

¿QUÉ HAN DICHO NUESTROS TRIBUNALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE EMPRESA?

¿Qué han dicho nuestros tribunales sobre la responsabilidad penal de empresa?

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha hecho un esfuerzo para aclarar cuestiones de extrema relevancia relativas a la responsabilidad penal de la empresa, como (i) cuál es el fundamento de esta responsabilidad penal; (ii) qué debe probar la acusación para que se condene a la empresa; (iii) quién debe representar a la empresa en el procedimiento penal; y (iv) cómo se articula la responsabilidad penal de la empresa con la de sus integrantes que hayan cometido un delito. Aunque quedan muchas otras cuestiones por aclarar, estos pronunciamientos son un buen punto de partida para perfilar el novedoso régimen de responsabilidad penal de la empresa.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad Penal de la Empresa, Persona Jurídica, Programas de Cumplimiento.

What have our courts said about corporate criminal liability?

The Criminal Chamber of the Spanish Supreme Court has made an effort to clarify certain key aspects of the regulation on corporate criminal liability, such as (i) the grounds on which a company could be found criminally liable; (ii) the burden of the proof on the prosecution; (iii) who should represent the company in the criminal proceedings; and (iv) how corporate criminal liability interacts with the criminal liability of the individuals within the company who may have committed a criminal offence. Although there are many other aspects of corporate criminal liability pending clarification, the abovementioned rulings of the Supreme Court are a good start for the definition of this regulation recently introduced in the Spanish criminal justice system.

KEY WORDS

Corporate Criminal Liability, Legal Person, Compliance Programmes.

Fecha de recepción: 15-1-2018

Fecha de aceptación: 15-5-2018

INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA

La responsabilidad penal de la persona jurídica o de la empresa sigue considerándose novedosa en nuestro sistema penal. Se regula principalmente en el artículo 31 bis del Código Penal (el «CP»), introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (la «LO 5/2010»). Esta nueva regulación estableció, básicamente, que la persona jurídica podría resultar penalmente responsable por determinados delitos cometidos por sus integrantes en provecho de esta.

La parquedad de dicha regulación dio lugar a un extenso debate doctrinal acerca de si respetaba o no uno de los principios básicos del derecho penal: el principio de culpabilidad. De acuerdo con este principio, nadie puede responder penalmente de un hecho ajeno. ¿Cómo podría la persona jurídica, como ente diferenciado de sus integrantes, responder penalmente del hecho cometido por otro? ¿Y si la persona jurídica contaba con controles internos para la prevención de delitos —los llamados *criminal compliance programmes* o programas para la prevención de delitos— que fueron burlados por sus integrantes?

La LO 5/2010 aparentemente había establecido un sistema de responsabilidad vicarial o por transferencia: la persona jurídica respondería de los delitos cometidos por sus integrantes. Parecía, de la

literalidad de la norma, que esta responsabilidad sería automática en el caso de los delitos cometidos por sus dirigentes (sus representantes legales y administradores de hecho y de derecho), resultando indiferente en estos casos los controles internos que pudiera tener la persona jurídica (a excepción de la circunstancia atenuante de la pena de la empresa, consistente en «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»). Y en el caso de los delitos cometidos por sus subordinados (esto es, por personas sometidas a la autoridad de los dirigentes), la persona jurídica respondería cuando el delito hubiese sido cometido «por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso».

La postura de la Fiscalía General del Estado, reflejada en su Circular 1/2011 (la «Circular FGE 1/2011»), no dejaba lugar a dudas: se había establecido un sistema de responsabilidad penal por transferencia o vicarial. ¿Y qué relevancia podrían tener los controles internos instaurados en la empresa para la prevención de delitos? Para la Fiscalía General del Estado, estos programas podrían servir como guía para analizar si se había ejercido sobre los subordinados el debido control, pero «no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa a la que no se refiere el artículo 31

bis del Código Penal y que constituye una categoría de todo punto ajena a nuestra dogmática penal».

