

## RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS - reforma del Código Penal efectuada por LO 1/2015

La Ley Orgánica 5/2010 introdujo en el Código Penal (art.31 bis) la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El citado artículo fue modificado, a partir del 1 de julio de 2015, por la LO 1/2015 con la finalidad de aclarar este régimen y delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar la responsabilidad penal.

La regulación se completa con los siguientes artículos del Código Penal:

- el art.33.7 (penas aplicables a las personas jurídicas)
- el art.50.3 y 4 (extensión y cuota diaria de la pena de multa)
- el art.53.5 (posibilidad de pago fraccionado)
- el art.52.4 (multas sustitutivas de la multa proporcional, cuando no sea posible el cálculo de esta)
- el art.66 bis (determinación de la pena aplicable), cuyo regla 2ª ha sido modificada por LO 1/2015
- el art.116.3 (responsabilidad civil)
- el art.130.2 (supuestos de transformación y fusión de sociedades)

Posteriormente, **la Fiscalía** General del Estado ha publicado la Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, en la que se imparten **instrucciones a los fiscales para valorar la eficacia de los planes de “compliance”** o de cumplimiento normativo **en las empresas (modelos de organización y control)**, que tras la reforma se configuran **como una eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, cuando se cumplan determinadas condiciones.

La Ley establece una **especialidad para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones**, en el sentido de que las funciones del oficial de cumplimiento normativo las desempeñe directamente el órgano de administración.

El Tribunal Supremo aprecia por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en **sentencia** de 29 de febrero de 2016, confirmando las condenas impuestas a tres empresas por su participación en delitos contra la salud pública (tráfico de drogas) y en la que explica los requisitos para apreciar la responsabilidad de las empresas de acuerdo al artículo 31 bis del Código Penal. La sentencia cuenta con el voto particular concurrente de 7 de los 15 magistrados que formaron el Pleno.

**Una segunda sentencia**, de 16 de marzo de 2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, absuelve a una empresa condenada por estafa en la venta de un piso sin haber sido imputada previamente en la causa, y establece que la imposición de penas a las personas jurídicas exige del fiscal el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física.

Es importante que las empresas conozcan cuáles van a ser las directrices que la Fiscalía va a tomar en consideración para aplicar o no dicha eximente.

A continuación pueden consultar detalle del artículo 31 bis, 31 ter, 31 quater y 31 quinquies del Código Penal, en el que destacamos las novedades introducidas por LO 1/2015, y de aquellos apartados más relevantes de la Circular 1/2016 de la Fiscalía.

**Art.31 bis CP** (novedades con respecto al art.31 bis.1 anterior)

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

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, **y en su beneficio directo o indirecto**, por sus representantes legales o **por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.**

Antes art.31 bis primer párrafo: "1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, **y en su provecho**, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

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

Antes art.31 bis segundo párrafo: "En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos **por no haberse ejercido sobre ellos el debido control** atendidas las concretas circunstancias del caso."

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

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

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

3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

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

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

**Circular 1/2016 Fiscalía:** "Dicho de otro modo, la acreditación parcial no implica una rebaja de las exigencias probatorias sino sustantivas, esto es, que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha acreditado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena".

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

**NUEVO 4.** Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica **quedará exenta de responsabilidad si**, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

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

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

- 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
- 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»

**nuevo Art.31 ter CP** (antes regulado en art.31 bis.2 y 3 sin modificaciones)

«1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

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

**nuevo Art.31 quater CP** (antes regulado en art.31 bis.4 sin modificaciones)

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

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.»

