

Nº 30
Segundo trimestre
2022

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Número 30. Junio 2022

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.



D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.

D. Jordi Gimeno Bevia

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA ACCIÓN SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON LA POBREZA EN LA NUEVA GOBERNANZA MULTINIVEL Y ABIERTA

D^a María Barahona Migueláñez 15

DEL DERECHO DE LOS INTERNOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS A ACCEDER A SU EXPEDIENTE PENITENCIARIO Y A LOS INFORMES TÉCNICOS EMITIDOS POR LOS PROFESIONALES QUE FORMAN PARTE DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS, CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 164/2021, DE 4 DE OCTUBRE.

D. Javier Ramírez Jiménez.....89

LAS GARANTÍAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. ANÁLISIS TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LAS AUTORIDADES DE TRANSPARENCIA

D^a. Bárbara Lucía Romojaro Alonso107



LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO COMO FORMA DE EXONERACIÓN O ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA
D^a. Zoe María Maroto Rodríguez..... 195

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

REQUISITOS DE SOLVENCIA EN UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESARIOS: INDIVIDUALES, ACUMULATIVA Y EXTERNA

D. Jaime Pintos Santiago

D^a. María Dolores Fernández Uceda.....247

EL ERROR EN LA CALIFICACIÓN DEL RECURSO NO PUEDE IMPEDIR EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA POR PARTE DEL OPERADOR ECONÓMICO

D. Jaime Pintos Santiago

D^a. María Dolores Fernández Uceda257

BASES DE PUBLICACIÓN 271

Dedicamos este número a la memoria de nuestro compañero D. Prudencio Mariano Mateo Caso que fue Letrado Coordinador en el Gabinete Jurídico en Guadalajara.



EDITORIAL

En el número 30 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cuatro artículos doctrinales que se suman a dos reseñas de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el brillante trabajo de D^a. María Barahona Migueláñez con el artículo que lleva por título “La acción social de las Administraciones Públicas en relación con la pobreza en la nueva gobernanza multinivel y abierta”

El artículo está enfocado desde un punto de vista jurídico, y partiendo de los ODS fijados por la Organización de Naciones Unidas en la Agenda 2030, el objetivo de erradicación de la pobreza, y en especial de la pobreza infantil.

A continuación, D. Javier Ramírez Jiménez analiza en un interesante y profuso trabajo “Del derecho de los internos de los establecimientos penitenciarios a acceder a su expediente penitenciario y a los informes técnicos emitidos por los profesionales que forman parte de los órganos colegiados, con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 164/2021, de 4 de octubre”. El Tribunal Constitucional rechaza la denegación de acceso a los informes de los profesionales que sustentan



la adopción de acuerdos de los órganos colegiados, cuando esta se encuentra amparada en circunstancias abstractas o carente de cualquier concreción.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a. Bárbara Lucía Romojaro Alonso que aborda con maestría, las garantías del derecho de acceso a la información pública. análisis teórico y práctico de las autoridades de transparencia.

D^a. Zoe María Maroto Rodríguez en su artículo “Los programas de cumplimiento como forma de exoneración o atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, aborda como el legislador español introdujo en el Código Penal del año 2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tras la reforma del Código Penal del año 2015 la ley contempla una forma de que las personas jurídicas puedan excluir o atenuar su responsabilidad: los programas de cumplimiento.

Por último, este número se cierra con la reseña de jurisprudencia que brillantemente tratan D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, al comentar dos resoluciones de tribunales administrativos de contratación pública. En concreto, “Requisitos de solvencia en unión temporal de empresarios: individuales, acumulativa y externa” y “El error en la calificación del recurso no puede impedir el ejercicio del derecho de defensa por parte del operador económico”.

El Consejo de Redacción

Gabilex

Nº 30

Junio 2022

<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO COMO FORMA DE EXONERACIÓN O ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

D^a. Zoe María Maroto Rodríguez

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Resumen: El legislador español introdujo en el Código Penal del año 2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tras la reforma del Código Penal del año 2015 la ley contempla una forma de que las personas jurídicas puedan excluir o atenuar su responsabilidad: los programas de cumplimiento.

Abstract: The Spanish legislator introduced into the Penal Code of year 2010 the criminal liability of legal entity. After the reform of the Penal Code of year 2015, the law contemplates a way that legal entities can



exonerate or attenuate their liability: compliance programs.

Palabras clave: Persona jurídica, responsabilidad penal, programas de cumplimiento normativo, exonerar, atenuar, sujetos responsables, delito.

keywords: Legal entity, criminal liability, compliance programs, exonerate, attenuate, responsible person, crime.

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN

I. MARCO DESCRIPTIVO

1. Supuesto de hecho
2. Problemas jurídicos
3. Marco normativo y jurisprudencial

II. BREVE INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

1. La reforma del CP del año 2010: la derogación del principio *societas delinquere non potest*
2. La reforma del CP del año 2015: la introducción de los programas de cumplimiento en el ordenamiento jurídico español



III. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Los programas de cumplimiento como causa de exoneración o atenuación de responsabilidad

1.1. Elementos de los programas de cumplimiento

1.2. La incidencia de otras normas complementarias en los programas de cumplimiento

2. ¿Cómo han sido valorados los programas de cumplimiento por el Tribunal Supremo? ¿Qué ocurre si una empresa tiene implantado un programa de cumplimiento y aun así se comete un delito dentro de la organización?

IV. ¿QUIÉN RESPONDE PENAL E INDIVIDUALMENTE POR LOS DELITOS COMETIDOS EN UNA EMPRESA EN BENEFICIO DE ÉSTA?

V. CONCLUSIONES

VI. BIBLIOGRAFÍA

VII. ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el ordenamiento jurídico español ha estado presidido por el brocardo latino *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir), según el cual, únicamente, las



personas físicas podían ser responsables de la comisión de un hecho delictivo.

Este principio sirvió para fundamentar la imposibilidad de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas apoyado en tres argumentos. En primer lugar, se entendía que las personas jurídicas no tenían capacidad de acción, por ejemplo, no podían matar. Pero, además, tampoco tenían ni capacidad de culpabilidad (entendida en el sentido psicológico o subjetivo) ni capacidad para sentir la pena, puesto que la pena histórica de prisión había sido pensada exclusivamente para las personas físicas¹. Tampoco podía obviarse la problemática derivada de su proceso penal.

Pese a lo anterior, nada impedía que las personas jurídicas fueran sancionadas por vía administrativa o que se les impusieran medidas de seguridad con base a su peligrosidad objetiva².

Frente a estas teorías, el penalista y político-criminalista alemán Franz von Liszt, ferviente defensor de la idea de que las personas jurídicas sí podían cometer un hecho constitutivo de delito y, en consecuencia, responder penalmente por ello, contrarrestó esa postura con el argumento de «quien puede concluir contratos válidamente (y no cabe duda de que una persona jurídica

¹ POLAINO-ORTS, M. (2020), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Acceso a la Abogacía. Tomo III. Materia Penal*, DÍAZ PITA (dir. - coord.), 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, pág. 407.

² MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (2016), *Comentarios al Código Penal (tras las Leyes Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Madrid: Wolters Kluwer, pág. 171.



puede hacerlo), puede contraer también contratos fraudulentos o usurarios eventualmente delictivos»³.

En la actualidad, los argumentos esgrimidos para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas han sido superados. Al igual que la persona física, la persona jurídica puede ser sujeto de derechos y deberes y destinataria de normas jurídicas y, en consecuencia, puede responder penalmente por la inobservancia de sus deberes⁴.

En Europa, países como Holanda (desde 1976), Portugal (desde 1982), Francia (desde 1992), Bélgica (desde 1999) y Suiza (desde 2003) admiten la responsabilidad penal a la persona jurídica; mientras que Italia, Alemania o Austria mantienen un modelo de responsabilidad administrativa de la persona jurídica. De entre estos últimos países debe destacarse el ordenamiento jurídico alemán. Alemania, anclada en el aforismo *societas delinquere non potest*, es el país que más reticencias muestra a la hora de adoptar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que para el legislador alemán la naturaleza de las personas jurídicas impide atribuirles capacidad de acción y de culpabilidad⁵.

En España, habría que esperar hasta el año 2010 para hablar, propiamente, de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque

³ POLAINO-ORTS, M., *op. cit.*, pág. 407.

⁴ *Ibid*, págs. 407-408.

⁵ GIMENO BEVIÁ, J. (2016), *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 1ª ed., Navarra: Aranzadi, pág. 37.



es cierto que existían razones sociales⁶ que demandaban la necesidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas⁷, parece que el verdadero motivo que llevó al legislador español a regular esta materia fue dar cumplimiento a la normativa europea sobre la materia⁸, tal y como se desprende del primer párrafo del apartado VII del Preámbulo de la LO 5/2010.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la regulación actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España y, más concretamente, dar virtualidad práctica a una de las novedades más destacadas de la reforma del año 2015: los programas de cumplimiento.

