuesta, etc. puesto que cada uno de estos elementos forma parte de un todo.

Así, el *canal ético* es el sistema de canalización de la información hacia los organismos adecuados, y una vez llegada la información a los mismos comenzará el sistema de gestión de denuncias para posteriormente dar lugar a la instrucción de un expediente y, por último, a la respuesta propiamente dicha.

⁵⁷ NIETO MARTÍN, A. "Manual de cumplimiento penal en la empresa". Tirant lo Blanch, 2015.

5.1.1 Los principios que deben caracterizar al canal ético:

- 1- Sencillez para el comunicante
- 2- Diversidad de vías
- 3- Divulgación máxima
- 4- Fiabilidad de la información
- 5- Confidencialidad y/o anonimato

Voy a hacer referencia a cada uno de ellos:

- 1- Sencillez para el comunicante: Lo fundamental en esta cuestión es facilitarle al comunicante o denunciante la tarea a la hora de informar a la empresa de cualquier información relativa a la posibilidad de comisión de delitos o de materialización de riesgos. Por ello, el canal de comunicación debe ser único en cuanto a que se pueda comunicar cualquier cuestión a través de él, independientemente de que haya diversas formas de hacerlo. Y además sin establecer requisitos muy exigentes de admisión. Así, el trabajador es el que decidirá cuál es la vía que es más eficaz para su propósito, sin importar la temática de la cuestión o tenga o no relación con riesgos penales, y sin tener que preocuparse por cumplir con requisitos demasiado exigentes para su admisión.
- 2- Diversidad de vías: El empleado debe tener diversas posibilidades, de forma que se le facilite la comunicación. A continuación nos referiremos a diferentes opciones de vías de comunicación, que se

pueden dar de forma simultánea, debiendo ser la empresa la que determine cuáles utiliza según sus circunstancias, empleados, estructura, etc. Así:

El canal de mando, es el canal tradicional y tiene las virtudes de la práctica y de la automática valoración por el canal jerárquico de la información dada, a través del conocimiento que se tiene del comunicante o denunciante y de sus circunstancias. Ahora bien, esto hacer depender de la integridad de los componentes de la cadena de mando la integridad de la información, y por eso no puede ser el único canal, pero debe mantenerse para los casos en que sí es útil. Además es el canal más usado y conocido por los empleados.

En caso que el comunicante o denunciante no reciba la preceptiva respuesta de sus directivos o superiores o éstos no hayan obrado en consecuencia, podrá intentarlo por otra de las vías establecidas.

Otra de las vías más utilizadas es **la dirección de correo electrónico**, aunque tiene el inconveniente de que en el caso de que se quiera realizar una comunicación o denuncia anónima algunos trabajadores no sepan obtener una dirección electrónica anónima y tener la seguridad de que no son identificables. Por tanto, esta vía será válida para aquellas empresas que establezcan un canal ético que no permita comunicaciones o denuncias anónimas. Por otro lado, la presente vía es extensible a proveedores y clientes, e incluso al público en general.

Por su parte, **la página web** es una opción muy recomendable en aquellas empresas con un alto ratio de ordenadores por trabajador. Aunque es aplicable a cualquier empresa siempre que se pueda tener acceso a la misma desde ordenadores externos a la empresa. También es extensible a proveedores y clientes.

El apartado de correos es una de las vías más tradicionales y fáciles de utilizar puesto que cualquier trabajador, independientemente de su grado de cultura, puede emplearla. Facilita el envío de documentos aunque son muy complicadas las comunicaciones posteriores con el comunicante o denunciante. Puede extenderse a proveedores y clientes, así como al público en general.

- 3- Divulgación máxima: Cualesquiera que sean las vías, medios y organización escogidos, la empresa debe permitir que cualquier trabajador de la misma pueda conocerlo y utilizarlo si lo estimare conveniente. Dependerá de este factor también la credibilidad que se le otorgue posteriormente al modelo de prevención, en caso de que se produzca la comisión de un delito y quiera hacerse valer la eficacia del Modelo de prevención como causa de exención de responsabilidad penal.
- 4- Fiabilidad de la información: Es uno de los puntos más problemáticos. La fiabilidad se puede obtener conjugando dos aspectos:

La forma de obtener la información

El análisis de la información y la respuesta a dar
(aspecto que examinaremos más adelante)

En cuanto a la **forma de obtener la información**, lo importante es tener o adquirir el máximo de información posible, lo cual permitirá, posteriormente, estudiar la coherencia de la misma y la veracidad de los datos. Se deberá intentar mantener el contacto con el comunicante o denunciante (si no es anónimo) de manera que se puedan concretar o aclarar puntos no claros, o realizar preguntas para tener un mayor conocimiento de los hechos denunciados.

5- Confidencialidad y/o anonimato: Este factor es importantísimo porque determina la forma de diseñar el canal ético.

La confidencialidad garantiza al comunicante o denunciante que su identidad e información será tratada confidencialmente y que no tendrá ningún tipo de represalias por su comunicación o denuncia, pero no admitiría las denuncias anónimas. Mientras que el canal anónimo reúne las mismas condiciones pero admitiendo las comunicaciones o denuncias anónimas, garantizando así al trabajador su anonimato. Dependiendo de la opción escogida hay que tener en cuenta las siguientes cuestiones:

1- *Protección de datos*: La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha puesto de relieve en numerosas ocasiones sus objeciones a las

denuncias anónimas⁵⁸. Por lo que es una cuestión de importancia a tener en cuenta a la hora de valorar y decidir entre el canal anónimo y el confidencial.

2- *Número e importancia de las comunicaciones o denuncias*: Generalmente, la percepción de los trabajadores respecto a la confidencialidad de sus comunicaciones o denuncias en relación a irregularidades suele ser de desconfianza hacia la empresa y la garantía de confidencialidad. Por este motivo, los sistemas anónimos tienen un mayor número de denuncias y las mismas son relativas a cuestiones más trascendentes o de mayor gravedad. Así, el escoger entre una y otra opción tiene una gran importancia puesto que si se elige la opción del anonimato se está transmitiendo la decisión de la empresa de demostrar su empeño de conocer y tomar medidas frente a cualquier riesgo de incumplimiento penal.

3- Responsabilidades del denunciante: Esta cuestión también es de suma importancia ya que uno de los problemas que puede acarrear el anonimato es el uso del canal ético por cuestiones personales, animadversión, odio, rencillas, ánimo de venganza... Por ello, las comunicaciones o

⁵⁸ Así, en la Guía de la protección de datos en las relaciones laborales de 2009 a la que más adelante nos referiremos.

denuncias anónimas solo suelen dar lugar a una posterior investigación cuando de la información detallada, de su coherencia y demás circunstancias se deduzca que existe una alta probabilidad de que la información comunicada sea cierta. Sin embargo, se debe ir con sumo cuidado a la hora de determinar qué informaciones cumplen con los criterios señaladas y cuáles no, puesto que podrían quedarse sin investigar hechos que finalmente sí dan lugar a eventuales riesgos o hechos delictivos.

En todo caso, la comunicación o denuncia falsa realizada con dolo será investigada y sus responsables responderán ante los tribunales, si es el caso, o bien se tomarán las medidas disciplinarias que se consideren pertinentes.

Finalmente, señalar que el sistema debe facilitar un justificante al empleado que ha realizado la comunicación o denuncia, y ello es importante en los casos en los que se permitan las denuncias anónimas. La finalidad de este justificante es dotar al comunicante o denunciante de una prueba de su acción que pueda utilizar en el futuro en su defensa en caso de que en la empresa pueda existir alguna represalia, o bien en caso de que se vea obligado por las circunstancias a permitir la irregularidad, o para mantener su

puesto de trabajo. Asimismo es importante para darle la posibilidad de que aporte más información, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento, así como para realizar posteriores contactos.