**nuevo Art.31 quinquies CP** (antes regulado en art.31 bis.5 con variaciones)

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

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

Antes art.31 bis.5 “5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

**En la Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas** pueden consultar las siguientes cuestiones:

1. Consideraciones preliminares.
2. El modelo de responsabilidad de la persona jurídica tras la reforma del artículo 31 bis del Código Penal.
  - 2.1 Los títulos de imputación de la persona jurídica.
  - 2.2 **Los delitos atribuibles a las personas jurídicas en la Parte Especial del Código Penal.**
  - 2.3 Las personas físicas capacitadas para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica de la letra a) del artículo 31 bis.1.
  - 2.4 El beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.
  - 2.5 El incumplimiento grave deberes de supervisión, vigilancia y control de la letra b) del art.31 bis 1.
3. Personas jurídicas imputables e inimputables.
4. Las personas jurídicas públicas exentas de responsabilidad.
5. **El régimen de exención de responsabilidad de las personas jurídicas: los modelos de organización y gestión.**
  - 5.1 Antecedentes y principios generales.
  - 5.2 El régimen de exención de los dos títulos de imputación de la persona jurídica.
  - 5.3 Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión.
  - 5.4 El oficial de cumplimiento.
  - 5.5 El régimen especial de las **personas jurídicas de pequeñas dimensiones.**
  - 5.6 Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión.
  - 5.7. Naturaleza de la exención y carga de la prueba.
6. Cláusula de vigencia.
7. Conclusiones.

Aspectos más destacados de la Circular 1/2016:

## **2. El modelo de responsabilidad de la persona jurídica tras la reforma del artículo 31 bis del Código Penal**

### **2.1 Los títulos de imputación de la persona jurídica**

...

“Pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica.”

...

“Ahora bien, si el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la **conducta delictiva de sus dirigentes** o en el incumplimiento de sus **obligaciones de control sobre los subordinados**, **esto será lo único que deba probar la acusación.**

En este entendimiento, los programas de control constituyen una referencia para medir las obligaciones de las personas físicas con mayores responsabilidades en la corporación (letra a), como indicaba la Circular 1/2011. Pero será la **persona jurídica la que deberá acreditar que tales programas eran eficaces para prevenir el delito**, cuestión ésta sobre la que se volverá más adelante al analizar los programas de organización y gestión.”

## 2.2 Los delitos atribuibles a las personas jurídicas en la Parte Especial del Código Penal

La responsabilidad de las **personas jurídicas** se circunscribe al siguiente **catálogo de delitos del Código Penal**, al que hay que **añadir el delito de contrabando**, conforme dispone el art. 2.6 de la LO 12/1995 de represión del contrabando, modificada por la LO 6/2011:

- ✓ Tráfico ilegal de órganos humanos (Art.156 bis.3 CP)
- ✓ Trata de seres humanos (177 bis.7 CP)
- ✓ Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores (189 bis CP)
- ✓ Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático (197 quinquies CP)
- ✓ Estafas (251 bis CP)
- ✓ Frustración de la ejecución (258 ter CP)
- ✓ Insolvencias punibles (261 bis CP)
- ✓ Daños informáticos (264 quater CP)
- ✓ Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (288 CP)
- ✓ Blanqueo de capitales (302.2 CP)
- ✓ Financiación ilegal de los partidos políticos (304 bis.5 CP)
- ✓ Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (310 bis CP)
- ✓ Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis.5 CP)
- ✓ Urbanización, construcción o edificación no autorizables (319.4 CP)
- ✓ Contra los recursos naturales y el medio ambiente (328 CP)
- ✓ Relativos a las radiaciones ionizantes (343.3 CP)
- ✓ Riesgos provocados por explosivos y otros agentes (348.3 CP)
- ✓ Contra la salud pública (366 CP)
- ✓ Contra la salud pública (tráfico de drogas) (369 bis CP)
- ✓ Falsificación de moneda (386.5)
- ✓ Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (399 bis CP)
- ✓ Cohecho (427 bis CP)
- ✓ Tráfico de influencias (430 CP)
- ✓ Delitos de odio y enaltecimiento (510 bis CP)
- ✓ Financiación del terrorismo (576 CP)

“Con respecto al catálogo previo a la reforma, **se incorporan los nuevos delitos** de frustración de la ejecución (arts. 257, 258 y 258 bis), de financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis) a los que se añaden los delitos contra la salud pública no relacionados con el tráfico de drogas (arts. 359 a 365) y los de falsificación de moneda (art. 386), **para los que con anterioridad no se contemplaba el régimen del art. 31 bis sino el del art. 129**. Se incorporan igualmente los delitos de odio y enaltecimiento (art. 510, con la errata en el art. 510 bis de la referencia a los “dos artículos anteriores” en lugar de al “artículo anterior”).