Para ello, se analizarán tanto los requisitos exigidos por el art. 31 bis 5 del CP como la jurisprudencia del TS en esta materia, resolviendo la pregunta de qué sucede en aquellos casos en los que la persona jurídica tiene implantado un programa de cumplimiento en su organización, pero, aun así, se comete un delito dentro de la organización.

Por último, se analizará, en la medida de lo posible, la cuestión de quién debe responder individualmente por los delitos cometidos en la empresa.

⁶ Con datos del año 2017, se estimaba que en torno a un 80% de los delitos económicos habían sido cometidos utilizando o aprovechando las estructuras de las sociedades y empresas.

⁷ JUANES PECES, A. (2017), *Memento Experto. Compliance Penal*, 1ª ed., Madrid: Francis Lefebvre, pág. 10.

⁸ GONZÁLEZ SIERRA, P. (2014), *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 49-40.



I. **MARCO DESCRIPTIVO**

1. **Supuesto de hecho**

La mercantil INCOTEC, S.A. es una multinacional italiana, dedicada a realizar labores de consultoría informática y a proporcionar servicios relacionados con las tecnologías de la información y comunicación (TIC), como, por ejemplo: el mantenimiento de la red interna del Ministerio de Defensa.

A nivel europeo, de los 49 países que conforman el continente europeo, INCOTEC opera en 27 de ellos. En España, cuenta diferentes oficinas o centros de trabajo (*Delivery Center*) repartidos por las capitales de provincia. Dada la entidad de la empresa, normalmente, las peticiones que reciben sus oficinas proceden de grandes compañías o instituciones públicas.

Cada oficina se encuentra especializada en un sector, por ej.: en administración electrónica e inteligencia artificial. Además, a cada oficina se le asigna una serie de proyectos y clientes, los cuales son administrados por un Gerente (*Client Executive Partner*). El Gerente o *Client Executive Partner* es el responsable de un grupo de proyectos.

No obstante, cada proyecto está supervisado por un jefe de equipo, siendo éste el encargado de repartir las tareas a realizar entre los diferentes miembros que componen el proyecto y ser el portavoz del equipo ante el cliente.

A su vez cada oficina o centro de trabajo tiene un responsable asignado, que puede coincidir o no con algún miembro de un equipo.

Desde el año 2015, INCOTEC España cuenta con su propio programa de cumplimiento normativo o *compliance* aplicable a todas las sociedades de



INCOTEC en España. En este sentido, la compañía cuenta con un Comité de «*Compliance*», siendo este comité el órgano encargado de definir los modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, y encargarse del respeto de todos los requisitos previstos por la Ley española.

De esta forma, la empresa tiene tanto un Código ético como un Código de Conducta, los cuales son de obligado cumplimiento para todos los empleados que formen parte de INCOTEC. Además, una vez que pasan a formar parte de la compañía, junto con el documento de confidencialidad, los empleados deben firmar un documento de compromiso de cumplimiento de esta normativa, la cual se les facilita de forma individual a cada empleado.

Por su parte, el Comité de «*Compliance*» organiza, de forma periódica, cursos relacionados con esta materia y que deben realizarse por todos los empleados de forma obligatoria. En caso de no realizar estos cursos pueden ser sancionados.

Para informar de los posibles incumplimientos de las reglas y principios de ambas normas, de forma complementaria a lo anterior, INCOTEC cuenta con un sistema de comunicación de incumplimientos (*Whistleblowing System*), de forma que cualquier empleado que conozca o sospeche del incumplimiento pueda comunicarlo a través de los canales que la compañía tiene habilitados a tal efecto. Para dar a conocer estos canales, el Comité de «*Compliance*» envía mensualmente a todos los empleados un correo electrónico recordándoles la importancia de hacer uso de



<http://gabilex.castillalamancha.es>

estos canales cuando tengan noticias de algún incumplimiento y la forma en que pueden hacerlo.

En este contexto, la Junta de Comunidades X está planeando convocar un concurso para adjudicar la tramitación de los procedimientos de los ERTES en su comunidad. Alberto Pérez, funcionario público y primo de del jefe de equipo de la oficina Z de INCOTEC (el cual a su vez ostenta el cargo de responsable de la oficina Z), es el responsable del área encargada de tramitar y otorgar la adjudicación del concurso. Los empleados de la oficina Z tienen un grupo de WhatsApp de trabajo, en el que también está incluido el gerente de la empresa. Durante una conversación por dicho grupo, el gerente comenta que la Junta de Comunidades iba a sacar en concurso un nuevo procedimiento y que INCOTEC estaba interesada en presentarse al mismo. Ante ello, el jefe de equipo explica la situación de su primo.

El gerente parece mostrarse muy interesado en esta idea, llegando incluso a proponer al jefe de equipo, delante del resto de compañeros, quedar con su primo durante el tiempo de descanso de media mañana para tomar un café con la excusa de que su primo le aclare algunas dudas que tiene sobre el procedimiento.

Dos días después, se reúnen en una cafetería el gerente, el jefe de equipo y Alberto Pérez. Aprovechando que el jefe de equipo se ausenta unos minutos para ir al baño, el gerente le promete a Alberto que, si INCOTEC consigue la adjudicación del procedimiento, hablaría con sus superiores para conseguir que obtuviera un pequeño incentivo económico por las molestias. Días más tarde, el resto de los miembros de la oficina Z se enteran de que, efectivamente, tuvo lugar esta reunión.



De esta forma, cuando Alberto entrega a su subordinada Noelia, funcionaria y encargada de redactar las bases del concurso, las instrucciones generales para el procedimiento, ésta se percata de que parece que con ellas se está tratando de favorecer a una empresa concreta, pero, debido a que no cuenta con pruebas fehacientes que justifiquen sus dudas y ante el temor de salir perjudicada en un posible ascenso, decide no denunciar esta posible irregularidad.

Finalmente, resuelta la concesión, la empresa INCOTEC queda muy por encima del resto de candidatos. Tras este acontecimiento, uno de los empleados de la oficina Z pone en conocimiento del Comité de «*Compliance*», a través del canal de denuncias que tiene la empresa, las posibles irregularidades acontecidas durante el procedimiento de concesión.

2. Problemas jurídicos

En el caso que nos ocupa intervienen personas de distinta naturaleza. Por un lado, encontramos la actuación de diversas personas físicas y, por otro lado, aparecen en el tramado dos personas jurídicas.

La persona que solicita nuestros servicios es uno de los directivos de la empresa INCOTEC. La empresa ha tenido conocimiento de la actuación de sus empleados por medio de su Comité de «*Compliance*» y está preocupada ante la posibilidad de que se abra un proceso contra ella. Es por ello que desea conocer cuál es la regulación actual en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además, dado que la empresa cuenta con un programa de cumplimiento o «*compliance*» en su organización, la siguiente pregunta que plantea el directivo gira en torno al papel que juegan



estos programas en la responsabilidad de las personas jurídicas.

La segunda pregunta versa sobre la actuación de su empleado. El delito ha sido cometido por el Gerente y el jefe de equipo de la oficina Z de la empresa INCOTEC. El Comité de «*Compliance*» desconocía las conductas llevadas a cabo por estos empleados hasta que, tras ser resuelto el procedimiento de concesión, no son informados mediante la interposición de una denuncia por parte de uno de los empleados que trabajaba en la oficina Z. Por tanto, la pregunta que plantea es ¿quién debe responder penal e individualmente por ese delito?

Para resolver estas cuestiones, se ofrecerá una visión al cliente sobre la regulación actual en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, centrada, especialmente, en la función que ejercen los programas de cumplimiento normativo sobre esta responsabilidad. Asimismo, dado que la empresa contaba con un órgano de cumplimiento, se analizará hasta qué punto este órgano debe responder por los delitos cometidos dentro de la empresa y en beneficio de ésta.

3. Marco normativo y jurisprudencial

El cuerpo normativo de aplicación a este caso gira primordialmente en torno al art. 31 bis del CP. Como se ha señalado, la reforma del CP del año 2010, operada por la LO 5/2010, introdujo este precepto en el CP. Posteriormente, esta reforma se vería matizada por la LO 1/2015, entre cuyas novedades, se encuentra la introducción de los modelos de cumplimiento normativo en el CP español como forma de eximir o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica.



En el análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede dejarse de lado la Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por LO 5/2010 y la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por LO 1/2015. Especialmente relevante para este caso es la Circular 1/2016, ya que esta Circular realizó un tratamiento más completo de los programas de cumplimiento.

Además, no puede obviarse que, para que los programas de cumplimiento desplieguen plenamente sus efectos, deben valorarse también otras normas complementarias como los códigos de conducta o las normas ISO, entre las que puede destacarse la ISO 19600 de sistemas de gestión de compliance y la UNE 19601 de sistemas de gestión de compliance penal⁹.