En contraposición con este sistema de responsabilidad penal vicarial o por transferencia, una parte de la doctrina seguía defendiendo que solo se ajustaría al principio de culpabilidad un sistema de responsabilidad penal de la empresa por el hecho propio. En este sistema de autorresponsabilidad, desempeñarían un papel esencial los controles internos instaurados en la empresa para la prevención de delitos. Esto es, si la empresa contaba con controles eficaces para la prevención de delitos, no debería responder penalmente de los delitos cometidos por sus integrantes (incluidos los delitos de sus dirigentes), aunque se realizasen en su provecho.

Ante tan relevante debate suscitado con la LO 5/2010, nuestro legislador aprobó la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (la «LO 1/2015»). Esta ley introdujo, según su preámbulo, *«una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal»*. Por tanto, el preámbulo de la LO 1/2015 ya indicaba que el fundamento de la responsabilidad penal de la empresa era el quebrantamiento del «debido control» y no el delito cometido por alguno de sus integrantes. Seguía el preámbulo aclarando que *«Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial [...]»*. De este modo, la nueva regulación estableció los requisitos que debían cumplir los programas para la prevención de delitos con el fin de evitar la responsabilidad penal de la empresa por los delitos cometidos por sus integrantes (apartados 2 y 5 del art. 31 bis CP).

No obstante lo anterior, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016 (la «Circular FGE 1/2016»), siguió manteniendo que, incluso con la LO 1/2015, el modelo de atribución de responsabilidad penal a la empresa era por transferencia o de tipo vicarial. Esto es, la empresa respondería penalmente de la actuación de sus integrantes, siendo esta actuación el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. No obstante, se reconocía en la Circular FGE 1/2016 que, con la LO 1/2015, la existencia de determinados controles internos para la prevención de delitos (los «modelos

de organización y gestión», en palabras de la LO 1/2015) podría ser una causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En todo caso, para la Fiscalía General del Estado, la acusación no tenía que probar la ausencia de controles en la persona jurídica para que esta resultara penalmente responsable, bastando con que se probara el delito de los dirigentes de la empresa (apartado *a* del artículo 31 bis.1 CP) o el incumplimiento grave de sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los subordinados que pudieron cometer el delito (apartado *b* del artículo 31 bis.1 CP). Así, la carga de la prueba relativa a la eficacia del programa de prevención de delitos para la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica recaería sobre la propia empresa.

Todavía son escasos los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el régimen de responsabilidad penal de la empresa. No obstante, el Tribunal Supremo ha hecho un esfuerzo para intentar aclarar algunas (no todas) cuestiones esenciales relativas a la responsabilidad penal de la persona jurídica, tales como (i) el modelo de atribución de responsabilidad penal a la empresa (¿vicarial o autorresponsabilidad?); (ii) la carga de la prueba que recae sobre la acusación para la condena a una empresa; (iii) la representación de la empresa en el proceso penal; y (iv) la articulación entre la responsabilidad penal de la persona jurídica y la de sus integrantes. Asimismo, algunos juzgados y audiencias provinciales han dictado determinadas resoluciones que también merecen ser comentadas, pues pueden servir de guía para la aplicación práctica del régimen de responsabilidad penal de la empresa.

¿DE QUÉ PUEDE RESPONDER LA EMPRESA PENALMENTE? EL DEFECTO GRAVE EN EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS DE CONTROL

En contra de lo reflejado en la Circular FGE 1/2016, el Tribunal Supremo ha dejado claro que el fundamento de la responsabilidad penal de la empresa no es el delito o el quebrantamiento de los deberes de control por parte de sus integrantes. El fundamento de su responsabilidad penal no es, en definitiva, un hecho ajeno, sino que el principio de culpabilidad exige que la persona jurídica solo pueda responder penalmente de un hecho propio. Este hecho consiste, básicamente, en la ausencia de los controles adecuados para prevenir o para disminuir el riesgo de comisión de los delitos que puedan dar lugar a la responsabilidad penal de la empresa.