5.2 El sistema de gestión de denuncias

El sistema de gestión de denuncias es la estructura organizativa creada con la finalidad de recibir las comunicaciones o denuncias, registrarlas, clasificarlas y difundirlas a quien corresponda según el diseño establecido en el modelo de respuesta.

Tiene dos objetivos:

- 1- El cumplimiento de la normativa de protección de datos y el respeto de los derechos de las personas
- 2- La eficacia en la gestión de la información proporcionada por los denunciante

Es importante señalar que el sistema gestiona todas las irregularidades posibles, tuvieran o no relación con riesgos penales. Posteriormente ya se realiza una clasificación de las denuncias o comunicaciones.

Asimismo hay que destacar que el sistema debe recoger la información relativa a irregularidades que pudiera llegar a la empresa a través no solo del canal ético, sino a través de cualquier vía. Y a continuación pasarán al órgano de respuesta encargado de desarrollar el procedimiento que garantice la respuesta adecuada.

La finalidad del sistema de gestión de denuncias es la recepción de las comunicaciones, su registro, su clasificación y su difusión a quien corresponda, según el diseño establecido en el modelo de respuesta, de

tal forma que dicha información pueda ser útil en el proceso de análisis y toma de decisiones, así como en la evaluación que pueda realizarse sobre la eficacia del modelo de prevención bien por el tribunal correspondiente o bien en el ámbito de una revisión o informe pericial.

5.2.1 Registro y almacenamiento de la información, y teniendo en cuenta la “*Guía de la protección de datos en las relaciones laborales*” elaborada por la Agencia Española de Protección de Datos publicada en el año 2009, debemos destacar que:

- a) Los denunciantes y denunciados deben conocer la existencia del sistema de gestión de denuncias y del tratamiento de los datos, finalidad y consecuencias del mismo.
- b) La cesión de datos a una tercera compañía que investigue los hechos debe ser conocida previamente, o bien comunicarse a los interesados.
- c) Los hechos denunciados deben afectar a la relación entre la empresa y el denunciado, y deben ser infracciones de normas legales o internas.
- d) Se debe establecer mecanismos que acepten únicamente las denuncias con denunciante conocido, no siendo adecuado el sistema de denuncias anónimas.
- e) La identidad del denunciante debe quedar a salvo y no es necesario comunicarla al denunciado. Ahora bien, conviene que conozca la existencia de la

información en el menor tiempo posible para que pueda defender sus intereses.

- f) Hay que establecer medidas que garanticen la seguridad y confidencialidad de la información.
- g) La información se conservará el tiempo imprescindible para la investigación.
- h) Estos ficheros deben ser comunicados al Registro General de Protección de Datos.

5.2.2 Procedimiento de registro y almacenamiento, se deben tener en cuenta las siguientes exigencias:

1- Debe existir un registro de las denuncias realizadas y de las respuestas dadas: El problema que se plantea en este caso es el de determinar el tiempo que se debe guardar la información relativa a procedimientos que ya han sido finalizados y de los que no se ha deducido nada, y de aquellos otros en los que se hayan tomado medidas contra determinadas personas.

2- Se debe poder consultar si alguna de las personas o hechos que aparezcan en las denuncias pertenece a un procedimiento ya abierto en la actualidad: La finalidad de ellos es no duplicar esfuerzos y no someter los mismos comportamientos o personas a repetidas investigaciones.

3- Se debe poder demostrar a un tribunal o tercero debidamente autorizado la eficacia del modelo de prevención penal: Se trata de una cuestión problemática debido a que la cancelación de la información relativa a los casos ya estudiados podría impedir la defensa de la empresa, al no poder demostrar la eficacia de su modelo de prevención penal en denuncias o comunicaciones anteriores relativas a riesgos penales. Es necesario buscar una solución que consista bien en documentar estos expedientes sin datos personales, o bien notarialmente.

Por otra parte, en relación a la clasificación y difusión de las denuncias, ya hemos señalado que la clasificación de las denuncias en función de su naturaleza y su posterior difusión al órgano encargado de su análisis se debe realizar en el modelo de respuesta, dentro del modelo de prevención penal. Y ello para asegurar que ninguna denuncia con trascendencia penal pueda salir del sistema sin intervención del modelo de prevención penal.

Este órgano debe cumplir una serie de condiciones para que la clasificación sea eficaz. En primer lugar, no puede ser unipersonal, ya que las denuncias deben ser recibidas por más de una persona para evitar que, por motivaciones exclusivamente personales, se dejen de tramitar.

Ante un órgano colegiado el riesgo de que ocurra esa situación es inmensamente inferior que si se tratara de un órgano unipersonal.

Asimismo este órgano debe ser multidisciplinar, en el que exista conocimiento jurídico, además de que sus componentes deben responder también a las distintas materias para las que el canal ético haya sido diseñado. Igualmente se permite el asesoramiento externo.

Respecto al procedimiento de clasificación, cada persona jurídica atendiendo a sus características de organización, estructura, tamaño, etc debe diseñar el procedimiento que le sea más conveniente.

5.2.3 La comunicación. Hay que distinguir entre la que se produzca con denunciante, denunciado y testigos-:

La comunicación con el denunciante es de suma importancia, y no sólo para que pueda concretar o aclarar puntos determinados o realizarle preguntas para tener un mayor conocimiento de los hechos denunciados, sino también para que el denunciante pueda tener conocimiento de los efectos de su denuncia y no se pueda encontrar en una situación de incertidumbre, desconcierto o inseguridad. Así se evita que la falta de

información la interprete como inacción por parte de la empresa.

Así en la comunicación con el denunciante, considerando que hay contacto o posibilidad de contactar con él por haber sido la denuncia confidencial o anónima respectivamente, se pueden adoptar las siguientes medidas:

- a) Justificante o acuse de recibo y procedimiento para mantenerse en contacto.
- b) Comunicación de la admisión o no por el órgano de clasificación.
- c) Establecimiento de un plazo mínimo en el que, si no hay novedades, al menos se confirme al comunicante que el procedimiento sigue en marcha.
- d) Comunicación de la finalización del caso, concretando la resolución adoptada.

En la comunicación con el denunciado y testigos, cabe señalar que debido a que en la denuncia puede contener datos personales relativos a otras personas pertenecientes a la empresa, es necesario preservar sus derechos y dar cumplimiento a la normativa sobre protección de datos. Estas personas pueden ser tanto el denunciado, como otros implicados, así los testigos.

5.2.4 De acuerdo con la Agencia Española de Protección de Datos⁵⁹, la persona acusada en el informe del denunciante deberá ser informada tan pronto como sea posible después de que los datos relativos a ella hayan sido registrados. En concreto **deberá ser informado de:**

- a) La entidad responsable del programa de denuncia de irregularidades.
- b) Los hechos de los que se le acusa
- c) Los departamentos y servicios que podrían recibir el informe dentro de su propia sociedad o en otras entidades o sociedades del grupo del que forma parte su sociedad
- d) Cómo ejercer sus derechos de acceso y rectificación

Ahora bien, en caso de que exista riesgo importante de que dicha notificación pondría en peligro la capacidad de la sociedad para investigar eficazmente la alegación o para recopilar las pruebas necesarias, la notificación a la persona denunciada podría retrasarse mientras persistiera dicho riesgo. El objetivo en este caso es la preservación de las pruebas evitando su destrucción o alteración por la persona denunciada o terceros. Sin embargo, debe tenerse presente que esta posibilidad de retrasar la

⁵⁹ Informe Jurídico de la AEPD 128/2007

notificación tiene carácter excepcional, por lo que el órgano responsable debe ser el que valore caso por caso cuándo debe retrasarse la notificación. En todo caso, este retraso no puede sobrepasar el término de tres meses, conforme a la Ley Orgánica 15/1999.