Debido a la trascendencia que ha tenido la jurisprudencia en esta materia, al ser un ámbito particularmente novedoso, no puede prescindirse en este análisis de la jurisprudencia del TS sobre responsabilidad penal de la persona jurídica. Si bien las Audiencias Provinciales también se han pronunciado sobre esta cuestión, debido a la extensión de este trabajo, únicamente se hará referencia a la jurisprudencia del TS. Así, por su relevancia para el supuesto de hecho, destacan: la STS 154/2016, de 29 de febrero; STS 221/2016, de 16 de marzo; la STS 583/2017, de 19 de julio; STS 136/2018, de 28 de junio y la STS 365/2018, de 18 de julio.

⁹ En España, la adaptación e implementación de las normas ISO se lleva a cabo a través de las normas UNE.



II. BREVE INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Durante muchos años el principio *societas delinquere non potest* ha presidido el ordenamiento jurídico español. Pero la aprobación en el año 1995 del nuevo CP español reabrió con fuerza el debate en torno a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

El motivo fue el contenido del art. 129 del CP, introducido en el Título VI de este cuerpo legal con la rúbrica «de las consecuencias accesorias». Entre estas consecuencias accesorias, el art. 129.1 del CP contemplaba la posibilidad de imponer a la persona jurídica la clausura temporal o definitiva, la disolución, la suspensión de actividades, la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito y, por último, la intervención de la empresa.

El problema residía en determinar «si lo que estaba previsto en el 129 eran verdaderas penas del Derecho Penal, o se trataba de medidas de seguridad, o incluso de consecuencias administrativas o civiles impuestas por un juez en sede penal, u otro tipo de consecuencias accesorias (tercera vía)»¹⁰. Las posturas enfrentadas fueron diversas.

Escasos autores se aventuraron a afirmar que estas consecuencias accesorias eran verdaderas penas y que, por tanto, con ello se había puesto fin al principio

¹⁰ GONZÁLEZ SIERRA, P. *op. cit.*, pág. 41.



anteriormente reseñado. Otros no rechazaban la naturaleza penal de estas consecuencias, pero entendían que se trataban de medidas de seguridad. Y entre aquellos sectores que no admitían que la persona jurídica pudiera tener «capacidad de acción, de culpabilidad y de ser sujetos pasivos», entendieron que estas consecuencias tenían naturaleza preventiva, siendo necesario probar la existencia de un hecho de conexión entre la persona jurídica y la persona física, aunque no era imprescindible identificar a la persona física ni demostrar su autoría, pero si se pretendía aplicar estas medidas era necesario respetar las garantías del debido proceso penal. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina parecía estar de acuerdo en un punto: debían reconocerse y respetarse los mismos derechos procesales que tenía la persona física a la persona jurídica, con independencia de la naturaleza que se otorgara a estas consecuencias¹¹.

Tras este debate, el CP sería reformado nuevamente en el año 2003. Esta reforma introduciría un nuevo apartado en el art. 31 del CP (actualmente derogado). El apartado 2 del art. 31 del CP introdujo la responsabilidad solidaria y directa de la persona jurídica en aquellos supuestos en los que el autor de un delito fuera condenado por sentencia al pago de una multa, siempre y cuando éste hubiera actuado en nombre o por cuenta de la persona jurídica.

Nuevamente, volvería a reabrirse el debate sobre lo que realmente significaba este nuevo apartado en el art. 31 del CP. Pero lo cierto es que durante el tiempo

¹¹ GONZÁLEZ SIERRA, P. *op.cit.*, págs. 42, 43 y 44.



que ambos preceptos estuvieron en vigor, el TS no llegaría a pronunciarse sobre esta materia¹².

1. La reforma del CP del año 2010: la derogación del principio *societas delinquere non potest*

En el año 2010 se cerraría definitivamente el debate sobre la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. La reforma del CP del año 2010 puso fin al principio *societas delinquere non potest* en el ordenamiento jurídico español. Desde ese año España pasó a unirse al resto de países de Derecho comparado que incluían en su ordenamiento un modelo a través del cual las personas jurídicas podían ser sancionadas¹³.

La reforma del año 2010 limitó la responsabilidad penal de las personas jurídicas estableciendo un sistema de *numerus clausus* o lista cerrada de delitos, de forma que únicamente pueden responder por la comisión de esos delitos. Además, esta reforma contaba con dos características principales: la responsabilidad acumulativa y la responsabilidad criminal directa¹⁴.

La responsabilidad acumulativa supone que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica no va a excluir la responsabilidad de la persona física y viceversa, por lo que puede exigirse responsabilidad a

¹² *Ibid*, págs. 46 y 47.

¹³ GÓMEZ TOMILLO, M. (2015), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, pág. 19-20.

¹⁴ JUANES PECES, A., *op. cit.*, pág. 11.



ambas¹⁵. De otra parte, la responsabilidad criminal directa implica una responsabilidad autónoma e independiente de la persona jurídica respecto de la persona física. Así, la persona jurídica podría ser condenada sin necesidad de que lo fuera también la persona física, bastando únicamente la constatación de la comisión de un hecho delictivo por parte de la persona jurídica, «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» (art. 31 bis. 2 en su redacción del año 2010).

Teniendo presente estas dos últimas características de la reforma del año 2010, la pregunta que surge a continuación es ¿cuál fue el modelo de imputación elegido por el legislador español?

Existen dos modelos de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica: el modelo de heterorresponsabilidad, sistema vicarial o de transferencia y el modelo de autorresponsabilidad o culpabilidad de empresa.

De forma muy breve, en el sistema vicarial, la responsabilidad de la persona jurídica surge

¹⁵ Debe aclararse que para que tenga lugar esta responsabilidad acumulativa debe existir un hecho de conexión entre ambas conductas, es decir, una vez que se ha comprobado la comisión de un delito por parte de la persona física se exige que la actuación que ha llevado a cabo la persona física lo sea «en nombre o por cuenta» de la persona jurídica o «en el ejercicio de actividades sociales» (relación funcional entre la actuación de la persona física y los objetivos organizativos de la persona jurídica). Pero, además, existe otro requisito: la persona jurídica debe beneficiarse de la actuación que ha llevado a cabo la persona física.



automáticamente, «cuando un directivo o representante comete un delito en beneficio de la empresa y actuando en su nombre, y cuyo sistema de imputación parte de que tanto el injusto como la culpabilidad se transfieren de la persona física a la jurídica». Por su parte, en los sistemas de autorresponsabilidad, la persona jurídica responde «por un injusto y una culpabilidad propios, *a priori* separados del delito individual en cuestión»¹⁶.

No ha sido tampoco pacífica la respuesta en torno a cuál había sido el modelo o sistema de imputación penal de la persona jurídica que el legislador español había adoptado en su reforma del año 2010.

La FGE, en un intento de unificar criterios de interpretación sobre esta materia, publicó el 1 de junio de 2011 su Circular 1/2011, entendiéndose que de la lectura del art. 31 bis del CP se desprendía la opción por un sistema vicarial, «según el cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el *alter ego* o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos»¹⁷.

Pero parte de la doctrina mantiene que el CP español se basa en la «teoría de la conexión del hecho por exigencias del principio de culpabilidad, pues de no ser así se consagraría una especie de responsabilidad

¹⁶ CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2020), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistemas de atribución», en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, SILVA SÁNCHEZ (dir.), Barcelona: Atelier, pág. 77.

¹⁷ Para mayor concreción, *vid.* epígrafe III, apartado III.1) Consideraciones generales de la Circular 1/2011.



cuasi objetiva, alejada por ello de los principios consustanciales al Derecho penal»¹⁸.

Por otro lado, otro sector, apoyándose en el art. 31 bis 1 del CP, apuntaba a la idea de distinguir entre la responsabilidad atribuible a los representantes o directivos, aplicándoles el modelo de responsabilidad vicarial, y la responsabilidad atribuible a los empleados por falta de control de los primeros, a los que se les aplicaría el modelo de autorresponsabilidad o culpabilidad de empresa¹⁹. Todo ello con base a la omisión de exigencias de algún tipo de infracción de deber para el primer grupo de sujetos²⁰.

Por último, este apartado no puede concluir sin hacer mención al elenco de sujetos obligados por el art. 31 bis del CP, dado que hubo un grupo de personas jurídicas que quedaron al margen de esta responsabilidad y cuyas exclusiones se han mantenido en la actualidad, aunque con un leve matiz.

Tanto en la reforma del año 2010 como en la reforma del año 2015, las entidades que forman parte del Sector Público quedaron excluidas de las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Estas entidades son el Estado y las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, Agencias y Entidades Públicas Empresariales, así como las organizaciones internacionales de derecho público u organizaciones que

¹⁸ JUANES PECES, A., *op. cit.*, pág. 12.

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, pág. 84.



ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas²¹.

Su exclusión es de carácter personal, por lo que «si entran dentro de alguno de estos tres grupos quedan excluidas de responsabilidad penal con independencia de la naturaleza de los hechos o del delito»²².