**El régimen del art. 129 CP** se aplica a los delitos previstos para las personas jurídicas cuando se hayan cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de entes carentes de personalidad jurídica, y se contempla también para los siguientes delitos:

- ✓ Relativos a la manipulación genética (162 CP)
- ✓ Alteración de precios en concursos y subastas públicas (262 CP)
- ✓ Negativa a actuaciones inspectoras (294 CP)
- ✓ Delitos contra los derechos de los trabajadores (318)
- ✓ Falsificación de moneda (386.4 CP)
- ✓ Asociación ilícita (520 CP)
- ✓ Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas (570 quater CP)

Los criterios por los que el Legislador asigna uno u otro régimen a determinados delitos no siempre resultan claros.”

## **2.3 Las personas físicas capacitadas para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica de la letra a) del artículo 31 bis.1**

...

“La modificación, no obstante, sí tiene cierto calado, pues produce una **ampliación del círculo de sujetos** capacitados para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica en el primer nivel del art. 31 bis.1, que queda así integrado por los tres siguientes grupos de personas físicas:

### **a) Los “representantes legales”.**

...

**b) Quienes “actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica”.**

...

“Comprende, desde luego, a los **administradores de derecho** que, en autoría única o colegiada, ejercen las funciones de administración de una sociedad en virtud de un título jurídicamente válido. Si se trata de una sociedad de capital, es preciso que el sujeto haya sido nombrado a tal efecto por la Junta de socios (art. 214.1 LSC). Debe tenerse en cuenta que administrador de derecho puede serlo tanto una persona física como una persona jurídica, pero en este caso, “será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo” (art. 212 bis LSC).

**No aparecen claramente incluidos** en la nueva redacción los **administradores de hecho**. Es cierto que se trata de un concepto interpretado por la jurisprudencia en sentido lato... (STS nº 59/2007 de 26 de enero, STS nº 598/2012, de 5 de julio). “

...

“Por lo tanto, los administradores de hecho solo encajarían en este apartado de los “autorizados para tomar decisiones”, no en el de quienes “ostentan facultades de organización y control”. Y aun para conseguir tal encaje ha de interpretarse que **la autorización para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica puede ser también tácita.**”

...

“La vigente redacción **permite incluir** también en este apartado a quienes, sin ser propiamente administradores ni representantes legales de la sociedad, **forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones.**”

### **c) Quienes “ostentan facultades de organización y control.”**

“La expresión engloba a un potencialmente alto número de cargos y mandos intermedios que tengan atribuidas tales facultades, entre ellas las medidas de vigilancia y control para prevenir delitos. Esta nueva redacción **amplía y define mejor la** posición de garante en la empresa, utiliza un lenguaje más adecuado a las categorías de imputación y establece con mayor precisión el hecho de conexión que genera la responsabilidad penal de la persona jurídica lo que **permite**, como consecuencia más relevante, **incluir** en la letra a) del art. 31 bis.1 al propio oficial de cumplimiento (**compliance officer**).”

## **2.4 El beneficio directo o indirecto de la persona jurídica**

...

“La **sustitución** en la LO 1/2015 del término “**provecho**” por el de “**beneficio directo o indirecto**” despeja las dudas en favor de la interpretación lata que permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedades), los consistentes en un ahorro de costes y, en general, **todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales.**”

...

“Solo quedarán excluidas aquellas conductas que, al amparo de la estructura societaria, sean realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, y resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficio alguno, directo o indirecto.”

...

## **2.5 El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la letra b) del artículo 31 bis 1.**

...

“La clara disminución de la intervención punitiva que comporta la introducción del adverbio “gravemente” permite **dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad**, de acuerdo con una razonable aplicación del principio de intervención mínima.”

...

En tanto que la exigencia de un incumplimiento grave del deber de control supone una restricción del reproche penal, la sustitución del “debido control” por “los **deberes de supervisión, vigilancia y control**”, si no amplía, al menos sí precisa mejor el contenido del deber, viniendo los términos “supervisión” y “vigilancia” **a enfatizar que ese control o fiscalización es externo y superior respecto de las tareas encomendadas o a cargo de otros** y a definir también más adecuadamente los deberes de los nuevos sujetos que, como el oficial de cumplimiento, se han incorporado al apartado primero a). En todo caso, la nueva formulación es conforme con la normativa mercantil.