5.3 El órgano de respuesta, instrucción y resolución

El órgano de respuesta es el encargado de la correcta formación de la voluntad de la empresa respecto a las acciones a emprender ante una situación de riesgo penal, de forma que garantice la defensa de sus intereses teniendo en cuenta la normativa legal y su situación procesal.

En este sentido, ante un posible riesgo penal, la empresa debe tomar decisiones que garanticen la defensa de sus intereses, teniendo en cuenta la normativa legal. Sus objetivos son:

- 1- Que la respuesta sea expresión de la voluntad de la empresa
- 2- Que cumpla con la legalidad vigente y respete los derechos individuales
- 3- Que mejore la situación procesal de la empresa
- 4- Que cumpla la función de prevención de delitos
- 5- Que el proceso quede documentado
- 6- Separación entre la instrucción y la decisión

La estructura organizativa que cumpla con estos objetivos dependerá de la importancia que se otorgue a cada uno de ellos en relación a los demás, y especialmente de la estructura de la empresa, su estructura de gobierno corporativo, tamaño, etc.

Así pues, la estructura del órgano de respuesta se compone principalmente del canal ético, que puede ser gestionado por el órgano de instrucción; del sistema de gestión de denuncias, que en la práctica puede formar parte del canal ético; del órgano de clasificación de las denuncias, que viene a coincidir con el órgano de instrucción; y, por último, del órgano de decisión.

5.3.1 Por tanto, en la estructura de respuesta existen dos **órganos principales**:

1. el órgano de instrucción
2. el órgano de decisión.

En todo caso, cabe recordar que este diseño de estructura es sólo una opción puesto que es la empresa la que decidirá finalmente la estructura que se adapte mejor a sus necesidades. Más adelante nos referiremos con más detalle a la estructura.

6- El órgano de instrucción

La principal función del órgano de instrucción es proporcionar al órgano de decisión de la persona jurídica la información fiable que le permita tomar las decisiones acordes a la ley más convenientes para la sociedad. Por ello su principal misión es la instrucción de un expediente en cada caso aportando el máximo de información fiable en un tiempo determinado.

Otras funciones que puede ejercer son la gestión del canal ético, clasificación de la información recibida y dirección del sistema de gestión de denuncias. Y ello porque al instruir los asuntos que llegan al sistema de gestión de denuncias, tiene la información necesaria para poder tomar decisiones de forma motivada. A continuación hare referencia a cada una de las funciones que cumple el órgano de instrucción:

- 1- Gestión del canal ético: Se entiende por tal la toma de decisiones que afecten al procedimiento de instrucción. Ahora bien, el mantenimiento y gestión diaria del canal ético se llevará a cabo por el personal técnico que se considere adecuado, mientras que las cuestiones que requieran ser decididas por un órgano con suficiente conocimiento y criterio se deben decidir por el órgano de instrucción.
- 2- Dirección del sistema de gestión de denuncias: El órgano de instrucción debe determinar los permisos de lectura, escritura, impresión, eliminación, bloqueo, etc. en el sistema de gestión de denuncias, así como tomar las decisiones pertinentes relativas a la cancelación definitiva de los datos, plazos de carácter jurídico que puedan determinar el fin del bloqueo de la información, o las razones que permitan acceder a información bloqueada⁶⁰.
- 3- Clasificación de las comunicaciones del canal ético: Esta función consiste en analizar todas las comunicaciones sobre riesgos que se den en la empresa, con la finalidad de determinar cuáles se refieren a riesgos penales y cuáles no. Estos últimos se dirigirán a los departamentos correspondientes según la materia.

⁶⁰ La información bloqueada es aquella que permanece en la base de datos y a la que no es posible acceder sino por causa justificada y previo el consentimiento del órgano responsable.

Aquellas informaciones o denuncias que lleguen para su clasificación y sean de carácter penal dan lugar al inicio de un expediente por parte del órgano de instrucción.

- 4- Análisis preliminar de la información: Tan pronto se recibe la información, el órgano de instrucción la analiza. El primer análisis debe consistir en determinar el alcance que tiene la información y qué personas pueden considerarse en riesgo al referirse la denuncia a actuaciones suyas, o bien a sus departamentos.

Asimismo, se debe establecer un orden o designar un instructor para cada comunicación, de forma que sea éste el que realice el primer análisis. Y además este instructor será también el competente para que decida, en este primer momento, sobre la necesidad de adoptar medidas urgentes con las siguientes finalidades:

- a) Paliar los efectos del riesgo materializado o por materializar
 - b) Ejecución de medidas urgentes para preservar las pruebas
- 5- Determinación de la necesidad de una investigación: Del análisis preliminar señalado se derivará o no la necesidad de realizar una investigación más extensa, aunque también puede aparecer dicha necesidad tras el análisis más profundo al que haremos referencia posteriormente. Dicha investigación puede ser interna o solicitada de terceros. Esto último sucede, en principio, por los siguientes motivos:

- a) Volumen de la información o extensión de los hechos

- b) Necesidad de una investigación independiente ante una eventual presentación a terceros o a un tribunal como informe pericial.
- c) Incertidumbre o desconfianza respecto a las personas implicadas o bien respecto al personal que debería realizar la investigación.

6- Análisis de la información: En este caso el análisis del Instructor debe ser profundo y completo, para lo cual se apoyará, si así lo considera oportuno, en los profesionales que formen parte de su equipo o bien en terceros especialistas en la materia de que se trate.

En todo caso es importante extraer de la información existente aquella que sea objetiva de aquella que sea subjetiva. Ello es especialmente importante en aquellos casos en que la denuncia o comunicación pueda ser anónima, pues de las conclusiones que se extraigan de ello se tomará la decisión de archivar la denuncia o de continuar con su análisis, puesto que las denuncias anónimas necesitan una mayor objetividad y veracidad para sea analizadas e investigadas.

Por tanto deben extraerse aquellos datos concretos que aparecen en la denuncia o comunicación (nombres, fechas, departamentos, etc.) que permitan verificaciones. Ello permitirá un trabajo posterior más detallado y aportará exactitud y veracidad a la información dada por el denunciante.

En caso de que el denunciante no sea anónimo sino conocido, será importante también analizar su trayectoria profesional y capacitación para valorar en este caso su fiabilidad

Asimismo debe valorar el Instructor la conveniencia de contactar con el denunciante para obtener una mayor concreción de los datos, una ampliación de la información y la resolución de dudas. En este caso se debe tener sumo cuidado con el procedimiento establecido para evitar represalias, así como para garantizar la confidencialidad de su identidad e información.

7- Propuesta del Instructor: En cuanto finalice su análisis, el instructor presentará los resultados al órgano de instrucción, que contendrá:

- a) La información descriptiva de la denuncia y fecha de interposición.
- b) En su caso, medidas de urgencia llevadas a cabo, motivación de las mismas y efectos.
- c) Objetivación de la denuncia, análisis de la fiabilidad del denunciante y veracidad de la información.
- d) Valoración de si es necesaria una investigación posterior o si con la información y su análisis se puede llegar a unas conclusiones definitivas.
- e) Propuesta de actuación y resolución, en la que se deben proponer las medidas cautelares que se deben mantener, los trabajos posteriores o investigaciones necesarias si es el caso, la eliminación de la denuncia en su caso, la investigación del denunciante por faltar dolosamente a la verdad, el envío de la información a los tribunales por afectar a

delitos, inicio de un expediente sancionador contra los denunciados u otras personas, etc.