Además, dentro de estas exclusiones, en ambos supuestos se menciona a las Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En un principio, la reforma del año 2010 excluía de toda responsabilidad a estas sociedades. Sin embargo, la reforma operada por la LO 1/2015 ha restringido su responsabilidad a la sanción de multa e intervención judicial, radicando el fundamento de esta limitación en el hecho de que «el órgano jurisdiccional no puede restringir una actividad de una sociedad que, por cumplir una función pública o de interés general, resulta esencial para la ciudadanía»²³.

²¹ En la redacción original del art. 31 bis también se encontraban exentos de responsabilidad los partidos políticos y sindicatos. Desde el año 2012, tras la modificación introducida en el art. 31 bis por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude Fiscal y en la seguridad, estos sujetos pasaron a ser incluidos dentro del elenco de personas jurídicas imputables.

²² FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (2016), «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ Y GÓMEZ-JARA DÍEZ (dirs.), 2ª ed., Navarra: Aranzadi, pág. 60.

²³ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 99.



Asimismo, ambas reformas hacen referencia a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan abrir un procedimiento contra estas personas jurídicas excluidas en aquellos supuestos en los que estas entidades se hayan creado con el objetivo de evitar la responsabilidad penal, con independencia de su naturaleza pública y entendiendo que esta posibilidad abarca a todo el elenco de sujetos excluidos²⁴.

2. La reforma del CP del año 2015: la introducción de los programas de cumplimiento en el ordenamiento jurídico español

La exposición de motivos de la LO 1/2015 señala en su apartado tercero las razones que llevaron al legislador a modificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El fundamento de esta reforma consistía en delimitar adecuadamente el contenido del debido control, fundamentando la responsabilidad penal de las jurídicas en el quebrantamiento de este debido control, «en la idea de compliance en el sentido apuntado por la norma ISO 19600»²⁵. Con ello, se reconoce que el modelo de imputación penal de las personas jurídicas sigue el sistema de autorresponsabilidad, cerrándose así la polémica surgida con la anterior reforma²⁶: la persona jurídica pasa a

²⁴ *Loc. cit.*

²⁵ JUANES PECES, A., *op. cit.*, pág. 13.

²⁶ En su primera sentencia sobre esta materia (STS 514/2015 de fecha 2 de septiembre de 2015), el TS no se adentró a pronunciarse sobre el fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas. Simplemente, se limitó a señalar la existencia de los dos modelos de responsabilidad señalados,



responder «por su propio injusto (defecto de organización) y su propia culpabilidad (ausencia de una cultura de compliance o cumplimiento de la legalidad)»²⁷.

Pero, además de los programas de cumplimiento, la otra novedad de la reforma de 2015 fue ampliar el catálogo de sujetos responsables, así como de delitos imputables a la persona jurídica.

El texto original del art. 31 bis del CP distinguía entre dos grupos de personas responsables. Por un lado, los representantes legales y administradores de hecho o de derecho y, por otro lado, aquellas personas sometidas a la autoridad de las personas físicas que acaban de mencionarse²⁸.

La reforma del año 2015 amplía el primer grupo de sujetos responsables y, a su vez, elimina toda referencia a los administradores de hecho. Actualmente, el primer grupo de sujetos se encuentra regulado en el art. 31 bis 1. a) del CP y se encuentra integrado por los

haciendo hincapié en el de hecho de que, independientemente del modelo por el que se opte, «cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal».

²⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2016), «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ Y GÓMEZ-JARA DÍEZ (dirs.), 2ª ed., Navarra: Aranzadi, pág. 89.

²⁸ Este segundo grupo de sujetos se encuentra regulado actualmente en el art. 31 bis 1. b) del CP con ligeras modificaciones en la redacción del texto original del año 2010, pero haciendo referencia al mismo grupo de sujetos: los subordinados.



representantes legales²⁹, por quienes están autorizados para la adopción de decisiones en nombre de la persona jurídica³⁰, por quienes formando parte de un órgano de la persona jurídica con facultades decisorias están autorizados para obligar a la entidad como son los consejeros delegados, el consejo de administración, los patronos de una fundación o los órganos de representación en los términos previstos en la asamblea y por quienes ostentan facultades de control y organización³¹.

En el apartado anterior, ya se hizo referencia a las personas jurídicas que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del art. 31 bis del CP. Pero ¿qué personas jurídicas tienen capacidad para ser parte?

De dicho precepto no puede extraerse una definición sobre el concepto de persona jurídica penalmente responsable. Sin embargo, el concepto de persona jurídica sí ha sido recogido por otros cuerpos jurídicos como el CC, el CCom. o la LSC, por lo que, para obtener esta definición, debemos remitirnos a los mismos. Así, según el art. 35 del CC son personas jurídicas «las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley» y «las

²⁹ Para determinar el concepto de representante legal, la Circular 1/2016 se remite a la legislación mercantil.

³⁰ Según JUANES PECES, en este elenco de sujetos se encontrarían los apoderados o representantes voluntarios autorizados mediante poder general o especial para realizar el acto concreto en que se materialice el delito, en beneficio directo o indirecto, así como los directivos con facultades de obligar a la empresa, los cuales habrán de ser considerados como representantes voluntarios.

³¹ JUANES PECES, A., *op. cit.*, pág. 13.



asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados»³².

Cuando el CC se refiere a las asociaciones de interés particular incluye las sociedades mercantiles. En España, tradicionalmente, han existido cuatro grandes grupos de sociedades mercantiles (art. 122 del CCom.): la sociedad limitada, la sociedad anónima, la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria o en comandita, que, a su vez, se divide en sociedad comanditaria por acciones y comanditaria simple³³. La naturaleza mercantil de estas sociedades aparece recogida en el art. 116 del CCom., el cual, una vez constituidas, las dota de personalidad jurídica en todos sus actos y contratos³⁴.

La FGE se pronunció sobre el concepto de persona jurídica en su Circular 1/2011 remitiéndose también a la normativa civil, mercantil y de derecho societario para determinar dicho concepto.

En cuanto a los delitos que pueden desencadenar la responsabilidad de las personas jurídicas estarían

³² GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 97.

³³ La regulación de estos cuatro grupos de sociedades se encuentra dividida entre el CCom. y la LSC. Así, la sociedad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones forman parte de las denominadas sociedades de capital y, por tanto, se encuentran reguladas en el art. 1 de la LSC. Por su parte, la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria simple tienen el carácter de sociedades personalistas y su regulación se encuentra en el CCom.

³⁴ INCOTEC reviste la forma jurídica de sociedad anónima, gozando plenamente de personalidad jurídica. Por tanto, entraría dentro del ámbito de aplicación del art. 31 bis del CP.



agrupados dentro de tres categorías: derecho penal económico y de la empresa, corrupción e ilícitos en los que se entiende que existe una elevada probabilidad de participación del crimen organizado y delitos de terrorismo³⁵. Junto a los delitos contemplados en el CP, el art. 2.5 de la LO 12/1995, de Represión del Contrabando también prevé la posibilidad que los delitos de contrabando desencadenen la responsabilidad de las personas jurídicas³⁶.

En cuanto a las penas aplicables a las personas jurídicas, actualmente, se encuentran enumeradas en el art. 33.7 del CP, siendo éstas la pena de multa por cuotas o proporcional, la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se hubiera cometido, favorecido o encubierto el delito, la 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 y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

³⁵ A modo de ejemplo pueden citarse el tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis 7), la trata de seres humanos (art. 177 bis 7), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis), blanqueo de capitales (art. 302.2), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis 5), delitos contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis), cohecho (art. 427 bis) o terrorismo (art. 580 bis).

³⁶ CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, págs. 86-87.



III. **LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Como ha sido mencionado, tras la reforma de 2015, el legislador español se decanta por un modelo de autorresponsabilidad. La persona jurídica responde por su hecho propio y no por el de la persona física³⁷.

De esta forma, los presupuestos para exigir responsabilidad a la persona jurídica se basan, en primer lugar, en la comisión de un hecho delictivo por parte de la alguna de las personas físicas mencionadas en el art. 31 bis 1 del CP. A continuación, es necesario que exista una relación funcional entre la actuación de la persona física y los objetivos organizativos de la persona jurídica. Pero, además debe apreciarse un defecto de organización o estructural por parte de la persona jurídica y, por último, comprobar si existe una cultura

³⁷ En su Circular 1/2016, la FGE sigue insistiendo en el modelo de responsabilidad vicarial. Así afirma que, «pese a los significativos cambios estructurales y sustantivos (...), el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente y que, como se decía en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, “En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial” mediante un sistema de numerus clausus que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el Libro II del Código Penal.>>.



corporativa contraria a Derecho o no respetuosa con la legalidad³⁸.