...

“La nueva exigencia de que el incumplimiento del deber de control haya sido grave determina que, junto a la persona jurídica, el omitente 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).”

...

“El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control **ha de valorarse, “atendidas las concretas circunstancias del caso”** expresión que, ya antes de la reforma y con toda claridad tras ella, remite **a los programas de control** que se regulan inmediatamente a continuación, en el apartado 2 del mismo art. 31 bis.”

## **3. Personas jurídicas imputables e inimputables**

Con ocasión del auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables, de tal manera que **solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente.**

“Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así **tres categorías de personas jurídicas:**

1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, “el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo.”

...

3. Finalmente **solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables** aquellas sociedades cuyo “carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos” (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único.”

...

“Puede afirmarse que el **sistema de responsabilidad**, tal y como se ha diseñado, con las referencias al elenco de sujetos de la letra a), los deberes de control o los propios modelos de organización y gestión, **está ideado fundamentalmente para la mediana y gran empresa**, en coherencia con las apuntadas razones de política criminal. **Para las pequeñas empresas, las exigencias impuestas en los programas pueden resultar excesivas**, aun con las correcciones del apartado 3 del art. 31 bis, cuestión esta que se analizará más adelante.”

## 5. El régimen de exención de responsabilidad de las personas jurídicas: los modelos de organización y gestión

El aspecto más novedoso de la reforma de 2015 es la completa regulación en los **apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 31 bis** de los **programas de cumplimiento normativo o compliance guides**, denominados **modelos de organización y gestión**.

### 5.1. Antecedentes y principios generales:

...

“En puridad, los modelos de organización y gestión o corporate compliance programs **no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial**. La empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no solo con ella, único contenido que el Legislador de 2015 expresamente impone a los modelos de organización y gestión, que todavía restringe más al limitar esa suerte de compliance penal a los “delitos de la misma naturaleza”.

...

“Sin duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única **finalidad de eludir el reproche penal pero, más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse** a conseguir este propósito sino a reafirmar una **cultura corporativa de respeto a la Ley**, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal.”

### 5.2. El régimen de exención de los dos títulos de imputación de la persona jurídica.

“El art. 31 bis extiende el valor **eximente** de los modelos de organización y control **a los dos títulos de imputación** de la responsabilidad penal de la persona jurídica: **delitos cometidos por sus administradores y directivos y delitos cometidos por los subordinados** descontrolados por aquellos, a los que se refieren las letras a) y b) del apartado 1, respectivamente. Lo hace con un doble régimen de exención, sustancialmente idéntico pero con algunos matices que dibujan un marco de **exoneración de la persona jurídica algo más amplio para las conductas de los subordinados**.”

...

“Por eso, el régimen de exención habrá de interpretarse de modo que el título de imputación de la letra a) del apartado primero no quede desnaturalizado y la responsabilidad penal de las personas jurídicas vacía de contenido.”

...

“En realidad, la **única diferencia del doble régimen de exención de las personas jurídicas, se recoge en la condición 3.ª del apartado 2 que solo es predicable de los delitos cometidos por los sujetos del apartado a)**. Esta condición no se contempla para los subordinados, lo que permite a la persona jurídica eludir su responsabilidad en los supuestos de la letra b) simplemente acreditando que su modelo era adecuado, sin necesidad de probar que el dependiente había actuado fraudulentamente. **En el modelo establecido debe acreditarse que el sujeto encargado de la vigilancia y control incumplió gravemente sus deberes, pero no es exigible recíprocamente a la persona jurídica que para eximirse de responsabilidad pruebe que el dependiente burló fraudulentamente el modelo de control**.”

### 5.3. Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión

La intención de la Circular 1/2016 es establecer unas **pautas mínimas de referencia**.

**La primera condición para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal son los modelos de organización y gestión** a que se refiere el art.31.bis.2. 1ª de la LO 10/1995:

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

El **Art.31 bis.5 establece los requisitos** de los modelos de organización y gestión.

**Según la Circular 1/2016 Fiscalía:**

- ✓ “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 que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un **juicio de idoneidad** entre el contenido del programa y la infracción.
- ✓ “Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar **perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos**.”