- 8- Propuesta de resolución: El órgano de instrucción analizará el informe y decidirá a través del sistema de decisión establecido la propuesta de resolución definitiva que se presentará al órgano de decisión, siempre que se decida presentar propuesta. Puesto que el caso puede ser archivado o enviado a otros departamentos si se decide finalmente que no es materia penal o bien no se ha confirmado lo denunciado. En todo caso, dicha propuesta de resolución será remitida al órgano de decisión y al órgano de supervisión y control. A este último con la finalidad de que supervise el proceso.

7. El órgano de decisión

El órgano de decisión o de resolución es el encargado de adoptar todas las resoluciones que conlleven una respuesta de cualquier tipo en relación a la materialización de un riesgo penal.

Hay que diferenciarlo de las decisiones que se tomen respecto a riesgos penales dentro del Modelo de Prevención Penal, cuyo responsable debe adoptar las decisiones pertinentes para su eficaz funcionamiento, de la misma manera que el órgano de supervisión y control debe ejercer sus funciones en este ámbito.

Al hablar del órgano de decisión o de resolución me refiero a quién puede tomar decisiones que pueden ser ordenadas al responsable del modelo de prevención penal, pero que principalmente serán decisiones que afecten a trabajadores o a actuaciones de la propia empresa con efectos fuera de la sociedad, ya sea ante las autoridades o ante proveedores y clientes.

Es importante dejar claro que el órgano de instrucción debe aportar la información pertinente para que se pueda tomar una decisión oportuna, legal y conveniente para la sociedad. Para ello presenta la información adecuada y hace su propuesta de resolución, habiendo consultado a los especialistas en las materias que sean necesarias con anterioridad.

8. Estructura del órgano de respuesta

Vuelvo a señalar que el diseño de la estructura dependerá de cada empresa que deberá establecerlo de manera que cumpla con todas las funciones de forma eficaz, dependiendo de la estructura de la empresa, sus componentes y de su formación, de las prioridades de la misma, etc.

Por lo que se refiere a la composición del órgano de instrucción, éste puede estar compuesto solo por trabajadores de la empresa o bien estar formado también por asesores externos y, estos últimos, pueden ser permanentes o ser llamados puntualmente.

8.1 Perfiles que deben formar parte del órgano de instrucción dadas las funciones que debe ejercer:

- a. Dirección del canal ético y del sistema de gestión de denuncias: Ambas gestiones pueden ser realizadas por los directivos que formen parte del órgano de instrucción, sin necesidad de una especialización determinada, si bien es necesario que tengan un perfil jurídico para poder dar respuesta a las materias de protección de datos con solvencia. También hay que recordar que pueden optar por consultar con asesores externos para aquellas materias en que fuere necesario.

En lo referente a prevenir y gestionar cualquier posible represalia contra los denunciantes, sería conveniente la ayuda y experiencia del departamento de recursos humanos

- b. Clasificación de las comunicaciones o denuncias del canal ético:** En esta materia no parece ser exigible conocimientos especiales para ejercer esta función con eficacia.
- c. Análisis preliminar de la información y determinación de la necesidad de una investigación:** En este caso, especialmente en lo relativo a las medidas urgentes y cautelares, es fundamental el asesoramiento de un abogado penalista, pues las medidas que se adopten tendrán generalmente consecuencias procesales. Tampoco puede obviarse que el asesoramiento penal es imprescindible de manera permanente en cuanto a determinar los riesgos de la empresa. También puede ser necesario el apoyo de expertos en investigación, labor que puede llevar a cabo el responsable de auditoría interna, si hubiere, o externalizar dicho servicio.
- d. Análisis de la información:** En general, los directivos con experiencia suficiente en la empresa pueden realizar esta función sin necesidad de especialización.
- e. Propuesta del instructor y propuesta de resolución:** Esta función no puede ser llevada a cabo de manera eficiente por cualquiera, aunque no depende de especializaciones sino más bien de experiencia. Por ello se puede optar por nominaciones por parte del presidente o por una profesionalización, encargando el trabajo normalmente al

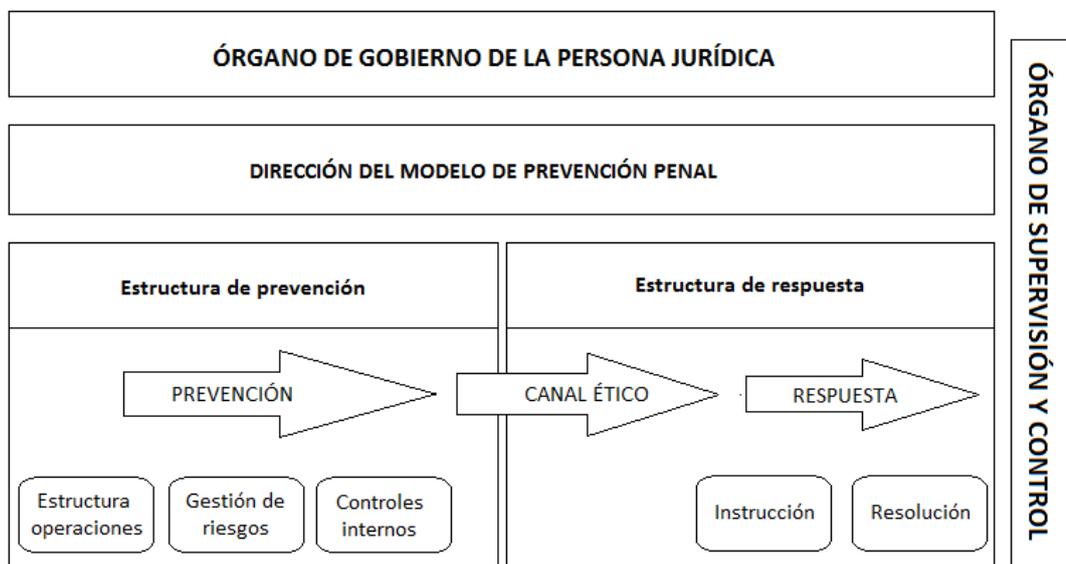
responsable de auditoría interna, o a un encargado específico, etc.

8.2. A modo de ejemplo se pueden nombrar algunos Miembros del Órgano:

- a. Asesoría Jurídica
- b. Operaciones
- c. Auditoría interna
- d. Recursos humanos
- e. Asesores externos, en su caso

Respecto a la composición del órgano de decisión, hay que señalar que **normalmente coincide con el órgano de gobierno de la persona jurídica**, normalmente su director general. También puede valerse de un órgano consultivo.

Asimismo puede apoyarse para la decisión en órganos de otro tipo, ya que podrá asesorarse a través del órgano de instrucción o el órgano de supervisión y control, o incluso a través de algún profesional externo como pudiera ser un abogado penalista



Quiero insistir en que, en mi opinión, todo lo anterior es válido para el diseño de la estructura de medianas o grandes empresas en las que se establecen comisiones, auditoría interna, asesoría jurídica, etc. Para las empresas de menor tamaño se debe simplificar la estructura hasta ceñirla a las características y necesidades propias de cada entidad.

