

■ BOSCH

Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores

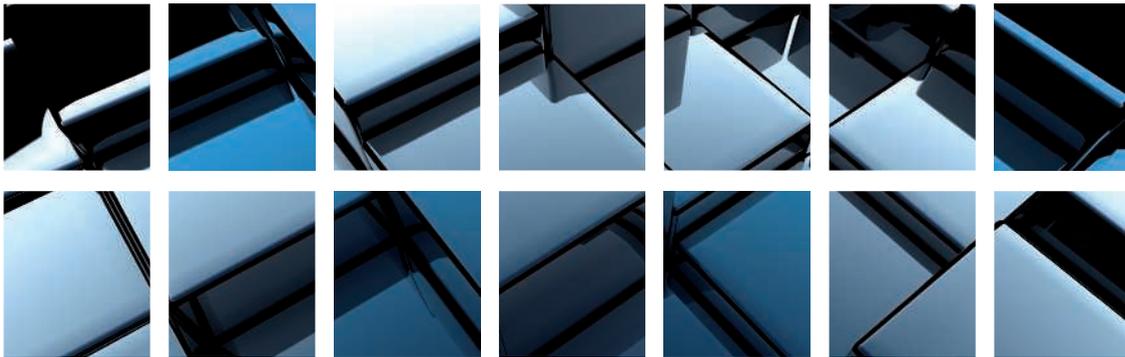
Coordinador

Manuel Ruiz De Lara

Óscar Serrano Zaragoza

Luis Ángel Gollonet Teruel

Cristina Pérez-Piaya Moreno



Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores

Coordinador

Manuel Ruiz De Lara

Óscar Serrano Zaragoza

Luis Ángel Gollonet Teruel

Cristina Pérez-Piaya Moreno

© De los autores, 2018
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: mayo 2018

Depósito Legal: M-13183-2018
ISBN versión impresa: 978-84-9090-300-1
ISBN versión electrónica: 978-84-9090-301-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

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

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

producción de un concreto resultado lesivo, fuese posible establecer una relación normativa entre aquel riesgo generado por el defecto de organización y el mencionado resultado.

Dicho de otra manera, ese estado de cosas u organización defectuosa crearía un contexto potencialmente favorecedor a la realización de delitos por las personas físicas integrantes de la persona jurídica, infringiendo con ello la persona jurídica el deber normativo contenido en el artículo 31bis del Código Penal.

4. FUNDAMENTO DE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA. LA ADOPCIÓN Y EJECUCIÓN DE UN EFICAZ PROGRAMA DE PREVENCIÓN/DETECCIÓN

4.1. Introducción

Ya se ha visto cómo según el sistema introducido por el legislador español, la atribución de responsabilidad penal a una persona jurídica exige la concurrencia de dos tipos de hechos que deben quedar acreditados:

- a) De un lado, el denominado doctrinalmente hecho de referencia o hecho de conexión, que no es otra cosa que un hecho punible —delito— cometido por parte de una serie de personas físicas.³⁴

34. Sobre la eventual responsabilidad penal de esas personas físicas –representantes legales, autorizados para tomar decisiones y competentes o facultados para ejercer el control– derivada del incumplimiento sustancial de los deberes de supervisión, vigilancia y control de subordinados que eventualmente tengan atribuidos en la concreta organización empresarial, se comparte en el presente trabajo lo afirmado en la Circular 1/2016 de la FGE sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la LO 1/2015 de que dichas personas físicas puedan ser consideradas partícipes por omisión dolosa o imprudente del delito cometido por los subordinados cuando literalmente se manifiesta en el epígrafe 2.5 sobre El incumplimiento grave de los deberes de supervisión (pp. 23 y 24) que: «La delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria no deben servir de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalmente. La cuestión ha sido abordada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, en las SSTs núm. 257/2009, de 30 de marzo, y 234/2010, de 11 de marzo, examina la posición de garante y la comisión por omisión en relación con la responsabilidad por la conducta de terceros subordinados al omitente o, al menos, terceros sobre los que el omitente ejerce una cierta autoridad y tiene la posibilidad de vigilancia que le permite evitar el resultado, cuando la actividad de aquellos sea considerada como una fuente de peligro para intereses ajenos. Sobre la responsabilidad por omisión en estructuras organizadas, la STS núm. 1193/2010 de 24 de febrero advertía que "no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo. Dicha responsabilidad penal se extiende a aquellas actividades o actuaciones que ordinariamente no generan peligro para terceros, si en el caso concreto, el directivo conoce la existencia del riesgo generado y la alta probabilidad de que supere el límite del riesgo jurídicamente permitido, concluyendo la citada sentencia que el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado o no actúa para impedirlo"».