La primera sentencia del Alto Tribunal que hizo una tímida referencia a que el régimen de responsabilidad penal de la empresa debía ajustarse al principio de culpabilidad fue la 514/2015, de 2 de septiembre. Pero no fue hasta la sentencia 154/2016, de 29 de febrero, cuando el Tribunal Supremo tomó cartas en el asunto. En esta sentencia se confirmó la condena a una sociedad por un delito contra la salud pública y, *obiter dictum*, el Tribunal Supremo aprovechó para aclarar cuál era el fundamento de la responsabilidad penal de la empresa (¿el hecho propio o el hecho ajeno, de sus dirigentes o subordinados?). En este caso, la mayoría de los magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo afirmaron que, una vez constatada la comisión de un delito por parte de un integrante de la empresa (un delito de los que puede generar responsabilidad penal de la persona jurídica), esta podría responder penalmente si carecía de «medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización». Según el Alto Tribunal, para que la empresa responda penalmente hay que analizar si «el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos [...]». Esta «ausencia de cultura de respeto al Derecho» que se manifiesta en la ausencia de medidas de vigilancia y control es el «núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica» en el ámbito penal. Por tanto, el modelo de atribución de responsabilidad penal a la empresa es el de autorresponsabilidad y no el modelo vicarial o por transferencia (este último modelo, como indica el Tribunal Supremo, había sido expresamente rechazado por el legislador en el preámbulo de la LO 1/2015).

Siete de los quince magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo suscribieron el voto particular concurrente de la citada sentencia 154/2016, de 29 de febrero, manteniendo un criterio análogo al reflejado en la Circular FGE 1/2016. Estos magistrados sostenían que la persona jurídica podría ser responsable penalmente de los delitos cometidos por sus integrantes. En el caso de los delitos cometidos por los dirigentes de la empresa (apartado a del art. 31 bis.1 CP), la culpabilidad de

la empresa la infiere el legislador «del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la «culpa in eligendo» y la «culpa in vigilando», o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa «in constituyendo» y la culpa «in instruendo», sin que sea necesario acreditar «la ausencia de una cultura de respeto al Derecho» para condenar a la empresa.

Así, el debate acerca del modelo de atribución de responsabilidad penal a la empresa se mantenía vivo incluso en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. No obstante, las sentencias posteriores del Alto Tribunal han mantenido el citado criterio mayoritario: el modelo de atribución de responsabilidad penal a la empresa es el de autorresponsabilidad, no el vicarial o por transferencia. Así, en la sentencia de 221/2016, de 16 de marzo, el Tribunal Supremo reiteró que el fundamento de la responsabilidad penal de la empresa, una vez cometido un delito de los que pueda generar responsabilidad penal de la persona jurídica por alguno de sus integrantes, es «la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica [...]». Además, este defecto estructural en los mecanismos de control debe ser grave, pues «Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos». Del mismo modo, en la sentencia del Tribunal Supremo 516/2016, de 13 de junio (aclarada mediante auto de 28 de junio de 2016) se explicita que «En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de auto-responsabilidad, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad». Y en la más reciente sentencia del Tribunal Supremo 668/2017, de 11 de octubre, se vuelve a insistir en que «La responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos sine qua non para proclamar la autoría penal de una persona jurídica».

Por tanto, el modelo de atribución de responsabilidad penal a la empresa es el de autorresponsabilidad. Incluso cuando el delito que puede generar responsabilidad penal a la persona jurídica es cometido por sus dirigentes, la empresa solo responderá penalmente si carecía de los controles adecuados para la prevención del delito cometido (siempre que esta carencia o defecto estructural pueda considerarse grave).