También quiero recordar que en mi opinión, el legislador debería dar unas pautas mínimas en la implantación del Modelo de prevención penal para que pueda tener lugar la causa de exención penal, de lo contrario existe el riesgo de producirse indefensión.

Capítulo XIII. MUESTRA DE CASOS REALES.

Por estar relacionado con el tema de esta tesis quisiera mencionar algunos casos en relación a delitos societarios

1. Especial referencia a los casos Puigneró y Doñana como primeros casos de delito ecológico en nuestro país

Uno de los más notables, aunque antiguo ya, y con mayor repercusión fue el caso de delito medioambiental denominado caso Puigneró por la contaminación de acuíferos con residuos de tintes. Y así, en 1997 el empresario catalán Josep Puigneró se convirtió en el primer español encarcelado por un delito ecológico.

Puigneró fue condenado en 1995 por la Audiencia de Barcelona a cuatro años de prisión -condena que fue ratificada por el Tribunal Supremo en abril de 1997- por verter, desde 1990 hasta 1993, residuos contaminantes de su empresa, "Hilados y Tejidos Puigneró SA", en los ríos Sorregi y Ter.

Los vertidos alteraron gravemente el ecosistema de esos ríos, además de provocar la contaminación de pozos y acuíferos que afectaron al suministro de agua potable.

En abril de 1999, el juzgado de lo Penal de Manresa impuso a Puigneró otra condena de cuatro años -por vertidos efectuados entre 1994 y 1995- que,

sin embargo, fue anulada meses después por la Audiencia de Barcelona que ordenó repetir el juicio.

Y en marzo de 2003 la Audiencia de Barcelona le absolvió de un delito continuado contra el medio ambiente.

Como vemos es evidente que, no se trata de un ejemplo de responsabilidad de persona jurídica, puesto que los hechos en cuestión tuvieron lugar en el año 1997. Sin embargo, por la importancia que tuvo en su momento (al convertirse el condenado en el primer español encarcelado por un delito ecológico) así como por la ausencia de condenas de personas jurídicas en esta materia, me ha parecido adecuado y oportuno hacer una referencia y, al mismo tiempo, destacar que si el delito hubiera sido cometido a partir de la entrada en vigor de la LO 5/2010, la persona jurídica (en este caso, Hilados y Tejidos Puigneró SA) también hubiera sido imputada y, posiblemente, condenada.

En el mismo sentido, otro ejemplo a destacar sería el caso Doñana.

El Parque Nacional de Doñana sufrió el 25 de abril de 1998 el desastre ecológico más importante de su historia. La rotura de una presa que la empresa minera sueca Boliden tenía en Aznalcóllar (Sevilla) provocó el vertido de 6 millones de metros cúbicos de residuos tóxicos sobre el entorno del parque.

El impacto ambiental fue muy grande debido a la gran cantidad de residuos almacenados en la mina. Mediante datos obtenidos de diversas asociaciones (ecologistas en acción, entre otros) sabemos que este impacto ha sido demoledor. Los principales afectados han sido los cultivos que se encontraban en las tierras colindantes a la presa, que han sido devastados, y las propias tierras que han quedado estériles. Por otra parte, en cuanto a la flora y a la fauna, los animales y plantas que se encontraban en el río

Guadiamar y los que utilizaban este como medio para alimentarse. Las especies de Doñana también se han visto afectadas por el gran número de metales pesados vertidos sobre el terreno.

Esto llevó a una reacción por parte de la Junta de Andalucía, que fue la expropiación de tierras afectadas. Este fue el primer caso en España de expropiación por desastre ecológico, y se puso en marcha un plan de rescate, recuperación y acondicionamiento de toda la cuenca. Este suceso hizo que llamara la atención a la comunidad científica, y hubo numerosos proyectos que trataron el tema.

Respecto a sus consecuencias jurídicas, en el año 2002 se cerró la vía penal, con los 21 técnicos imputados absueltos, por lo que la Junta de Andalucía demandó a Boliden para recuperar los 89 millones invertidos en la limpieza de residuos, pero el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Sevilla se declaró incompetente, decisión que fue ratificada en 2003 por la Audiencia de Sevilla y en 2007 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En consecuencia, la Junta presentó un recurso ante el Tribunal Supremo, que en 2012 ordenó que el caso, después del “indeseable peregrinaje sufrido”, regresara al mismo juzgado sevillano de primera instancia que se inhibió una década antes. En 2013 ese juzgado inició las diligencias para determinar a quién corresponde pagar la limpieza de los seis millones de metros cúbicos de lodos tóxicos que afectaron a 4.634 hectáreas en el entorno del parque de Doñana. Sin embargo, en su última memoria anual, la compañía sueca indicaba que sus abogados en España no prevén “sufrir ningún daño económico como resultado del proceso legal, por lo que no ha hecho provisiones monetarias”.

2. Delito fiscal: el caso Neymar.

Este caso ya se esta viendo a la luz de la Legislación entrada en vigor el 1º de Julio del 2015, o sea que sera pionero de estos nuevos tipos de delitos societarios y corporativos

Es interesante a nivel práctico hacer mención a la imputación del F.C. Barcelona como persona jurídica por un delito societario y tres delitos fiscales en el fichaje del delantero brasileño Neymar, al considerar que el club defraudó más de 9,1 millones de euros a la Hacienda Pública.

En su escrito dirigido al juez Ruz, **el Ministerio Fiscal sostenía que había sospechas de que el Fútbol Club Barcelona realizó “contratos simulados” y “operaciones de ingeniería financiera”, mediante los que se pretendió cometer “el engaño a la Hacienda Pública”.**

El juez ha cerrado la instrucción de manera irregular puesto que no ha recibido la declaración de los imputados. Solo ha tenido en cuenta la opinión de la Agencia Tributaria; opinión que ha hecho suya el Fiscal y que el juez ha aceptado ciegamente.

Según el relato del fiscal José Peral, constan “hasta nueve contratos diferentes en los que se acuerda el abono de cuantiosas cantidades a sociedades que giran en la órbita del jugador”, ya que en todas interviene en su representación “el padre del mismo”.

Para el fiscal no hay duda de que “se ha constatado la existencia de una serie de transacciones económicas por parte de dicho club y a favor de diversas sociedades en relación con el fichaje de Neymar Da Silva basadas en ocasiones en contratos simulados y que se sospecha no responden a la realidad de las operaciones económicas que ellos mencionan”.

El Ministerio Fiscal consideraba en su escrito que “como mínimo” ha detectado que en 2011 el Fútbol Club Barcelona no habría tributado 10 millones de euros correspondientes al fichaje del jugador, y tampoco otros 27.920.000 euros correspondientes a 2013. Por ello, la Fiscalía decía que “como mínimo debe investigarse la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública por un importe de 9.100.800 euros”, cuantía que supera, “con mucho”, el límite del delito fiscal, fijado en 120.000 euros en el artículo 305 del Código penal.

Con fecha 19 de febrero de 2014 se dictaba providencia del siguiente tenor literal: “Dada cuenta; visto el informe del Ministerio Fiscal, con entrada en el Juzgado en fecha 18 de febrero de 2014, por el que se interesa se proceda a la investigación de un posible delito contra la Hacienda Pública, presuntamente cometido por el FCB Barcelona como persona jurídica, solicitando la práctica de determinadas diligencias al respecto, con carácter previo a resolver sobre lo interesado, y a los efectos prevenidos en el art. 305.4 del CP, póngase en conocimiento de la entidad FCB Barcelona el referido dictamen emitido por el Ministerio Fiscal, junto con testimonio de la presente resolución, a los efectos legalmente procedentes ”.