La comisión de un delito por las personas físicas enumeradas en el art. 31 bis 1 del CP, conocido como delito base o hecho de conexión, se convierte en el presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica y no en el fundamento de su responsabilidad. Tal y como mantiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, de sostener que el delito de la persona física es el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica que, «después bajo determinadas circunstancias, se transfiere a la persona jurídica, resultaría *quasi* imposible el establecimiento de la RPPJ cuando no se pudiera individualizar persona física alguna responsable penalmente. Asimismo, resultaría difícilmente justificable que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan a esa persona física - cuando pudiera individualizarse- no se transfieran igualmente a la persona jurídica»³⁹. Esta posición es también la defendida por el TS en su sentencia 154/2016, de 29 de febrero de 2016⁴⁰.

Una vez que se ha constado la comisión de un hecho delictivo por parte de la persona física se requiere

³⁸ CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, págs. 78-83.

³⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2019), *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi, págs. 72-73.

⁴⁰ El TS termina desestimando el recurso de dos de las personas jurídicas imputadas al entender que en ambos casos se confunde «las conductas típicas de las personas físicas con el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica».



que ese hecho sea de conexión, es decir, se requiere que la actuación de la persona física sea «en nombre o por cuenta» o «en el ejercicio de actividades sociales» de la persona jurídica, descartándose así lo que, CIGÜELA SOLA y ORTIZ DE URBINA GIMENO denominan «hechos de exceso, esto es, aquello que el representante hace más allá de sus funciones, como por ejemplo el trabajador que en sus ratos libres utiliza la tecnología de la empresa para espiar a terceros»⁴¹.

Sin embargo, el CP exige, también, que la persona jurídica se haya beneficiado, directa o indirectamente, de la actuación de la persona física. En la sentencia del TS anteriormente reseñada, se aclara que el término beneficio (o provecho en la sentencia del TS) puede consistir en «cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete».

El TS mantiene también en su sentencia la posición de la FGE, según la cual no es necesario la efectiva constatación del beneficio «resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad». Asimismo, la actuación de la persona física tampoco debe tener como objetivo exclusivo beneficiar a la persona jurídica, sino que, por ejemplo, con su actuación también puede tratar de conseguir un ascenso (Circular 1/2011).

⁴¹ CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, pág. 79.



Pero sin duda el núcleo de la responsabilidad penal de la persona jurídica se encuentra en el defecto de organización o estructural. En palabras del TS, «el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización»⁴².

Pero ¿cómo puede probar esto la organización? Es decir, que el delito no es expresión de un defecto propio, sino consecuencia de procesos que evaden su competencia y control. Entran en juego, los programas de cumplimiento o «*compliance*». La instauración de estos planes de prevención de delitos «tendría el efecto de negar la existencia del defecto organizativo («esto se controlaba correctamente»), o bien colocaría dicho defecto más allá de las obligaciones de la empresa en materia de cumplimiento («esto no tenía que controlarlo»)»⁴³.

A lo anterior, tanto TS como la FGE en su Circular 1/2016, suman un último requisito: la existencia de una cultura corporativa contraria a Derecho o no respetuosa con la legalidad. La expresión «cultura de cumplimiento» se refiere a una serie de creencias y valores que rigen la actuación de la persona jurídica, los cuales, a su vez, sirven de modelo para los empleados

⁴² STS 154/2016 de fecha 29 de febrero de 2016.

⁴³ CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *op. cit.*, pág. 81.



de la organización, quienes sea guían en su actuación por tales creencias y valores.

1. Los programas de cumplimiento como causa de exoneración o atenuación de responsabilidad

Las raíces de la expresión «*compliance*» se encuentran en el derecho anglosajón, donde, en el ámbito jurídico, aparece junto «*with the law*». La transcripción más apropiada sería, por tanto, «programa de cumplimiento legal»⁴⁴.

Nuestro ordenamiento jurídico emplea, además, la expresión «prevención» denominando a estos programas, plan de prevención jurídica de las empresas. Por su parte, el CP los califica como «modelos de organización y gestión», reproduciendo la terminología empleada por el legislador italiano en el Decreto Legislativo 231/2001 por el que se introduce en Italia la responsabilidad administrativa por ilícito penal de las personas jurídicas. Así, el legislador italiano nombra a estos programas *modelli di organizzazioni e di gestione*. No obstante, en la doctrina se ha extendido el empleo de la expresión «*compliance*», «para abreviar y resumir un concepto de por sí extenso y complejo»⁴⁵.

El estándar australiano de compliance (AS 3806), en su primer texto del año 1998, definía los programas de cumplimiento como «un sistema de gestión empresarial que tiene como objetivo prevenir y si resulta necesario, identificar y sancionar las infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos

⁴⁴ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 248.

⁴⁵ *Loc. cit.*



que tienen lugar en la organización, promoviendo una cultura de cumplimiento»⁴⁶.

Una vez decidido implementar estos programas existen dos maneras de orientarlos. Una de ellas consiste en basar estos programas en la supervisión, vigilancia y control, mientras que la otra estaría basada en la afirmación de determinados valores éticos. En este último caso, los controles y mecanismos de supervisión implementados deberán restringirse y ser congruentes con los valores que asuma la organización. La preferencia por uno u otro es una decisión político-criminal⁴⁷.

El CP español ha optado por la primera opción, centrándose, especialmente, en el control. Basar un programa de cumplimiento en el control supondrá basar la efectividad de ese control en la optimización de las capacidades de supervisión que posee el empresario sobre sus empleados. Así, por ejemplo, supondría la adopción de medidas como la «imposición de obligaciones de información a los empleados de los incumplimientos que detecten» o «la selección del personal de acuerdo con criterios de riesgo»⁴⁸.

NIETO MARTÍN se inclina por defender un modelo de cumplimiento basado en valores puesto que, en caso contrario, se convertiría a la empresa «en una suerte de

⁴⁶ NIETO MARTÍN, A. (2015a), «El cumplimiento normativo», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 26.

⁴⁷ NIETO MARTÍN, A. (2015b), «Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 122.

⁴⁸ NIETO MARTÍN, A. (2015b), *op. cit.*, pág. 122.



panóptico que afecta seriamente a derechos fundamentales como la intimidad, secreto de las comunicaciones y el derecho de protección de datos» y porque, además, el cumplimiento normativo viene de la mano de «fenómenos como la responsabilidad empresarial o la ética de empresa, donde evidentemente no tiene cabida un panóptico empresarial»⁴⁹.

A su vez, el legislador español reguló estos programas como causa de exoneración o atenuación de la responsabilidad penal. Para ello, el CP distingue entre si el delito ha sido cometido por los representantes legales o personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control (art. 31 bis 2 del CP) o si ha sido cometido por quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas (art. 31 bis 4 del CP)⁵⁰.

Esta causa de exención o atenuación de la pena puede tener lugar antes del enjuiciamiento, antes de dictar sentencia o tras la sentencia. En el primer supuesto, se trata de evaluar la calidad de los programas de cumplimiento durante la fase de instrucción para determinar si son efectivos, decidiendo en consecuencia procesar o no a la persona jurídica. En el segundo supuesto, los programas de cumplimiento serán utilizados como medio de prueba del «ejercicio del control interno» por parte de la organización, mientras que, en el último caso, si la organización decide implementar un programa de cumplimiento en aras a

⁴⁹ *Ibid.* págs. 122-123.

⁵⁰ Para mayor concreción sobre las condiciones que deben darse en ambos supuestos para eximir de responsabilidad a la persona jurídica, *vid.* art. 31 bis 2 y 4.



evitar la futura comisión de nuevos delictivos será valorado para la «aplicación de beneficios post sentencia a través de la suspensión de la pena», entendida como «exención de cumplimiento de la sanción impuesta a la organización»⁵¹.

La FGE se pronunció sobre los programas de cumplimiento en su Circular 1/2016, señalando que el objetivo de estos programas es «promover una verdadera cultura ética empresarial»⁵². Aunque reconoce su capacidad de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, señala la FGE que el objetivo de los programas de cumplimiento no éste, sino que de lo que se trata es de que las organizaciones se doten de estos programas con el objetivo de promover cultura de cumplimiento legal, «donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura»⁵³, ya que en caso contrario existe el riesgo de que las entidades utilicen estos programas como una especie de coraza que les permita protegerse de toda acción penal.

Cambia así la postura que la FGE había mantenido en su anterior Circular 1/2011, donde sostenía que la implementación de un programa de cumplimiento no podía ser utilizado como mecanismo para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica⁵⁴.

⁵¹ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 249.

⁵² Circular 1/2016, pág. 20.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Circular 1/2011, pág. 16.



1.1. Elementos de los programas de cumplimiento

El art. 31 bis 5 del CP señala cuáles deben ser los requisitos que deben reunir los programas de cumplimiento.

En primer lugar, se deben identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. Se trata de realizar un análisis de la persona jurídica⁵⁵, «atendiendo a la que sea su configuración societaria, orgánica, su/s área/s de negocio, su territorio de actuación, sus clientes, sus socios de negocio, las relaciones que pueda tener con el sector público y la regulación que le sea aplicable (...)»⁵⁶. Asimismo, deben identificarse los riesgos penales que pueden afectar a la organización, así como los sectores de actividad que se verían afectados y la efectividad de las medidas de control adoptadas para prevenirlos⁵⁷.