- b) De otro lado, el denominado doctrinalmente hecho propio de la persona jurídica, que no es otra cosa tal y como se ha explicado anteriormente que el denominado defecto de organización de la persona jurídica.³⁵

4.2. Criterios económicos para valorar la eficacia de un programa de detección/prevención

Al analizar el fundamento económico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya se dio respuesta al interrogante de cuál debía ser el grado o nivel de defecto de organización penalmente irrelevante desde la perspectiva de inversión económica exigible.

Por tanto, nos limitaremos en este momento a señalar que un programa de Compliance de una determinada sociedad será eficaz desde una perspectiva económica siem-

35. Resulta excelente el planteamiento que en la STS núm. 221/2016 de 16 de marzo de 2016 se efectúa en torno al debate doctrinal relativo a si el modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas, introducido por el legislador español, es un modelo de responsabilidad por hecho propio o por hecho ajeno, y derivado de ello, en torno al debate referente a si el defecto de organización debe ser considerado un elemento del tipo objetivo (postura sostenida por el criterio mayoritario en la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero de 2016), si debe ser considerado un elemento de la culpabilidad (postura sostenida por el criterio de siete magistrados que emitieron un voto particular en la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero de 2016), o si debe ser considerado una excusa absoluta -la no existencia del defecto de organización-, postura sostenida por la Circular 1/2016 de la FGE sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta circular, en su epígrafe 7, Conclusiones, Conclusión 20ª (pp. 64) contiene la siguiente afirmación: «La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del artículo 31bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absoluta, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales». Sin pretender la citada Sentencia STS núm. 221/2016 de 16 de marzo de 2016 ofrecer una respuesta unívoca al citado debate doctrinal, sí que resulta especialmente interesante que aclara y define con precisión qué incidencia tiene la prueba de que una persona jurídica esté o no esté adecuadamente organizada en Compliance con vistas a poderle o no atribuirle responsabilidad penal. En concreto se afirma en la citada sentencia que: «La Sala no puede identificarse -insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro. Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona física o jurídica frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado... En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos -pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad».

pre que la inversión económica efectuada en prevención/detección resulte proporcionada y racional de acuerdo a los siguientes parámetros:

- a) Capacidad económica de esa empresa
- b) Idoneidad objetiva de esa empresa —teniendo en cuenta la mayor o menor complejidad de su estructura organizativa— para generar mayores o menores situaciones de irresponsabilidad organizada
- c) Capacidad del programa para reducir la probabilidad de producción de delitos en el marco de esa empresa
- d) Coste económico de los delitos que se podrían producir en el marco de esa empresa por la no adopción de una determinada medida de prevención en ese programa.

4.3. Criterios jurídicos para valorar la eficacia de un programa de detección/prevención

Como antes se señaló, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en su punto 5.6, señala que «no resultará sencillo a Jueces y Fiscales comprobar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y, sobre todo, los requisitos respectivamente establecidos en los apartados 2 y 5 del artículo 31 bis del Código Penal».

Por tal motivo, con el propósito de aportar seguridad jurídica a todos aquellos sujetos a los que el modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas ha otorgado nuevos deberes y responsabilidades, se pretende aclarar en este punto qué criterios jurídicos se pueden/deben tener en consideración para juzgar cuál es el grado o nivel de defecto de organización penalmente irrelevante desde la perspectiva jurídica.

Se debe señalar que un programa de Compliance de una determinada sociedad será eficaz desde una perspectiva jurídica en dos supuestos. En primer lugar, en aquellos supuestos en que la propia sociedad haya evitado la propia consumación del delito iniciado mediante la adopción de medidas de vigilancia y control. En segundo lugar, en aquellos supuestos en que por parte de la empresa se hayan adoptado y ejecutado medidas de reacción frente al delito consumado que permitan evitar la situación de irresponsabilidad organizada —detección/reducción significativa del riesgo—. En ambos casos cabrá afirmar que el programa de detección/prevención es idóneo desde una perspectiva jurídica, con los consiguientes efectos de exención de responsabilidad penal.³⁶

36. Sobre esta cuestión parece pronunciarse la Circular 1/2016 de la FGE cuando afirma en el epígrafe 5.1 sobre Antecedentes y principios generales (pp. 39) que: «Naturalmente, promover que las personas jurídicas se estructuren dotándose de sistemas organizativos y de control que, entre otras cosas, tiendan a evitar la comisión de delitos en su seno, o al menos, lograr su descubrimiento, constituye un objetivo loable y merece una valoración positiva», afirmación que se complementa con lo sostenido en la pp. 44 y que apoya nuestra opinión de la doble faceta económica y jurídica de la eficacia del programa de prevención o Compliance: «Aunque la comisión del delito pueda interpretarse como una inicial muestra de la ineficacia del modelo, lo cierto es que no puede descalificarse por ello automáticamente un programa por inefectivo.