Un día después, el 20 de febrero de 2014, el juez Ruz dictaba el Auto de admisión a trámite de la querrela. El juez sostenía que “ante la evidencia de que, para el caso de haber incumplido su obligación de retención impuesta por la normativa tributaria, pudiere haberse superado en exceso el límite de 120.000€ de cuota defraudada que fija el art. 305 del CP, concurren al presente estadio indicios suficientes para la investigación acerca de la posible comisión del delito contra la Hacienda Pública por parte de la entidad FC Barcelona, ex. artículos 31 bis, 310 bis y concordantes del Código Penal”. Y acordaba -tal y como le pidió el fiscal- una serie de diligencias consistentes en requerir a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) las

declaraciones voluntarias de liquidación de impuestos correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013 del Fútbol Club Barcelona en relación con el fichaje de Neymar. También acordaba que certificaran si Neymar Da Silva Santos JR. se consideraba a efectos fiscales como “no residente” en el año 2013, con obligación de tributar en España, o en su caso si la tributación la debía de hacer en su país de origen, Brasil. Asimismo acordaba la designación de un funcionario del Cuerpo Auxiliar de la AEAT para que, en funciones de auxilio judicial, informase sobre: La posible incidencia fiscal de las transacciones económicas que obran en la causa y que se derivan de los contratos del FC Barcelona como consecuencia del fichaje del jugador Neymar; las fechas de devengo de los impuestos; el sujeto obligado tributario o el responsable del ingreso de las deudas tributarias en las mencionadas transacciones; el cálculo de la cuota tributaria supuestamente defraudada y, en su caso, propuesta de regularización fiscal. Asimismo el juez Ruz solicitaba al padre del futbolista, Neymar Da Silva Santos, los Estatutos de las cuatro sociedades en las que aparece como representante legal para saber su objeto social y las declaraciones tributarias en los ejercicios de 2011 y siguientes.

En el Auto también se hacía ofrecimiento de acciones a la Abogacía del Estado para que si lo estimaba se personase en la causa como perjudicado directo.

Posteriormente, con fecha de 13 de marzo de 2015, el Juez Pablo Rafael Ruz Gutiérrez, titular del Juzgado Central de Instrucción Número 5 de la Audiencia Nacional, daba por cerrada la Instrucción del Caso Neymar con el procesamiento del presidente de la entidad, Josep María Bartomeu, del expresidente, Sandro Rosell, y a la entidad como persona jurídica. El juez acusa a los tres procesados de tres presuntos delitos contra la Hacienda Pública (cometidos en 2011, 2013 y 2014) por un importe de 13 millones de euros y por un presunto delito de administración desleal.

En la presente el juez daba un plazo de 10 días al ministerio fiscal para que presente el escrito de acusación pidiendo las penas para los acusados.

Así, el 23 de marzo de 2015 el fiscal de la Audiencia Nacional José Perals solicitaba dos años y tres meses de prisión y 3,83 millones de euros de multa para el actual presidente del FC Barcelona, Josep Maria Bartomeu, y más de siete años de cárcel y 25,15 millones de sanción para su antecesor, Sandro Rosell, por delitos fiscales y societarios en la contratación del jugador Neymar. También una multa de 22,2 millones de euros para la entidad blaugrana, imputada como persona jurídica. Además, como responsabilidad civil, el ministerio público reclamaba 9,55 millones de euros para Rosell y el club solidariamente y 1,9 para Bartomeu y la entidad conjuntamente, según el escrito de acusación. Entre multas e indemnizaciones, los dirigentes y el club líder de la Liga se enfrentan a tener que abonar un total de 62,66 millones de euros. El coste del futbolista, impuestos incluidos, fue de 94,8 millones.

Puede que este asunto desemboque en la primera sentencia condenatoria que hace uso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y asistamos al estreno del artículo 31 bis en relación con un delito contra la Hacienda Pública.

, racionales, eficaces de
acuerdo con una
diligencia empresarial
media

RESUMEN DE CONCLUSIONES.

El sistema penal español vigente está diseñado partiendo de una responsabilidad imputable sólo a las personas físicas, por lo que la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin que se haya llevado a cabo una adaptación previa del Código y sin que se haya procedido a una verdadera reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede provocar serias distorsiones.

No está claro, en realidad, si existe un solo delito, el cometido por la persona física, aunque se considere también responsable del mismo a la persona jurídica en los casos previstos legalmente. El delito de la persona física constituye una actuación cometida, en su caso, por la persona jurídica; pero, ciertamente, en la actualidad, las empresas tienen ya una vida independiente de quien las conforma, resultando en las grandes corporaciones muy difícil individualizar, en ocasiones, las decisiones y las actuaciones,

siendo prácticamente imposible deslindar las conductas penalmente relevantes de las personas físicas que se integran en su organigrama. Cada vez resulta más compleja y especializada la organización empresarial, lo cual se ha utilizado, en algunos casos, para obtener la impunidad, cuando se acude a la persona jurídica como instrumento para la comisión de un delito. Ello cada vez resulta más incompatible con el Estado de Derecho.

La dificultad reside en que la decisión, sobre si existen o no adecuadas medidas de control empresarial para prevenir el delito, corresponde al órgano jurisdiccional. No va a resultar tarea fácil, y es evidente, que en estos casos las pruebas periciales van a tener una gran, importante y decisoria base sobre la actuación jurisdiccional.

La introducción de la reforma operada por la LO 5/2010 –ya que al parecer la reforma que actualmente se está debatiendo en marzo del 2015- como ya he dicho, tiene un evidente efecto preventivo, en cuanto no será válida cualquier decisión basada exclusivamente en un balance, o en una cierta documentación contable sabiendo que puede quedar comprometida la imagen de la sociedad, lo que llamamos el posible coste reputacional y su consecuencia; y, por tanto, su repercusión en el mercado⁶¹.y en el futuro de su vida comercial y vital.

Ahora bien, la situación puede cambiar una vez se apruebe y entre en vigor el ansiado Proyecto de Reforma del Código Penal 2013⁶², hoy en tramitación parlamentaria, en el cual se pretende regular y establecer una serie de directrices que son las que se deben tener en cuenta a la hora de valorar si la persona jurídica ha adoptado las medidas de prevención y control

⁶¹ GÓMEZ BERNABEU, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., pág. 184

⁶² CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Proyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121/000065), en *BOCG*, Serie A, núm. 66-1, de 4 de octubre de 2013.

necesarias y eficaces para evitar la comisión de delitos y, en caso afirmativo, pueda llegar a gozar de exención de responsabilidad penal o cuanto menos que sea tenida en cuenta como atenuante

Por ello uno de los puntos más importantes del presente trabajo ha sido el estudio y examen del *Compliance Penal o programas de cumplimiento normativo penal*, puesto que será, sin duda, una cuestión fundamental que va a implantarse en la generalidad de las empresas una vez entre en vigor el mencionado proyecto de reforma, pues forzará a las empresas a variar sus conceptos y métodos, y a la Administración a delegar parte de sus prerrogativas de control.