En segundo lugar, se deben establecer 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. Los programas de cumplimiento requieren normas nítidas de comportamiento⁵⁸. En este sentido, el Código ético o de conducta y las políticas y protocolos de empresa serán las normas internas de referencia, fundamentalmente en aquellos modelos de

⁵⁵ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 280.

⁵⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2020), «Compliance», en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, SILVA SÁNCHEZ (dir.), Barcelona: Atelier, pág. 104.

⁵⁷ NIETO MARTÍN, A. (2015b), *op. cit.*, pág. 129.

⁵⁸ *Loc. cit.*



cumplimiento basados en valores⁵⁹. Los códigos de conducta contienen aquellos comportamientos que se consideran prioritarios dentro de la organización como, por ejemplo, la prevención de la corrupción. Por lo que, en ocasiones será necesario desarrollar estos comportamientos a través de políticas específicas en las que se concreten de forma pormenorizada las pautas de comportamiento a seguir en esos casos⁶⁰.

En tercer lugar, el art. 31 bis 5 establece la necesidad de contar con modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. No se trata de establecer únicamente medidas internas que eviten la comisión de hechos delictivos relacionados con una defectuosa gestión de los recursos económicos de la organización⁶¹, sino de que ésta cuente con una «dotación presupuestaria adecuada» para la implementación de los programas de cumplimiento⁶². Dado que los recursos de las organizaciones no son ilimitados, determinar «cuál hubiera sido el presupuesto necesario para evitar la comisión de un delito que haya podido ocurrir» se convierte en una tarea especialmente compleja⁶³.

⁵⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 105.

⁶⁰ NIETO MARTÍN, A. (2015b), *op. cit.*, pág. 129.

⁶¹ La norma UNE 19601 incluye dentro de los controles financieros una adecuada política de segregación de funciones, circuitos de aprobación necesarios para la gestión de los recursos financieros, controles en los procesos de emisión de información financiera y realización de auditorías financieras.

⁶² MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 105.

⁶³ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 281.



En cuarto lugar, los programas de cumplimiento deben imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Se trata de establecer mecanismos de detección e investigación de infracciones, siendo éstos los canales de denuncia (<<*whistleblowing*>>) y las investigaciones internas.

Los canales de denuncia son una herramienta de la que dispone el trabajador o un tercero para denunciar la comisión de posibles hechos constitutivos de delito cometidos en el seno de la organización, pudiendo articularse a través de procedimientos físicos o procedimientos online⁶⁴.

Dado que el legislador ha introducido los canales de denuncia dentro de los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad a la persona jurídica, la implementación de estos canales será un <<elemento a tener en cuenta para definir la diligencia de la persona jurídica>>⁶⁵. Pero para que los canales de denuncia sean considerados una medida eficaz, en aras a prevenir irregularidades dentro de la organización, es necesario contar con la colaboración de todos los miembros que integran la organización⁶⁶.

Es por ello por lo que la legitimación para el uso de los canales de denuncia debe atender a criterios objetivos de forma que únicamente las personas más cercanas a la empresa se encuentren habilitadas para utilizarlos. Así trabajadores, contratistas o proveedores podrán acceder al canal. Sin embargo, consumidores o

⁶⁴ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 88.

⁶⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 105.

⁶⁶ *Loc. cit.*



antiguos trabajadores que no formularon denuncia cuando aún trabajaban para la organización no tendrían acceso a estos canales, debiendo remitirse a otras vías alternativas de denuncia⁶⁷.

Surge la duda sobre si las personas que se encuentran legitimadas para usar estos canales pesa una obligación o un deber de denuncia de irregularidades. En la práctica, se opta por incluir este compromiso de denuncia en los códigos éticos y en los contratos de trabajo⁶⁸.

En cuanto a la forma de gestionar estos canales, parece que la mejor forma de gestionarlos es optando por un modelo externalizado o «*outsourced*», ya que, desde el punto de vista de las empresas, la externalización mejora la efectividad de los canales de denuncias, puesto que sus gestores deben ser personas independientes e imparciales, sin ningún tipo de interés en la resolución del caso y sin influencias de las opiniones de trabajadores ni de los altos cargos de la organización. Además, desde un punto de vista corporativo, confiar el canal de denuncias a una empresa especializada, ofrece mayores garantías a la hora de demostrar que la persona jurídica ha prestado especial atención a la prevención de irregularidades⁶⁹.

Pero también tiene ventajas para el denunciante, ya que, si se opta por confiar el canal a un abogado o a un despacho jurídico, la identidad del denunciante puede

⁶⁷ GARCÍA MORENO, B. (2015), «Whistleblowing y canales institucionales de denuncia», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 216.

⁶⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 105.

⁶⁹ GARCÍA MORENO, B. *op. cit.*, pág. 216-217.



permanecer oculta incluso durante el proceso judicial, puesto que en caso de requerimiento judicial cualquier pretensión de confidencialidad decaerá, salvo la debida al secreto profesional⁷⁰.

Respecto a la preferencia por un canal anónimo o confidencial, la Agencia Española de Protección de datos aboga por los canales de denuncia confidenciales, admitiendo las denuncias anónimas únicamente en supuestos excepcionales⁷¹. El problema de las denuncias anónimas es el elevado número de denuncias que se reciben, ya que la identidad del denunciante permanece oculta. Ello conlleva una disminución de la calidad de la información que se recibe, siendo necesario, en la mayoría de los casos, «filtrar aquellas denuncias que efectivamente informan de malas prácticas de aquellas otras que únicamente se refieren a cuestiones propias de recursos humanos»⁷².

Por lo que se refiere a las investigaciones internas se trata de un instrumento de carácter reactivo e interno asociado a las posibles irregularidades detectadas. El problema de las investigaciones internas es que suele

⁷⁰ *Ibid*, pág. 218.

⁷¹ Apoyándose en las conclusiones emitidas por el Grupo de Trabajo, creado por la Directiva 95/46/CE para el análisis del impacto de la Ley Sarbanes-Oxley en Europa, la cual obliga a los comités de auditoría de las sociedades que cotizan en la bolsa de Estados Unidos a implantar canales de denuncias anónimos, la Agencia Española de Protección de Datos emitió un informe (2007-128) en el que hacía alusión a los canales de denuncia, mostrando su preferencia por los canales confidenciales, pero sin prohibir expresamente los canales anónimos.

⁷² GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 88-89.



generar conflictos de intereses, especialmente entre los intereses del trabajador investigado y los de la organización. Teniendo presente que no existe una respuesta jurídica clara y que estas investigaciones pueden desarrollarse con anterioridad a la apertura del proceso penal o incluso de forma paralela, el marco en el que se desenvuelvan estas investigaciones debe diseñarse de tal forma que se respeten los derechos y garantías de ambas partes⁷³.

En quinto lugar, los programas de cumplimiento deben establecer sistemas disciplinarios que sancionen adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. Las sanciones disciplinarias son otras de las herramientas de cumplimiento de carácter reactivo⁷⁴. El establecimiento de estas medidas es indispensable puesto que en el supuesto de que la empresa no reaccionara frente a una conducta negativa que deba ser sancionada dejaría entrever que los administradores no están involucrados en el éxito del programa de cumplimiento: debe haber un compromiso férreo de intolerancia por parte de la organización frente a conductas negativas⁷⁵.

No obstante, estas sanciones pueden ser también positivas, recompensando a aquellos trabajadores más comprometidos con los objetivos del programa, con una remuneración o en su carrera profesional⁷⁶.

Además, si de lo que se trata es de atenuar la responsabilidad de la persona jurídica no bastará con

⁷³ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 107.

⁷⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 108.

⁷⁵ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 273.

⁷⁶ NIETO MARTÍN, A. (2015b), *op. cit.*, pág. 130.



sancionar la conducta del empleado, sino que será preciso reparar o disminuir el daño que ha causado⁷⁷.

En sexto y último lugar, se prevé la verificación periódica del modelo y su eventual modificación cuando se ponga 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. Aunque no se reconoce la frecuencia con la que deben realizarse estas verificaciones o revisiones, la UNE 19601 aconseja que se lleven a cabo, al menos, una vez al año⁷⁸.

Asimismo, debe documentarse todo el proceso, ya que con ello se consigue la trazabilidad del sistema, identificando al autor de la infracción y los errores que hayan permitido ocasionarla. A su vez también servirá como medio probatorio, ya que se podrá probar a las autoridades administrativas o judiciales que «el programa se ha ejecutado convenientemente»⁷⁹.

Por último, no debe olvidarse que el CP no es tan exigente con las empresas de pequeñas dimensiones, es decir, aquéllas autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada (art. 31 bis 3 del CP). Y ello porque exigirles la implementación de un programa de cumplimiento con las características señaladas puede ser demasiado oneroso para éstas. Además de que el riesgo de que se cometan irregularidades, así como la trascendencia de los mismos es relativamente más baja en este tipo de empresas.

