

Circular de la Fiscalía General del Estado

# La responsabilidad de las personas jurídicas

Los programas de 'compliance', según Madrigal, deben ser "claros, precisos, eficaces y escritos", y servir para la prevención del concreto delito

PEDRO DEL ROSAL

La Fiscalía General del Estado publicó el pasado 22 de enero la esperada Circular (1/2006) que ofrece los criterios para interpretar la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida por la Ley Orgánica 1/2015, que reforma el Código Penal (CP).

El texto también se pronuncia sobre los programas de *compliance*, unos documentos que, de contener y desarrollar las exigencias que introduce la normativa, podrá eximir de responsabilidad a la empresa u organización por los actos delictivos cometidos por sus empleados o su personal de dirección, de los que la persona jurídica podría ser penalmente responsable.

La Circular, firmada por la fiscal general del Estado, Consuelo Madrigal, se centra en la nueva redacción del artículo 31 bis 1 del CP, en sus párrafos a) y b). El precepto "mantiene los dos criterios de transferencia de la responsabilidad penal de determinadas personas físicas a la persona jurídica, ahora mejor enunciados".

**El primer apartado hace responsable penalmente a la persona jurídica por los hechos cometidos por una persona física con autoridad o poder de dirección en el seno de la organización. El segundo, por su parte, responsabiliza a la persona jurídica por la actuación de una persona física sometida a su dirección, pero sobre la que no se ha ejercido el debido control.**

En cualquier caso, en ninguno de los dos supuestos "la persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros".

## Persona física capaz de transferir la responsabilidad

Como subraya el documento, mientras el artículo 31 bis del CP "sigue sin facilitar una definición de persona jurídica penalmente responsable", sí introduce una "significativa modificación de las personas físicas idóneas para que las personas jurídicas respondan penalmente".

La nueva redacción sustituye a los "administradores de hecho y de derecho" 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." Un cambio que, según el documento, amplía el círculo de sujetos capacitados para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica.

Así, cabe comprender en él a los representantes legales -tanto con representación orgánica como voluntaria; apoderados singulares, gerentes o directores generales-; a los autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica -administradores de derecho y de hecho, pero siempre que tengan capacidad de decisión-; y a quienes ostenten facultades de organización y control.

El precepto, además, sustituye que la acción se haya realizado "en su provecho" por "en su beneficio directo e indirecto". Esta expresión, según la Circular, despeja dudas que planteaba la anterior: no es necesario que la persona jurídica persiga



intereses estrictamente económicos para que pueda ser transferida la responsabilidad y, a su vez, admitir los beneficios de un tercero interpuesto -caso de las cadenas de sociedades-, o aquellos que pueden consistir en un ahorro de costes o beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales.

Asimismo, no es necesario que el beneficio se produzca de forma efectiva y vale con que exista la acción tendente a su consecución. Quedarán excluidas, en cambio, las actuaciones que pretendan exclusivamente un beneficio de la persona física o de terceros. Pero la exigencia típica se cumplirá cuando la persona jurídica pueda verse beneficiada u obtener alguna clase de ventaja asociada a la conducta de la persona jurídica.

En este punto, el texto pone el ejemplo de un portero de discoteca que vende droga en la puerta del establecimiento, lo que, indirectamente, redundará en beneficio de la empresa porque genera mayor afluencia de clientes.

La Circular, además, limita a cuatro los grupos de delitos susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica: las insolvencias punibles, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el delito de blanqueo de capitales y los delitos de financiación del terrorismo.

## Vigilancia, control y supervisión

El 31 bis 1.b del CP exige que la existencia de un incumplimiento grave de los deberes de "supervisión, vigilancia y control" por parte de las personas citadas en el apartado a). La introducción del adverbio "gravemente", se explica, reduce la intervención punitiva porque "permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad", acorde con el principio de intervención mínima. Así, los incumplimientos leves o menos relevantes, quedan sometidos al régimen sancionador administrativo o mercantil.

Junto con la persona jurídica, razonan las Conclusiones, la exigencia de que el incumplimiento del deber de control sea grave, conlleva que el omiten-

RIS-LEX

**[Penal]**

elEconomista

**No es necesario un beneficio directo de la compañía: valen los beneficios de un tercero interpuesto o los no económicos**

**La empresa será responsable, en caso de incumplir el deber de vigilancia, de los actos de un autónomo o un subcontratado**

**Los programas no sólo deben tener una función preventiva, además deben servir para detectar conductas criminales**

**En el caso de pequeñas empresas, la función del oficial de control la puede desempeñar el órgano de administración**

te del control también pueda responder por un delito: bien doloso -en comisión por omisión-, bien gravemente imprudente, lo que traslada la conducta a la letra a). En estos casos, dicta el Ministerio Público, los fiscales "dirigirán la imputación a la persona jurídica por los dos títulos, sin necesidad de optar por uno u otro".

