

La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva de la Fiscalía

Juan Antonio Frago Amada
Fiscalía Provincial de La Coruña
Grupo de delitos económicos
Editor del blog “En ocasiones veo reos”
(+ 1.500.000 visitas)

La Coruña, 5-V-2017, Instituto de la Seguridad Social Gallega

***Catálogo de delitos que pueden
cometer las personas jurídicas***

Lista de delitos específicos

(Lista tasada)

- Tráfico de órganos (156 bis Cp).
- Trata de seres humanos (177 bis 7 Cp).
- Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (189 bis Cp).
- Descubrimiento y revelación de secretos (197 quinquies Cp).
- Estafas (251 bis Cp).
- Frustración de la ejecución (258 ter Cp).
- Insolvencias punibles (261 bis Cp).
- Daños informáticos (264 quater Cp).
- Propiedad intelectual, industrial, mercado y consumidores (288 Cp).
- Blanqueo (302. 2 Cp).
- Financiación ilegal de partidos (304 bis 5 Cp).
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (310 bis Cp).
- El peculiar caso de los delitos contra los derechos de los trabajadores (318 Cp).
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis 5 Cp).
- Delitos urbanísticos (319. 4 Cp).
- Delitos contra el medioambiente (328 Cp).
- Delitos relativos a radiaciones ionizantes (343. 3 Cp).
- Delitos de riesgo por explosivos y análogos (348. 3 Cp).
- Delitos contra la salud pública (366 Cp).
- Tráfico de drogas (369 bis Cp).
- Falsificación de moneda (386. 5 Cp).

Lista de delitos imputables a PJ (II)

- Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (399 bis Cp).
- Cohecho y sobornos en el extranjero (427 bis Cp).
- Tráfico de influencias (430 Cp).
- Delitos “de odio” (510 bis Cp).
- Terrorismo y financiación del mismo (576 Cp).
- Art. 2. 6 de la LO de Contrabando.

Consecuencias contractuales

- Art. 71 del proyecto de reforma de la Ley de Contratos del Sector público:
Artículo 71 (página web del Congreso de los Diputados).
Prohibiciones de contratar.
 1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

La prohibición de contratar alcanzará, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, a las **personas jurídicas** que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado.

En el caso de los Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social relativos al impago de impuestos o cotizaciones, la prohibición de contratar alcanzará únicamente a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables y a aquellas que, según la normativa tributaria o de seguridad social aplicable, sean sujetos pasivos de la obligación.

(Soft law)

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto.

- Exigencias de empresas contratistas de tener implementados los planes (cada vez más empresas españolas lo vienen exigiendo como primer requisito para empezar a hablar del resto).
- Eximente y atenuante (ejemplos).

Conclusión 3ª

- *3ª La sustitución de la expresión “en su provecho” por la de “en su beneficio directo o indirecto”, conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Además, permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir, ya claramente, los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto, los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales. Solo quedarán excluidas aquellas conductas que, realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficios.*

Comentario 3ª

- Podremos distinguir: A) Beneficio directo: Que por la actuación del mando o empleado se obtenga un lucro más o menos cuantificable,
- B) Beneficio indirecto: Que, siguiendo la Circular, podrá englobar, entre otros, 1) los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto, 2) los consistentes en un ahorro de costes y, en general, 3) todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales.
- Se añaden dos cuestiones: A) Que por el sólo hecho de hablar de entidades sin ánimo de lucro, no sólo por dicho extremo habrá exoneración de responsabilidad penal de la PJ, B) Que para que haya exoneración no ha de reportarse ningún beneficio a la empresa (ej.: trabajador que por las tardes se dedica a causar daños informáticos a terceros que no son competidores económicos).

Conclusión 12ª

- *12ª La responsabilidad penal de los partidos políticos y de los sindicatos, introducida en la LO 7/2012, presenta las siguientes peculiaridades:*
- *12ª.1. Su responsabilidad se extenderá a las fundaciones y entidades con personalidad jurídica a ellos vinculados.*
- *12ª.2. A diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer programas de prevención, el art. 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la LO 3/2015, expresamente lo impone a los partidos políticos.*
- *12ª.3. En relación con las penas de disolución y suspensión judicial ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley Orgánica 6/2002, (modificado por LO 3/2015).*

Comentario 12ª

- Como es bien sabido, la LO 5/2010 evitaba que a partidos políticos y sindicatos se les pudiera imponer la RPPJ. Recibían, en fin, un tratamiento idéntico al de las Administraciones, cuando, pese a quien le pese, distan de serlo. Ciertas quejas dentro de la UE nos llevaron a la citada LO 7/2012 y a que esta, en una ley contra el fraude, introdujese de pasada dicha RPPJ para partidos y sindicatos.
- La LO 6/2002 señalada en la conclusión 12. 3ª es la creada con la finalidad de disolver partidos políticos filoterroristas.