⁷⁷ GIMENO BEVIÁ, J., *op. cit.*, pág. 273.

⁷⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 109.

⁷⁹ NIETO MARTÍN, A. (2015b), *op. cit.*, pág. 131.



1.2. **La incidencia de otras normas complementarias en los programas de cumplimiento**

A la hora de valorar los programas de cumplimiento como causa de exención de responsabilidad penal a las personas jurídicas se tienen en cuenta la existencia de otras normas complementarias. Entran en juego los códigos de conducta, los códigos éticos o las normas ISO, entre otros.

Los códigos de conducta establecen reglas concretas para perfilar las prácticas y comportamientos específicos que deben ser estimulados o vetados en una organización o individuo en base a su declaración de valores, principios y creencias. No debe confundirse el código de conducta con el código ético, ya este último es el encargado de establecer los valores que rigen la actividad de una organización.

De otro lado, en el desarrollo de las actividades de las organizaciones, no puede obviarse el riesgo de incumplimiento por parte de las organizaciones de normas específicas que les afectan, es decir, el riesgo de incumplimiento de «normas técnicas propias de cada sector profesional»⁸⁰. Ello propició la aparición de estándares adaptados a la naturaleza de los riesgos.

En el ámbito del «*compliance*», el primer estándar en esta materia fue el «*Australia Standard on compliance programs*» AS 3806 1998⁸¹. En el año

⁸⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 100.

⁸¹

<https://www.saiglobal.com/PDFTemp/Previews/OSH/As/as3000/3800/3806.pdf>



2006⁸² este estándar sufrió una serie de modificaciones que acabarían convirtiéndolo en el primer ejemplar que incluiría las reglas que deben seguirse en el desarrollo de los programas de cumplimiento, lo que le llevaría a gozar de gran reconocimiento a nivel mundial, siendo el modelo de referencia utilizado por diversas organizaciones alrededor del mundo para la confección de sus modelos de cumplimiento⁸³.

ISO⁸⁴ elaboraría su primer estándar internacional sobre programas de cumplimiento, el estándar ISO 19600, utilizando como base el «*Standards Australia*». Posteriormente, en España, UNE⁸⁵, basándose en el estándar ISO 19600, publicaría el estándar nacional UNE 19601.

⁸² *Australian Standard on compliance programs AS 3806-2006, AS 3806-2006 Compliance programs (saiglobal.com)*

⁸³ JUANES PECES, A., *op. cit.*, pág. 213.

⁸⁴ ISO opera desde el año 1947 como una organización no gubernamental e independiente dedicada a la creación de normas o estándares que aseguren la calidad, seguridad y eficiencia de productos y servicios. Aunque no tiene capacidad legislativa, ni tampoco capacidad para imponer sus criterios, la mayoría de sus normas gozan de gran aceptación, deviniendo una exigencia habitual. Actualmente se encuentra integrada por 193 países.

⁸⁵ UNE tiene asumida la representación de España en ISO. Se trata de una entidad privada, multisectorial y sin fines lucrativos, designada por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad como el único organismo de normalización a nivel nacional, encargándose, en consecuencia, de la adaptación e implementación de las normas ISO en España a través de la publicación de sus normas UNE. Al igual que ISO, UNE no tiene capacidad legislativa, pero sus publicaciones cuentan con gran aceptación.



El estándar ISO 19600 sirve de «guía para estructurar cualquier sistema de gestión relacionado con compliance o para definir y valorar estructuras que coordinen diferentes bloques o sistemas de gestión de compliance específicos»⁸⁶, ya que, para el estándar ISO 19600, la clave del éxito a medio y largo de una organización, incluidas las pequeñas empresas, reside en sostener una cultura de integridad y cumplimiento ético, recomendando para ello: «planificar, hacer, verificar, actuar, distinguiendo los diferentes roles del encargado del cumplimiento, de alta dirección, y los empleados de la organización, regulando una evolución continua»⁸⁷.

Por su parte, la norma UNE 19601 define los requisitos y condiciones que deben reunir los programas de cumplimiento para ser considerados eficaces en aras a evitar o mitigar la comisión de hechos delictivos en el desarrollo de la actividad de una empresa⁸⁸.

Debe señalarse que la norma UNE 19601 es certificable por la Entidad Nacional de Acreditación. La certificación supone que una tercera parte técnicamente cualificada e independiente asegure que el Sistema de Gestión de Compliance implantado en la empresa se adecua a las exigencias legales españolas y cumple con las expectativas que se depositan en las organizaciones que operan en los mercados internacionales⁸⁹.

La certificación de los programas de cumplimiento no sólo los dota de un mayor valor de mercado y

⁸⁶ JUANES PECES, A., *op. cit.*, pág. 214.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 22.

⁸⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 101.

⁸⁹ Definición extraída de la Agencia de Certificación de Innovación Española.



reputacional⁹⁰, sino que, además, pueden tener valor probatorio dentro de un proceso civil, administrativo o penal⁹¹.

2. ¿Cómo han sido valorados los programas de cumplimiento por el Tribunal Supremo? ¿Qué ocurre si una empresa tiene implantado un programa de cumplimiento y aun así se comete un delito dentro de la organización?

Tras un largo periodo de tiempo puede concluirse que para el TS la ausencia de los programas de cumplimiento dentro de la organización es un elemento generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En la primera sentencia relevante en esta materia, la STS 154/2016, de 29 de febrero, ya mencionada anteriormente, el TS hacía hincapié en los nuevos presupuestos exigidos, tras la reforma del año 2015, para apreciar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Así, además de señalar que la comisión de un hecho delictivo por parte de alguna de las personas físicas señaladas en el art. 31 bis 1 es el presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, añade que «el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa (...) en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización». En consecuencia, para afirmar la responsabilidad de la persona jurídica es necesario

⁹⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pág. 110.

⁹¹ NIETO MARTÍN, A. (2015b), *op. cit.*, pág. 116.



comprobar si el delito ha sido cometido por la «ausencia de una cultura de respeto al Derecho».

Posteriormente, en la STS 221/2016, de 16 de marzo, aunque el Tribunal se centra en cuestiones de índole procesal como el derecho a la presunción de inocencia y la carga de la prueba, el TS señala que a la acusación también le incumbe probar que el delito cometido por la persona física lo ha sido «por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica (...)».

Pero sin duda donde realmente puede apreciarse la importancia de los programas de cumplimiento es en la sentencia 583/2017, de 19 de julio. El TS revisa los elementos señalados por el art. 31 bis del CP para desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica, concluyendo que, en el caso concreto, procedía condenar a la entidad al quedar acreditados los requisitos exigidos por el mencionado artículo. Así, los administradores y directivos de la entidad, actuando en representación de la empresa, llevaron a cabo una actividad encajable en el art. 301 del CP, existiendo un innegable provecho o beneficio directo para la sociedad y, lo más importante, se constata la ausencia de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito.

Más recientemente, en la STS 136/2018, de 28 de junio, el TS recomienda implementar este tipo de programas no sólo para disminuir la probabilidad de comisión de delitos dentro de la organización, sino también «para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa». En los mismos términos se pronuncia en su sentencia 365/2018, de 18 de julio.



¿Pero cómo debe entonces valorarse un programa de cumplimiento en aquellos casos en los que la organización ha adoptado este tipo de medidas y, aun así, se ha cometido un delito? GÓMEZ TOMILLO sugiere que «la adopción de un programa de cumplimiento «*ex ante*» serio, eficaz y correctamente implementado excluye la culpabilidad, entendida como defecto de organización y, con ello, la posibilidad de imponer una pena, o sanción administrativa, a la persona jurídica (...) No tiene sentido preventivo que si un sujeto ha agotado todos los medios a su alcance para impedir la comisión de un hecho delictivo se le sancione por ese hecho»⁹².

No parece lógico exigir un programa de cumplimiento totalmente perfecto, sin ningún error. Cuestión distinta son aquellos programas cosméticos o incorrectamente implementados, los cuales no deberían tener ningún efecto sobre la exclusión o atenuación de la responsabilidad de la persona jurídica. «La idoneidad del programa para impedir la verificación de delitos en el marco de la persona jurídica debe contemplarse desde una perspectiva «*ex ante*», aunque «*ex post*» tal programa no haya sido suficiente»⁹³.

¿Y si el programa ha sido certificado previamente a la comisión del delito? La FGE ha sido la que se ha pronunciado sobre esta cuestión, entendiendo que la certificación del programa será valorada como algo positivo durante el proceso penal, «pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial»⁹⁴.

⁹² GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, págs. 144-145.

⁹³ *Ibid.*, pág. 147.

⁹⁴ Circular 1/2016, pág. 32.