El contenido de cualquier modelo de organización y gestión de riesgos jurídico-penales eficaz deberá incluir necesariamente medidas de dos tipos:

a) Medidas de contenido puramente preventivo. Se trata de que en el seno de la organización se hayan adoptado y ejecutado ex-ante toda una serie de medidas de vigilancia y control idóneas para evitar la consumación del delito. Dicha hipótesis se reflejaría claramente en los supuestos en que, iniciada la ejecución del delito por parte de la persona física, esta no haya podido llegar a consumarlo como consecuencia de la actuación protectora de la legalidad vigente desarrollada por la propia persona jurídica. Dicho de otro modo, la propia persona jurídica detecta que esa persona física ha iniciado la ejecución de un delito —tentativa—, y acto seguido impide o imposibilita que dicha persona física pueda llegar a consumarlo. En este supuesto parece bastante claro que probado el comportamiento impeditivo u obstaculizador de la consumación del delito por parte de la persona jurídica, esta quedaría exenta de responsabilidad criminal.

b) Medidas de contenido de carácter reactivo. Se trata de que en el seno de la organización se hayan adoptado una serie de medidas de reacción idóneas para, en el caso de que el delito se hubiese consumado, anular o minimizar sus efectos perturbadores del orden jurídico, contribuyendo decisivamente a esclarecer lo más rápidamente posible la realidad del delito cometido, la identidad de sus autores y partícipes y el destino de los efectos del delito, contribuyendo también decisivamente a su recuperación. Esta hipótesis se reflejaría claramente en los supuestos en que, a pesar de que en el seno de la organización se hubiesen adoptado medidas de vigilancia y control idóneas para evitar la consumación del delito, la persona física, debido a una especial y personal habilidad maliciosa, fraudulentamente haya podido esquivarlos y consumir el delito.³⁷

Esta segunda hipótesis merece alguna aclaración adicional. De no tenerse en consideración los criterios económicos para valorar la eficacia del programa de prevención/reacción, bastaría con probar la consumación del delito para atribuir siempre responsabilidad penal a la persona jurídica, pues está claro que desde la perspectiva teórica de una posible inversión y asunción de costes económicos ilimitados, sería fácilmente defendible que la persona jurídica debió en todo caso evitar la consumación del delito, y si no lo hizo es porque no controló eficazmente sus factores de riesgo jurídico-penales —siendo irrelevante si su posterior reacción fue eficaz o no—. Sin embargo, dicha

El delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta. En atención a esta realidad, la idoneidad se establece en el articulado con carácter relativo, admitiendo como eficaz un programa que solo permite reducir de forma significativa el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido».

37. Sobre las medidas reactivas que debería contener un eficaz modelo de organización y gestión, la Circular 1/2016 de la FGE señala en su epígrafe 5.3 sobre Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión (pp. 44) que: «Un modelo de organización y gestión, además de tener eficacia preventiva, debe posibilitar la detección de conductas criminales». A esa especial y personal habilidad maliciosa del delincuente persona física se refiere el Código Penal en su artículo 31bis.2: «2. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: (...) 3º Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención».



El artículo 31bis del Código Penal ha introducido un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que ha supuesto, implícitamente y de facto, el establecimiento de un DEBER NORMATIVO dirigido mediatamente a los ADMINISTRADORES SOCIALES y cuyo contenido consiste en que éstos, en el ámbito de su deber fiduciario de gestionar la empresa con la diligencia de un ordenado empresario, DEBEN configurar una estructura organizativa en el seno de la persona jurídica objetivamente idónea para reducir o minimizar el riesgo jurídico-penal de que una persona física integrada en la misma cometa un delito. –Incluidos los propios administradores sociales–.

EL INCUMPLIMIENTO de dicho DEBER NORMATIVO por parte de los administradores sociales, tanto por omisión imprudente como dolosa, conllevará su RESPONSABILIDAD CIVIL/SOCIETARIA, siempre y cuando de dicho incumplimiento se haya derivado cualquier clase de DAÑO o PERJUICIO PATRIMONIAL para la sociedad, y de modo reflejo, para los socios y acreedores. Dichas responsabilidades societarias de los administradores sociales serán susceptibles de ser exigidas ante la jurisdicción mercantil por la sociedad, socios y acreedores perjudicados.