¿QUÉ DEBE ACREDITAR LA ACUSACIÓN PARA QUE SE CONDENE A LA EMPRESA? LA CARGA DE LA PRUEBA

El anterior debate relativo al modelo de atribución de responsabilidad penal a la empresa (sistema vicarial o responsabilidad por el hecho propio) tiene una consecuencia práctica de máxima relevancia: este debate determina qué debe acreditar la acusación para condenar a la persona jurídica, con el fin de desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

Si el sistema de atribución de responsabilidad penal a la empresa fuera el vicarial, la acusación solo tendría que acreditar la conducta delictiva de los dirigentes de la empresa (apartado *a* del art. 31 bis.1 CP) o el incumplimiento grave de sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los subordinados que pudieron cometer el delito (apartado *b* del art. 31 bis.1 CP). En este caso, para que la empresa pudiera resultar exenta de responsabilidad penal por la existencia de un programa para la prevención de delitos, ella misma debería probar la eficacia de este programa de prevención, en cumplimiento de los requisitos previstos en los apartados 2 y 5 del artículo 31 bis CP.

No obstante, en el sistema de autorresponsabilidad, según el cual el núcleo de la responsabilidad penal de la persona jurídica es el defecto estructural (que, además, debe ser grave) en sus medidas de control para la prevención de delitos, la carga de probar este defecto estructural recae sobre la acusación. Esta es una consecuencia del principio de presunción de inocencia que rige nuestro sistema penal. Así lo han entendido las ya citadas sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, 221/2016, de 16 de marzo, y 668/2017, de 11 de octubre. En esta última se indicó que no era posible condenar a la empresa por un delito contra el medio ambiente ante «[...] la ausencia de todo hilo argumental encaminado a hacer valer una base fáctica, ligada a la ausencia de medidas de control eficaz para evitar la actividad de contaminación sonora [...]». Esto es, la acusación ni tan siquiera había alegado la supuesta comisión del «delito corporativo», consistente en la ausencia de medidas de control eficaces.

Quizás siga sin estar claro en qué se traduce exactamente esta «ausencia de medidas de control eficaces» que debe acreditar la acusación para que se condene a la empresa. Hasta la fecha el Tribunal Supremo solo ha confirmado dos sentencias que

condenaban a personas jurídicas. Tanto en la sentencia 154/2016, de 29 de febrero, como en la posterior sentencia 583/2017, de 19 de julio, se confirmaron las respectivas condenas sobre una misma sociedad (Transpinelo, S.L.), entre otras sociedades condenadas, por delitos contra la salud pública y de blanqueo de capitales, respectivamente. Sus administradores fueron condenados por los citados delitos, habiendo utilizado a la sociedad como instrumento para su comisión. A diferencia de las demás sociedades condenadas, Transpinelo sí tenía una actividad lícita, relacionada con la obra pública (no era una simple sociedad pantalla, creada exclusivamente para la comisión de delitos) y contaba con más de cien trabajadores. ¿Cómo se acreditó la ausencia de medidas de control eficaces en Transpinelo?

En la sentencia 154/2016, de 29 de febrero, en la que se confirmó su condena por un delito contra la salud pública, se indicó que había quedado «*acreditada la ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos en TRANSPINELO [...]*». No obstante, en el voto particular de la citada sentencia se apuntaba a la incongruencia de la postura de la mayoría de los magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, pues no se hizo constar en el relato fáctico de la sentencia de instancia el hecho probado consistente en esta «*ausencia de instrumentos para la prevención de delitos*». Solo se consideró probado que Transpinelo fue utilizada como instrumento para la comisión del delito contra la salud pública. Por su parte, en la sentencia 583/2017, de 19 de julio, se confirmó la condena a Transpinelo por un delito de blanqueo de capitales indicándose que «*la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito. No exige esto aquí demasiados comentarios a la vista del panorama al que nos enfrentamos. Ni siquiera se hace necesario evocar lo que sobre este punto y en relación a esta entidad lo que razonó la STS 154/2016 (RJ 2016, 600). Es patente que en una empresa cuyos únicos administradores cometen de consuno dolosamente una infracción penal actuando en nombre de la entidad con la colaboración de la mayor parte de los titulares formales del capital social (también condenados por conductas dolosas), no es dable imaginar otra hipótesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo. Lo destaca la sentencia de instancia: sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implantasen medidas para prevenir sus propios*