En cuanto al autor de la conducta que provoca la responsabilidad de la persona jurídica, deben ser sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra a), no siendo necesario "que se establezca una vinculación forma con la empresa a través de un contrato laboral o mercantil, quedando incluidos autónomos o trabajadores subcontratados, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social".

El incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control debe valorarse "atendiendo a las concretas circunstancias del caso", asevera el documento. Asimismo, aunque la infracción del deber de vigilancia no haya llegado a producirse o sea leve, cabe que se declare la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica.

**Personas jurídicas imputables e inimputables**

La Circular distingue, desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa, tres categorías de personas jurídicas: 1) las que operan con normalidad en el mercado, que son penalmente imputables; 2) las sociedades que, desarrollando la mayor parte de su actividad de manera ilegal, tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actuación regular, también serán imputables; y 3) las sociedades que tengan enteramente un carácter instrumental, sin ninguna clase de actividad legal o que sea residual o aparente para los propios fines delictivos, por su parte, serán inimputables.

Tampoco será imputable la persona jurídica, cuando exista una coincidencia absoluta entre ella y su gestor, de manera que sus voluntades aparecen completamente solapadas. En este caso, debe evitarse la doble incriminación, determina el texto.

**Régimen de exención de responsabilidad: los programas de 'compliance'**

"El aspecto más novedoso de la reforma", en palabras de la Fiscalía, es la regulación de los programas de cumplimiento normativo o programas de *compliance*, contenidos en los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 31 bis. "De este modo, el objeto del proceso penal se extiende ahora también y de manera esencial a valorar la idoneidad del programa de cumplimiento adoptado por la corporación", asevera el texto.

La valor eximente de estos programas, se extiende tanto a los delitos del 31 bis 1 a) como a los del b), aunque en el caso del primer apartado, sostiene el Ministerio Público, al producirse una transferencia automática de la responsabilidad, deberá valorarse con mayor exigencia para no vaciar de contenido dicho precepto. "Se diseña así un marco de exención de responsabilidad de la persona jurídica ligeramente más amplio para los delitos cometidos por los subordinados", apostilla.

Para la valoración de los programas, la Circular recomienda, además de atender al tamaño y a la naturaleza de la persona jurídica, acudir a la normativa sectorial de la entidad. El programa, asimismo, debe tener eficacia preventiva y posibilitar la detección de conductas criminales.

"Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito", asevera el texto, que además desaconseja que las compañías imiten los documentos de otras organizaciones.

El oficial de cumplimiento, u órgano de cumplimiento, tal y como observa la Fiscalía, deberá contar con personal con conocimientos y experiencia profesional suficientes, medios adecuados y capacidad de acceso a información interna, aunque ello no quiere decir que no pueda contratarse externamente algunos servicios. La actuación de esta figura, por ostentar labores de organización y control, puede transferir responsabilidad a la persona jurídica.

Finalmente, la Circular señala el régimen especial que establece el Código Penal para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones. Así, el Legislador dispensa para estas entidades que las funciones del oficial de cumplimiento las desempeñe directamente el órgano de administración.

**Valoración de los programas**

La Fiscalía General, finalmente, ofrece un listado de criterios para la valoración de los programas de organización y gestión. Así, asevera que éstos deben analizarse de tal forma que no se vacíe de contenido el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica; es decir, no pueden constituir un salvoconducto para la impunidad.

Además, debe tenerse en cuenta que estos documentos no sólo pretenden una exención de la responsabilidad penal, sino implantar una auténtica cultura ética en el seno de las empresa, por lo que resultará clave, más que la existencia de un programa de prevención, los criterios que guíen la toma de decisiones de su personal.

Asimismo, deberá valorarse la existencia de certificaciones de idoneidad expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras, así como el apoyo que el programa de *compliance* reciba del equipo directivo de la organización.

La Fiscalía también pide no equiparar los supuestos en los que la compañía sale directamente beneficiada de la actuación enjuiciada, a aquéllas en las que el beneficio es secundario o meramente tangencial. Y, a su vez, reclama incluir en el análisis la reacción de la organización tras anteriores comportamientos que vulneraron el programa.

**La carga de la prueba en la exención de la responsabilidad**

**EXCUSA ABSOLUTORIA**

La Circular dictamina que "no resulta sencillo conceptualizar adecuadamente la naturaleza jurídica de la exención de la responsabilidad penal", aunque, dado que el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en su defectuosa organización, la presencia de un plan adecuado acreditaría una correcta organización, con lo cual desaparecería un elemento del tipo, bien la parte subjetiva o bien la objetiva. No es, por tanto, una circunstancia eximente, sino la ausencia de un elemento básico del hecho típico.

**LA CARGA DE LA PRUEBA**

Corresponde a la acusación demostrar que se ha producido una de las conductas tipificadas en el artículo 31 bis 1 del CP. Pero, en tal caso, al transferirse la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica, atañe a esta última, según Madrigal, "acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales". Además, este argumento se ve reforzado porque la propia comisión del delito opera como un indicio de ineficacia del modelo.