IV. **¿QUIÉN RESPONDE PENAL E INDIVIDUALMENTE POR LOS DELITOS COMETIDOS EN UNA EMPRESA EN BENEFICIO DE ÉSTA?**⁹⁵

En caso objeto de análisis, la empresa contaba con un órgano de cumplimiento: el Comité de <<Compliance>>. Por tanto, la pregunta debe girar en torno a la responsabilidad de los órganos de cumplimiento.

Los órganos de cumplimiento pueden responder o bien a título de autor o bien a título de partícipe. Para ser imputado a título de autor, el órgano de cumplimiento tiene que ostentar una posición de garante, teniendo lugar el delito por una actitud dolosa o imprudente del órgano de cumplimiento.

Tal y como sostiene LASCURAÍN, para que el órgano de cumplimiento pueda ostentar esa posición de garante será necesario que se trate de un delegado de la empresa en relación con un deber de garantía de la empresa. Aunque la expresión <<compliance officer>> ha generado una disparidad de denominaciones en castellano, en la actualidad, parece que las funciones que se atribuyen al órgano de cumplimiento son <<en parte normativas, de promoción de políticas de empresa y de normas de conducta; en parte de coordinación y supervisión de los distintos responsables de seguridad; en parte de vertebración del procedimiento sancionador interno, como receptores de denuncias de contravenciones al código ético y como instructores de

⁹⁵ Se sigue, en todo lo relativo a este apartado, la línea doctrinal sostenida por LASCURAÍN, J.A. (2015), «La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 298-302.



tales denuncias o como promotores de tal instrucción», no siendo muy partidarias las empresas de insertar al oficial de cumplimiento en la cadena de garantía.

No obstante, si el empresario decide delegar en el oficial de cumplimiento funciones de supervisión o detección de riesgos, propias de su deber originario de garantía, ambas funciones podrían constituir funciones de garantía. En consecuencia y sólo en estos casos, el oficial de cumplimiento podría responder a título de autor.

En caso de no ostentar funciones de garantía, sino que, simplemente, el órgano de cumplimiento tiene atribuidas funciones de detección e investigación de delitos, respondería a título de partícipe cuando haya contribuido con su conducta a la comisión del delito, siempre que lo haya hecho con carácter previo a la consumación de tal delito y con conciencia de su contribución, por ejemplo, no investigando un delito que se ha cometido o que va a cometerse y del que tiene conocimiento por una denuncia.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA. - Desde la reforma del año 2015 el modelo de imputación de responsabilidad de la persona jurídica es el modelo de autorresponsabilidad o culpabilidad de empresa, respondiendo la persona jurídica por su propio injusto (el defecto de organización) y su propia culpabilidad (la ausencia de una cultura de cumplimiento de la legalidad).

SEGUNDA. - La responsabilidad de la persona jurídica es acumulativa, de forma que puede exigirse



responsabilidad tanto a INCOTEC como a cualquiera de sus empleados, independientemente del cargo que ocupen. A su vez, se trata de una responsabilidad criminal directa de forma que la posible responsabilidad que pueda exigirse a INCOTEC va a ser autónoma e independiente de la responsabilidad que pueda atribuirse a las personas físicas que han cometido el hecho delictivo.

TERCERA. - Los sujetos penalmente responsables aparecen enumerados en el art. 31 bis 1 del CP. Dado que del supuesto de hecho no se desprende que el Gerente y el jefe de equipo de la oficina Z estén autorizados para tomar decisiones en nombre de INCOTEC o tengan atribuidos facultades de dirección y control, debe entenderse que estos sujetos se encuadran en el segundo grupo de sujetos del art. 31 bis 1, es decir, se trataría de un delito cometido por subordinados.

Asimismo, como se señaló, INCOTEC reviste la forma jurídica de sociedad anónima y, por tanto, se trata de una persona jurídica dotada de plena capacidad jurídica para actuar en el tráfico jurídico, según el art. 35 del CC y los arts. 116 y 122 del CCom.

Por otra parte, el delito cometido entra dentro de las categorías de delitos imputables a la persona jurídica pudiendo calificarse la conducta descrita como un delito de cohecho del art. 424 del CP.

CUARTA. - Constándose la comisión de un delito por parte de varios empleados INCOTEC, no cabe duda de que el delito fue cometido con el objetivo de beneficiar a ésta, ya que la empresa estaba interesada en la



adjudicación del proceso de tramitación de los ERTES y, al final, valiéndose de la relación que unía al jefe de equipo de la oficina Z con el responsable del área encargada de tramitar y otorgar la adjudicación del concurso, INCOTEC resultó beneficiaria de tal procedimiento.

QUINTA. - Previamente a la comisión de este delito, ¿INCOTEC había adoptado algún tipo de medidas para prevenir la comisión de delitos dentro de su organización? La respuesta es afirmativa. INCOTEC contaba con su propio programa de cumplimiento, habiendo implementado dentro de su organización un Código ético y de conducta, así como un sistema de denuncias de posibles irregularidades. Es más, dentro del esquema organizativo de la empresa, habían creado un órgano destinado especialmente a definir este modelo de organización y gestión: el Comité de «*Compliance*», el cual se encargaba, entre otras cuestiones, de la formación periódica de los empleados en cumplimiento legal, así como de informar sobre la importancia de hacer uso del canal de denuncia en caso de los empleados tuvieran conocimiento de irregularidades.

Por tanto, parece que INCOTEC ha puesto todos los medios que estaban a su alcance para tratar de prevenir la comisión de delitos en el seno de su empresa. Ello llevó a que uno de los empleados notificara al Comité de «*Compliance*» la comisión del delito cuando tuvo conocimiento de cómo había sido resultado el proceso de adjudicación. No derivándose el delito de un defecto organizativo, no debería imputarse ningún tipo de responsabilidad a INCOTEC.



Sin aun así INCOTEC resultara imputada su defensa debería basarse en la aplicación del art. 31 bis 4 del CP, al haber sido el delito cometido por varios de sus subordinados.

SEXTA. - ¿El Comité de «*Compliance*» tendría algún tipo de responsabilidad por este delito? La respuesta debe ser negativa. En este supuesto, la labor a desempeñar por el Comité de «*Compliance*» sería de detección e investigación del delito, excluida de sus deberes garantía. Cuando el Comité tuvo conocimiento de las posibles irregularidades en el proceso de concesión, inmediatamente lo puso en conocimiento de los directivos de la entidad para proceder a su investigación.

Por tanto, la única conducta atribuible al Comité de «*Compliance*» sería a título de participación omisiva, pero ésta no podría ser imputada al Comité, ya que, en cumplimiento de sus obligaciones, tras ser cometido el delito y ser informados del mismo, lo pusieron inmediatamente en conocimiento de los directivos para tomar las medidas necesarias.

BIBLIOGRAFÍA

CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2020), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistemas de atribución», en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, SILVA SÁNCHEZ (dir.), Barcelona: Atelier, págs. 73-95.



- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (2016), «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, BAJO FERNÁNDEZ/ FEIJOO SÁNCHEZ/ GÓMEZ-JARA DÍEZ (dirs.), 2ª ed., Navarra: Aranzadi, págs. 57-66.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2016), *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, 1ª ed., Navarra: Aranzadi.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2016), «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/ GÓMEZ-JARA DÍEZ (dirs.), 2ª ed., Navarra: Aranzadi, págs. 89-119.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2019), *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2015), *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi.
- GONZÁLEZ SIERRA, P. (2014), *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Valencia: Tirant lo Blanch.



JUANES PECES, A. (2017), *Memento Experto. Compliance Penal*, 1ª ed., Madrid: Francis Lefebvre.

LASCURAÍN, J.A. (2015), «La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 271-303.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (2016), *Comentarios al Código Penal (tras las Leyes Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Madrid: Wolters Kluwer.

MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2020), «Compliance», en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, SILVA SÁNCHEZ (dir.), Barcelona: Atelier, pág. 97-119.

NIETO MARTÍN, A. (2015a), «El cumplimiento normativo», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 25-48.

NIETO MARTÍN, A. (2015b), «Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo», en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, NIETO MARTÍN (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 111-134.

POLAINO-ORTS, M. (2020), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Acceso a la*



Abogacía. Tomo III. Materia Penal, DÍAZ PITA (dir. – coord.), 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, págs. 407-414.

ABREVIATURAS

art./arts.	artículo/artículos
Circular 1/2011	Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010
Circular 1/2016	Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015
CP	Código Penal
coord./coords.	coordinador/coordinadores
dir./dirs.	director/directores
ed.	edición
FGE	Fiscalía General del Estado
Ibid.	<i>Ibidem</i>
ISO	International Organization for Standardization/ Organización Internacional de Normalización
ISO 19600	ISO 19600 Compliance Management Systems/ Sistemas de Gestion de Compliance
LO	Ley Orgánica
Loc. cit.	<i>Locus citatum</i>



LTBG	Ley de Transparencia y buen gobierno
op. cit.	<i>Opus citatum</i>
pág./ págs.	página/páginas.
TS	Tribunal Supremo
UNE	Asociación Española de Normalización