Conclusión 15ª

- *15ª Tras la reforma de la LO 1/2015 el “debido control” (ahora “deberes de supervisión, vigilancia y control”) sigue atribuido a las personas físicas de la letra a) del art. 31 bis 1 y no a la propia persona jurídica, con lo que los modelos de organización y gestión ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación. Puesto que estos modelos eximen de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones, el objeto del proceso penal se extiende ahora también a valorar la idoneidad del modelo adoptado por la corporación.*

Comentario 15ª

- En cualquier caso, lo importante es que se habrá de valorar la idoneidad del modelo adoptado por la corporación. Idoneidad que será valorada por el juez instructor, el fiscal y finalmente dos instancias judiciales en el enjuiciamiento con escasos o nulos conocimientos de cómo funcionan las empresas, reglas ISO, certificabilidad o no, etc.

Conclusión 17ª

- *17ª Los modelos de organización y gestión deberán observar las condiciones y requisitos que establecen los apartados 2 y 5 del art. 31 bis, cuyo contenido será interpretado por los Sres. Fiscales siguiendo las pautas que se indican en los apartados 5.3. y 5.4 de esta Circular, atendiendo, con las necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la correspondiente persona jurídica, a la normativa sectorial aplicable a las entidades a las que se impone específicamente un determinado modelo de organización y gestión.*

Comentario 17ª

- Esta conclusión se remite a los puntos 5. 3 *“Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión”* (f. 42-46) y 5. 4 *“El oficial de cumplimiento”* (f. 46-50).
- Oficial imputable.
- Externalizables funciones.
- Regulaciones sectoriales específicas.

Conclusión 19ª

- *19ª Sin perjuicio de tener en cuenta las muy diversas circunstancias concurrentes en cada caso concreto, los Sres. Fiscales observarán las siguientes pautas de carácter general para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión:*
- *19ª.1. La regulación de los modelos de organización y gestión debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica.*
- *19ª.2. El objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Los Sres. Fiscales analizarán si los programas de prevención establecidos expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales.*
- *19ª.3. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas 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 la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.*

19ª (sigue)

- *19ª.4. Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Si son los principales responsables de la entidad quienes incumplen el modelo de organización y de prevención o recompensan o incentivan, directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa, de tal modo que, en estos, casos, los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz.*
- *19ª.5. La responsabilidad corporativa debe ser más exigente en los supuestos en los que la conducta criminal redundo principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al directa y personalmente perseguido por el delincuente. En estos casos, cabe exigir a la persona jurídica que la contratación o promoción del individuo que delinquiró se adecuara a unos protocolos y procedimientos que garanticen altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados.*
- *19ª.6. 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 validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.*

19ª (y fin)

- *19ª.7. Si bien la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, este puede quedar seriamente en entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal.*
- *19ª.8. Los Sres. Fiscales atenderán al comportamiento de la corporación en el pasado. Se valorará positivamente la firmeza de la respuesta en situaciones precedentes y negativamente la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes de la investigada, o previas sanciones en vía administrativa.*
- *19ª.9. Las medidas adoptadas por la persona jurídica tras la comisión del delito pueden acreditar el compromiso de sus dirigentes con el programa de cumplimiento. Así, la imposición de medidas disciplinarias a los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, la restitución y la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio del valor atenuante que pueda tener alguna de estas actuaciones. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.*

Comentario 19ª

- La regulación de la RPPJ no puede verse burlada con planes de cumplimiento “cosméticos” o copiados entre empresas.
- La PJ la que debe establecer la primera barrera contra el delito; no puede convertirse en una tonta útil.
- Lamentablemente la Circular no va mucho más allá de este sucinto apartado respecto a las certificaciones. Ni indica cuáles pueden tomarse como serias o no, ni la virtualidad de las mismas (Ni habla de las ISO).

- Se habla para las PJ “privadas” de los mismos males del sector público: la contratación de directivos o empleados saltándose los estándares éticos.
- Dilema del prisionero con la denuncia del empleado o mando para exoneración.
- Apartado 8: Este apartado no sé muy bien cómo se llevará a la práctica por la Fiscalía, cuando la LECRIM nos dice que un delito dará lugar a una causa (¿pediremos periciales de otras causas? ¿recabaremos testimonios de otros procedimientos? ¿cómo investigo, o me lo va a conceder el juez ya abrumado por su trabajo como para ver qué ha pasado en otras causas por simple curiosidad?).

Conclusión 20ª

- *20ª La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales.*

Comentario 20ª

- Para el TS, contra circular, causa de justificación (STS de 29-II-2016).
- Carga de la prueba de la defensa (según Circular).
- De la acusación (según 8 votos del TS).

Conclusiones sobre la ética del cumplimiento para la Fiscalía General del Estado

- El delito debe ser un hecho aislado dentro de la cultura de cumplimiento.
- Los directivos deben ser los primeros en asumir la cultura de cumplimiento.
- No debe haber incentivos para el incumplimiento.
- Toma de decisiones orientado al cumplimiento y no a la mera obtención de beneficios.
- Sanciones inmediatas al directivo o empleado infractor.

- Formación de empleados y administradores.
- La conducta de los administradores se traslada hacia abajo, con lo que es importante predicar con el ejemplo.
- Estudio en profundidad en el Plan de cada uno de los requisitos del 31 bis Cp.