Como ya he ido destacando a lo largo del trabajo, a pesar que en España se trata de toda una novedad, este es un tema que ha sido ampliamente desarrollado internacionalmente (especialmente en Estados Unidos), y debido a ello tenemos el convencimiento de que la aplicación del *Compliance Penal* va a revolucionar la forma de gobernar la empresa en España con todo lo que ello implica. También auguro un periodo razonable de implantación

ELEMENTOS BASICOS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO

En definitiva, **toda empresa**, sea del tipo que sea, **deberá invertir tiempo, dedicación y recursos humanos y económicos en investigar sus posibles fugas, investigar el estado colaborativo de su personal, en elaborar sus programas formativos, en definir el "Yo" de la empresa, en montar un sistema de seguimiento y actualización y, por fin en implementar un programa de cumplimiento normativo penal, si quiere progresar empresarialmente y sobrevivir pacíficamente**

ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS MUY IMPORTANTES

Las empresas que por su empuje y si, además, posean soporte económico, suficiente, deberán trabajar para poner en marcha, además de lo explicado en párrafo anterior, deberán,, aprovechando el cambio, elaborar de nuevo cuño o efectuando novaciones a sus actuales normas, *Normas Internas*, poniendo al día una serie de sanciones razonables y automatizando la apertura y la sistemática para efectuar el seguimiento de los *expedientes de reconocimiento y de sanciones* así como la aplicación razonada de sus conclusiones y si cupiera de sus sanciones. Es necesario igualmente establecer los cuadros de mando, definidos y con detalle sus atribuciones. *Yo añadiría normas de conducta y elementos de motivación de todos los tipos posibles, no solo económicos sino también y especialmente de orden social y familiar*

La problemática concreta que se vaya planteando en relación con la casuística a que dará lugar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, deberá ser resuelta tanto por la doctrina como especialmente por la jurisprudencia que paulatinamente se vaya produciendo.

Otra solución que no se descarta es la de desarrollar la ley con un Reglamento; lo cual facilitaría la adaptación y concretaría muchos temas que ahora quedan y quedarán sin acotar.

Sólo entonces se podrán valorar los resultados efectivos de la reforma operada por la Ley 5/2010, de 22 de junio, sobre esta cuestión.

A pesar del tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, todavía no se han producido suficientes resoluciones judiciales como para interpretar la doctrina jurisprudencial al respecto. No obstante, hay que destacar el Auto que puede ser nominado como el primer caso de procesamiento de persona jurídica tras la reforma de 2010, que es tanto como decir en la historia aplicativa de nuestro Derecho penal. Se trata

del Auto del Juzgado Central de Instrucción, de 11 de octubre de 2011, (ARP2011/1392). Motivo: entramado de sociedades a través de las cuales se organizaban grandes operaciones de importación de cocaína: hubo procesamiento de las sociedades y de empresas, tomándoseles declaración a través de sus administradores y representantes legales vía art. 31 bis.

También es digno de destacar el ya mencionado Caso Neymar, en el que se encuentra como imputado el Futbol Club Barcelona como persona jurídica, por un delito contra la Hacienda Pública. Y puede acabar convirtiéndose en el primer gran proceso de una persona jurídica en este ámbito y varias personas naturales por unos mismos hechos.

BIBLIOGRAFÍA

-Ordenado por autores-

AGUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E.: “Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Revista Internauta de Práctica Jurídica, nº 26, 2011.

ALONSO GALLO, J.: “Los programas de cumplimiento”, Edit. Civitas, Navarra, 2011.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Responsabilidad de las personas jurídicas. Comentarios a la reforma penal de 2010”, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

ANEIROS PEREIRA, J.: “Principales implicaciones de la reforma del Código Penal para el ámbito tributario”, Revista Técnica Tributaria, núm. 93, 2011.

APARICIO PÉREZ, J.: “Delito fiscal, jurisprudencia y Ley General Tributaria”, La justicia en el diseño y aplicación de los tributos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2006.

ARAMBURU GOYA, NEKANE; RIVERA HERNÁNDEZ, OLGA: “Organización de empresas”, Universidad de Deusto, 2008.

BACIGALUPO, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (artículo 31 bis y 129 del Código Penal)”, en Diario La Ley, nº 7541, de 5 de enero de 2011.

BAJO FERNÁNDEZ, M.-FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J.-GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Pamplona, 2012.

BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SACIESSE, S.; “Derecho penal económico”, Madrid, 2010.

BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales”, La Ley, Madrid 2011.

BENJAMÍN, E.; FINCOWSKY, F.: “Organización de empresas”, Editorial Mc Graw Hill, 2013.

BERNAT LIEVEGOET; “La Organización en desarrollo”, alcanzando el espíritu de Europa; prólogo de Espiga, Luis. Arte Editorial, 1972.

BUENO CAMPOS, E.: “Organización de empresas: Estructura, Procesos y Modelos”, Editorial Pirámide, 1996.

CARBONELL MATEU, J. C.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010”, en Cuadernos de Política Criminal. nº 101, 2010.

CASANOVAS, Alain: “Control de riesgos legales en la empresa”, Grupo Difusión, 2008.

CASASOLA GÓMEZ- AGUADO, ALFONSO: “Antecedentes históricos de la responsabilidad internacional penal de las personas jurídicas”, Derecho y Proceso Penal nº 28, Editorial Aranzadi, Pamplona 2012.

CAZORLA GONZÁLEZ: “A vueltas con el llamado compliance penal”, Actualidad Jurídica Aranzadi nº 826/2011, Pamplona 2011.

CÓDIGO PENAL 1995, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: “La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones”, Editorial Bosch, Barcelona 2011.

COLINA RAMÍREZ, E. I.: “La defraudación tributaria en el Código Penal español. Análisis jurídico-dogmático del art. 305 CP”, Editorial Bosch, Barcelona 2010.

CROS GARRIDO, J.: “La responsabilidad de las personas jurídicas especialmente en el caso de delito fiscal”, Tribuna Fiscal, núm. 236, año 2010.

DEL ROSAL BLASCO, B.: “Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”, Diario La Ley nº 7670, 2011.

DEL ROSAL BLASCO, B.; “Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal”, Diario La Ley nº 7997, 2013.

DE ZUANI, E.R.: “Introducción a la administración de organizaciones”, Editorial Valleta, 2005.

DONALDSON, Megan; WATTERS, Rupert: “Corporate Culture, as a basis for the criminal liability of corporations” Australia, Febrero 2008. (En línea)

ECHARRI CASI, F.: “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, en Diario La Ley, nº 7541, de 5 de enero de 2011.

FEIJÓO SANCHEZ, B.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Civitas- Thomson, 2010.

FEIJÓO SANCHEZ, B.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero, 2011.

FEIJÓO SANCHEZ, B.: “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2011 Relativa a la Responsabilidad penal de la persona jurídica conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

GALAN MUÑOZ, A.: “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad”. Edit. Comares, 2012.

GALAN ZAZO, JOSÉ IGNACIO: “Diseño organizativo”. Editorial Paraninfo, 2014.

GARCÍA ARAN, MERCEDES: “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Comares, Granada, 1999.

GARCÍA MORENO, S.M.; NÁJERA SÁNCHEZ, J.J.; RICO GARCÍA, M.G.: “Organización y administración de empresas. Una visión práctica”, Editorial Esic, 2001.

GARCIA TENORIO (COORDINADOR); GARCIA MERINO, M^a TERESA; PÉREZ RODRÍGUEZ, M^a JOSÉ; SÁNCHEZ QUIROZ, ISABEL; SANTOS ÁLVAREZ, M^a DEL VALLE: “Organización y dirección de empresas” editotia Thompson, 2007.

GAVIN TUNSTALL, adaptación de VALDERRAMA, FERNANADO: “La gestión del proceso de edificación. Editorial Reverté, edición 2009.

GIL ESTALLO, M. DE LOS ÁNGELES: “La organización de la empresa”, Editorial UOC.

GIMENO BEVIÀ, JORDI: “La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de compliance en el proceso penal de las personas jurídicas”. Editorial la Ley, diario 8437/2014.