**El 1º requisito del art.31 bis.5** establece la necesidad de que la persona jurídica **identifique** y gestione adecuadamente los riesgos, estableciendo las medidas para neutralizarlos:

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

“Para ello el análisis **identificará y evaluará el riesgo por tipos de** clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones.

**En las empresas de cierto tamaño**, es importante la existencia de **aplicaciones informáticas que controlen** con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa.

En general, pues depende del tamaño de la empresa, ningún programa de compliance puede considerarse efectivo si la aplicación central de la compañía no es mínimamente robusta y ha sido debidamente auditada.”

**El 2º requisito del art.31 bis.5** se refiere a los **protocolos y procedimientos de formación** de la voluntad de la persona jurídica, de adopción y de ejecución de decisiones.

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

“Tales procedimientos deben garantizar **altos estándares éticos**, de manera singular en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los miembros de los órganos de administración.

Además de la obligación de atender a los **criterios de idoneidad fijados por la normativa sectorial** y, en defecto de tales criterios, la persona jurídica debe tener muy en consideración la **trayectoria profesional del aspirante** y rechazar a quien, por sus antecedentes carezca de la idoneidad exigible.

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.”

**El 4º requisito del art.31 bis.5 sugiere** que un modelo de organización y gestión, además de tener eficacia preventiva, debe posibilitar la detección de conductas criminales.

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

“La existencia de unos **canales de denuncia** de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados **resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower)**, que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias.”

**El 5º requisito del art.31 bis.5** sobre la *obligación de establecer un **sistema disciplinario** que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo, presupone* la existencia de un **código de conducta** en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados.

**“Las infracciones más graves**, lógicamente, serán las constitutivas de delito, **debiendo contemplarse también** aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto.”

**El 6º requisito del art.31 bis.5** impone a la persona jurídica el **deber de verificar periódicamente** la eficacia del modelo.

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

“Aunque el texto no establece **plazo** ni **procedimiento** alguno **de revisión**, un adecuado modelo de organización debe contemplarlos expresamente.

Además, el modelo **deberá ser revisado inmediatamente si** concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo, que habrán de detallarse y que incluirán, además de las indicadas en este requisito, otras situaciones que alteren significativamente el perfil de riesgo de la persona jurídica (por ej., modificaciones en el Código Penal que afecten a la actividad de la corporación).”

## **5.4. El oficial de cumplimiento**

**La segunda condición para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal trata del órgano encargado de supervisar el modelo** referido en el art.31.bis.2. 2ª de la LO 10/1995:

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

...

“En **las empresas de servicios de inversión** el órgano encargado esta ya regulado en el art. 193. 2 a) del Real Decreto Legislativo 4/2015 TRLMV, desarrollado por las Circulares de la CNMV nº 6/2009 y 1/2014.”

...

**También existe previsión normativa** para los sujetos obligados personas jurídicas en relación con la prevención del **delito de blanqueo de capitales** (arts. 2 y 26. 1 de la Ley 10/2010)

...

**También existe previsión normativa para las sociedades cotizadas**, si bien sin rango legal pues es en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas elaborado por la CNMV donde se establece que “la sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración” (principio 21).

...

El texto **no establece el contenido de las funciones de supervisión** del oficial de Cumplimiento.

**Deberá participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control** para verificar, al menos, la observancia de los requisitos de los modelos de gestión y organización.

Para ello, **deberá contar con personal con** los conocimientos y experiencia profesional suficientes, disponer de los **medios técnicos adecuados** y tener **acceso a los procesos** internos, información necesaria y actividades de las entidades para garantizar una amplia cobertura de la función que se le encomienda.”

...

El oficial de cumplimiento **debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica**, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación. Ello **no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas** que configuran la función de cumplimiento normativo, que pueden ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo, como la unidad de riesgos, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención del blanqueo. Lo esencial será que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas.

...

Tampoco existe inconveniente alguno en que **una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa** de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica.

...

**Lo verdaderamente relevante** a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga **un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo**, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano.

...