propósitos y planes». Por tanto, ambas condenas se basaron en el hecho de que los dirigentes de Transpinelo la utilizaban como instrumento de los delitos cometidos. Este uso instrumental de la empresa (aunque también tuviera una actividad lícita) se consideró suficiente para condenar a la persona jurídica.

Estas dos únicas condenas que han sido confirmadas por el Tribunal Supremo no arrojan demasiada luz sobre qué tiene que probar la acusación, especialmente cuando la empresa sí cuente con instrumentos para la prevención de delitos. ¿Bastaría con la afirmación por parte de la acusación de que estos controles no existían o eran insuficientes, dado que el delito se ha cometido por alguno de sus integrantes? Si así fuera, la empresa se vería obligada a acreditar que sí contaba con medidas de control adecuadas para evitar su condena (en concreto, que sus medidas de control cumplieran con los requisitos previstos en los apartados 2 y 5 del art. 31 bis CP), lo que supondría una inversión de la carga de la prueba contraria al principio de presunción de inocencia. Por tanto, en virtud de este principio, la acusación debería hacer algo más que limitarse a afirmar la ausencia o la insuficiencia de las medidas de control instauradas en la empresa.

En efecto, así lo vienen interpretando las audiencias provinciales, a la vista de las ya mencionadas sentencias del Tribunal Supremo. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.^a) 116/2017, de 30 de junio, se revocó la condena a una sociedad cooperativa por un fraude de IVA (art. 305 CP) al que también se había condenado al presidente de la sociedad. Se consideró que no se había practicado en el juicio oral prueba alguna para acreditar el «delito corporativo» que justificase la condena a la persona jurídica (esto es, la ausencia de medidas de control eficaces para prevenir el delito cometido por su presidente). En consecuencia, se revocó la condena penal a la sociedad cooperativa en aplicación del principio de presunción de inocencia (manteniéndose su responsabilidad civil, ahora subsidiaria y no directa, en virtud del art. 120.4.º CP). Del mismo modo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6.^a) 112/2016, de 27 de mayo, se acordó absolver a la persona jurídica del delito de estafa (art. 248 CP) al que también se había condenado a su administrador único, pues tampoco había quedado acreditada la ausencia de medidas de control que debe fundamentar la responsabilidad penal de la empresa (la sociedad únicamente respondió como responsable civil subsidiaria del mencionado delito de estafa).

Este defecto estructural (y grave) en los mecanismos de control de la empresa para la prevención de delitos también debe concurrir, al menos con carácter indiciario, para que se produzca la imputación inicial de la persona jurídica en un procedimiento penal, como persona investigada. A estos efectos, merecen especial comentario el auto que ha denegado la imputación del Club Atlético Osasuna («Osasuna») por un supuesto delito de corrupción deportiva (art. 286 bis.4 CP) y el auto que ha acordado su imputación por supuestos delitos contra la Hacienda Pública (art. 305 CP).