GINER DE LA FUENTE, FERNANDO; GIL ESTALLO, MARIA DE LOS ANGELES: “ La organización de empresas: hacia un modelo de futuro”, Edit. Esic 2014.

GASCÓN INCHAUSTI, “Repercusiones sobre el Proceso Penal de la LO 5/2010, de Reforma del Código Penal”, editorial Aranzadi (2010).

GÓMEZ BERNABEU, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

GÓMEZ- JARA DIEZ, CARLOS: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales”, Edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, marzo 2011.

GÓMEZ- JARA DIEZ, CARLOS: “La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español”, Revista Jurídica del Deporte nº 33, Editorial Aranzadi, Pamplona 2011.

GÓMEZ- JARA DIEZ, CARLOS: “Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas”. Edit. Aranzadi, Navarra, 2006.

GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS: “La culpabilidad de la Empresa”, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS: “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española”, Edit. B de F, 2010.

GÓMEZ TOMILLO; MANUEL: “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español”, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GONZÁLEZ- CUELLAR SERRANO, NICOLÁS: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010: medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, Diario La Ley nº 7501, Editorial LA LEY 2010.

GUARDIOLA LAGO, M.J.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 CP”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GRUNER S., R.: “Developing judicial standards for evaluating “compliance” programs insights from eeo litigation”. CORPORATE LAW AND PRACTICE COURSE HANDBOOK SERIES, PRACTISING LAW INSTITUTE nº BO-019S, febrero 2002.

JAKOBS, GÜNTHER: “Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación”. Marcial Pons, Madrid 1995.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: “Tratado de derecho penal. Parte general”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

LLOVERA SAEZ, F.; AZPIAZU MONTEYS, A.; VILAJOSANA BEJAR, J.: “Introducción a la economía y organización de empresas”, UPC 1990.

MANZANARES SAMANIEGO, JOSE LUIS: “Las penas de las personas jurídicas”, Diario La Ley, nº 7920, de 11 de septiembre de 2012, Editorial LA LEY.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Derecho Penal Económico y de la Empresa”, Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

MARTÍNEZ PARDO, VICENTE JOSÉ: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Revista Internacional de Práctica Jurídica, nº 26, 2011.

MATA NORBERTO, J.: “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, La Ley Penal nº 87, noviembre 2011, Editorial LA LEY.

MAURI CASTELLÓ, JORDI; ALBORS GARRIGÓS, JOSÉ; MARTÍNEZ APARISI, ALBERT: “Introducción a la organización y gestión de empresas”, Universidad Politécnica de Valencia, 2009. MORALES PRATS, FERMÍN: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un incesante escenario de inestabilidad normativa”, Editorial Aranzadi, Pamplona 2013.

MORALES PRATS, FERMÍN: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En La reforma de 2010: Análisis y Comentarios. Dir. Quintero Olivares. Navarra, 2010.

MORENO CANOVÉS, A.; RUIZ MARCO, F.: “Delitos socioeconómicos”, Editorial Edijus, Zaragoza 1996.

MORILLAS CUEVA, L.: “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Anales de Derecho, núm. 29, 2011.

MORILLAS CUEVA, L.: “Derecho Penal Parte General: Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal”, Editorial Dykinson, 2010.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, MERCEDES “Derecho Penal: Parte General”. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

NIETO MARTÍN, ADÁN: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo”, Edit. Lustel, Nadrid, 2008.

NIETO MARTÍN, ADÁN: “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, Polít. Crim., 2008.

NIETO MARTÍN, ADÁN: “Manual de cumplimiento penal en la empresa”, Tirant lo Blanch, 2015.

NUÑEZ CASTAÑO, ELENA: “Responsabilidad penal en la empresa”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E-HUERTA TOCILDO, S. Derecho Penal. Teoría Jurídica del Delito. 2ª ed., Madrid, 1986.

ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro”, Editorial Tirant lo Blanch, 2014.

PÉREZ LÓPEZ, JUAN ANTONIO: “Fundamentos de la dirección de empresas”, Ediciones Rialp, 1996.

POL, DIEGO y JIMÉNEZ- GUSI, RAFAEL: “El anteproyecto de reforma del Código Penal: un paso de gigante hacia una cultura de *compliance* y la lucha contra la corrupción”, Actualidad Jurídica Aranzadi nº 867, Editorial Aranzadi.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO: “La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios”, Editorial Aranzadi, 2011.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO: “Parte General del Derecho Penal”, Editorial Aranzadi, Navarra.

ROBLES PLANAS, RICARDO: “Pena y persona jurídica: Crítica del artículo 31 bis del Código Penal”, Diario La Ley, nº 7705, de 29 de septiembre de 2011, editorial LA LEY.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, SAMUEL: “Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010, en Cuadernos de Política Criminal. Nº 105, 2011.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “La responsabilidad penal de las empresas y los Compliance Programs”, Estrategia Financiera, núm. 281, año 2011.

SÁNCHEZ REYERO, D. G.: “Estudio sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, el doloso dependiente y el corporate compliance”, Diario La Ley nº 7653, 2011.

SÁNCHEZ REYERO, D. G., “Estudio sobre la responsabilidad de la persona jurídica, el doloso dependiente y el corporate compliance”, en Diario La Ley, nº 7653, de 16 de junio de 2011.

SCHÜNEMANN: “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, Editorial Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1995.

SILVA SANCHEZ, J. M.: “La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Derecho Penal y Criminología, vol. 29, nº 86-87, 2008.

SILVA SANCHEZ, J. M.: “La expansión del derecho penal”, Civita, Madrid, 1999.

STRATENWERTH, G.: “Derecho penal, parte general I, el hecho punible”, Civitas, 2005.

UBEDA DE LOS COBOS, JJ.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, Editorial La Ley , La Ley Penal, N.º 77, Diciembre 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio)”, La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario nº 76, 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “La responsabilidad criminal de los entes colectivos y de sus directivos y representantes”, Granada, 2012.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, LAURA: “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, Editorial Aranzadi, 2000.

WEBB, K.D, MOLO, F. S.: “Some practical considerations in developing effective Compliance Programs”: a framework for meeting the requirements of sentencing guidelines”. WASHINGTON UNIVERSITY LAW QUARTERY N° 71, verano 1993.

Nota –respecto a la bibliografía-

Cuando inicié el proyecto de tesis, hace cuatro años, el tema era absolutamente desconocido o despreciado, por lejano, en nuestro país.

A medida que se ha ido incorporando algún artículo en nuestro Código Penal se ha ido despertando la curiosidad y el interés respecto a este tema.

Al llegar al 2015, con la incorporación de un cuerpo completo en la reforma del Código Penal y mediáticos casos de corrupción -como los de Bankia, los de algunas Cajas de Ahorro o incluso el tema de la “amnistía fiscal” -se ha desatado un inusitado interés por este tema.

Con lo cual, en la semana siguiente a la aprobación por el Congreso del texto renovado del Código Penal, han aparecido, de repente, más de cincuenta nuevas publicaciones -que las editoriales ya tenían preparados-, así como un significativo número de artículos de opinión e incluso cursos formativos en esta materia – de la universidad Abad Oliva, ESADE y de algunos Colegios profesionales, como el Colegio de Ingenieros Técnicos y el Col·legi d'Advocats de Barcelona entre otros-.

He realizado un rápido contraste de varias de las obras y en muy pocas he encontrado aportaciones de verdadero interés, aunque sin duda irán apareciendo cuando amaine la carrera por parte de las editoriales por conseguir vender las primeras ediciones.