Para conseguir los máximos niveles de autonomía, **los modelos deben prever** los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que pudiera ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control que preferentemente no deben ser administradores, o no en su totalidad.

...

Es preciso realizar, por último, una referencia a la posición del oficial de cumplimiento en relación con su responsabilidad penal y la de la persona jurídica.

...

**La exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior** a la de otros directivos de la persona jurídica.

Comparativamente, su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación.”

## **5.5. El régimen especial de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones**

El apartado 3 del art. 31 bis LO 10/1995 contiene un régimen especial para las **personas jurídicas de pequeñas dimensiones**, consideradas como tales, con arreglo a un criterio contable, aquellas sociedades autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

...

“**La única especialidad que el Legislador dispensa** a estas entidades consiste en eximir las del cumplimiento de la condición segunda del apartado anterior, de modo que **las funciones del oficial de cumplimiento las desempeñe directamente el órgano de administración**. Se mantiene, por lo tanto, la obligación de adoptar los modelos de organización y gestión, con los requisitos del apartado 5.

No obstante tal obligación, las características de **los modelos de organización y control** de estas personas jurídicas de pequeñas dimensiones **deberán acomodarse a su propia estructura organizativa**, que no puede compararse con la de las empresas dotadas de una organización de cierta complejidad, que les viene en buena medida legalmente impuesta.

Estas pequeñas organizaciones podrán, por lo tanto, **demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión** de los requisitos formales del apartado 5, que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal.

Teniendo presentes las especiales características de algunas de estas sociedades, en las que será habitual la confusión entre la responsabilidad de la persona física a la que incumbe el deber de vigilancia y el órgano de cumplimiento que ella misma encarna, **los Sres. Fiscales**, en evitación de una inconstitucional situación de bis in idem, **extremarán la prudencia en su imputación.**”

## **5.6. Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión**

...

Sin perjuicio de las muy diversas circunstancias atendibles en cada caso concreto, se proporcionan las siguientes **pautas exegéticas de carácter general**:

Primera.- ... **Ha de evitarse, por lo tanto, que la mera adopción de estos modelos**, que profusamente ofrece el mercado especializado, **constituya un salvoconducto para la impunidad** de la persona jurídica blindándola, no solo por los actos de las personas de menor responsabilidad en la empresa sino también por los de quienes la administran, representan y hasta diseñan y vigilan la observancia de tales programas.

Segunda.- ... La clave para valorar su verdadera eficacia **no radica tanto en la existencia de un programa** de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento.

...

Tercera.- **Las certificaciones sobre la idoneidad** del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como **un elemento adicional más de su observancia** pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.

Cuarta.- Cualquier programa eficaz depende del **inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía**.

...

Por lo tanto, la responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. En el primer supuesto, ... los Sres. Fiscales **presumirán que** el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito.

Quinta.- ... Por lo tanto, en los supuestos en los que el delito fue cometido por el sujeto en beneficio propio, con un beneficio solo indirecto para la persona jurídica, los Sres. Fiscales deberán valorar de manera especial que los modelos de organización y control de la compañía establezcan altos **estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados y su aplicación en el caso concreto**.

Sexta.- ... En consecuencia, los Sres. Fiscales concederán **especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación** de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.

Octava.- El comportamiento de la corporación en relación con anteriores conductas es relevante para deducir la voluntad de cumplimiento de la persona jurídica y en qué medida el delito representa un acontecimiento puntual y ajeno a su cultura ética o, por el contrario, evidencia la ausencia de tal cultura, desnudando el modelo de organización como un mero artificio exculpatorio.

...

Novena.- ...La **adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa** para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, **son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento**.

## **5.7. Naturaleza de la exención y carga de la prueba**

...

“De este modo, **atañe a la persona jurídica acreditar** que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales **y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito** en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1º. Claro está que los programas serán además, como se ha dicho, una referencia valiosa para medir las obligaciones de las personas físicas referidas en el apartado 1 a) en relación con los delitos cometidos por los subordinados gravemente descontrolados.”

**6. Cláusula de vigencia Circular 1/2016.** La presente Circular no afecta a la vigencia de la Circular 1/2011, que será de aplicación en todo aquello que no ha sido modificado por la LO 1/2015.