El auto del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Pamplona de 11 de enero de 2016 (confirmado por auto de 22 de marzo de 2016 de la Audiencia Provincial de Navarra) rechazó la imputación del Osasuna (manteniéndose en su condición de acusación particular) en un procedimiento penal en el que constaban indicios del citado delito de corrupción deportiva cometido por varios directivos y jugadores del club. Este auto analizó los mecanismos de control que tenía el Osasuna para intentar prevenir el delito de corrupción en el deporte y los consideró suficientes para evitar la responsabilidad penal del club (incluso indiciariamente, a efectos de su imputación). Dado que los hechos investigados eran previos a la LO 1/2015, el Juzgado estimó, en lo que respectaba a los mecanismos de control que tenía el Osasuna, que no debía aplicar de forma retroactiva los requisitos de los modelos de prevención de delitos para la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica que se introdujeron con esta ley orgánica (apartado 2 y 5 del actual art. 31 bis CP). En particular, el club contaba con mecanismos de control previstos en sus estatutos (el gerente tenía funciones de control de la regularidad de la actuación de los órganos de dirección del club, y la Comisión Económica tenía facultades para controlar los aspectos económicos del club) y en la normativa deportiva (la auditoría anual de las cuentas del club impuesta por el Reglamento de Control Económico de la Liga de Fútbol Profesional). El auto de Juzgado de Instrucción n.º 2 de Pamplona consideró que el supuesto delito de corrupción deportiva investigado habría sido cometido (indiciariamente) por algunos directivos con ocultación a los socios del club y a los órganos internos y externos que tenían la función de controlar la actuación de los directivos (ni tan siquiera todos los miembros de la junta directiva tenían conocimiento del presunto delito, indiciariamente). Y que, por ello, indiciariamente, esta conducta ilícita no podía generar responsabilidad penal al Osasuna. Además, como argumentos adi-

cionales para excluir la indiciaria responsabilidad penal del club, el Juzgado consideró (i) que los directivos imputados habrían actuado fuera del ámbito propio de sus funciones directivas, pues se habrían extralimitado en sus funciones (su actuación sería ajena a la finalidad y al objeto social del club); y (ii) que su actuación tampoco se habría llevado a cabo en provecho del Osasuna, pues los supuestos «amaños» no garantizaban el mantenimiento del club en primera división (además de que el club estaba económicamente arruinado, por lo que no resultaba beneficioso destinar 900.000 euros a estos supuestos «amaños»).

Distinta suerte corrió el Osasuna en el procedimiento penal ante el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Pamplona, en el que se investigaban supuestos delitos contra la Hacienda Pública. Inicialmente, mediante auto de 17 de enero de 2017, el citado órgano instructor había rechazado la imputación del club por estos delitos fiscales, apoyándose en los autos mencionados en el párrafo anterior, relativos al delito de corrupción en el deporte (estimando que los controles existentes para evitar el fraude fiscal eran suficientes y no cabría imputar al club la supuesta decisión de algunos directivos de cometer este fraude). No obstante, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1.ª) revocó esta resolución mediante el auto 102/2017, de 7 de marzo, y aclaraba que si no se imputó al Osasuna por el delito de corrupción en el deporte fue porque la actuación delictiva de sus directivos era totalmente ajena a «*la actividad esperable del club*» (esto es, a su finalidad y a su objeto social). En cambio, la actuación indiciariamente constitutiva de un delito contra la Hacienda Pública entra «*dentro de un ámbito derivado de la propia actividad del club, en la que por tanto es previsible su existencia [...]*». Y es que «*no puede olvidarse que nos encontramos ante una obligación tributaria esencial, como es el pago de un impuesto ordinario, cuya ausencia o constatación de pago y cumplimiento de obligaciones fiscales es fácilmente constatable y controlable, por lo que, a priori, se revela una ausencia de un debido control sobre una obligación ordinaria de naturaleza tributaria, que impide concluir la ausencia de indicios de responsabilidad criminal por la existencia de unas medidas adecuadas de control, cuando nos encontramos en presencia de una obligación tributaria ordinaria, cuyo impago no fue constatado, ni controlado*». Por tanto, se estimó que el Osasuna podría ser indiciariamente responsable de los delitos contra la Hacienda Pública objeto de investigación, pues la actuación indiciariamente constitutiva de estos delitos debió

haberse controlado por el club, en el desarrollo normal de su actividad. Lógicamente, una vez producida esta imputación del Osasuna, para que el club pueda resultar finalmente condenado la acusación tendrá que acreditar que no contaba con medidas eficaces de control para prevenir o disminuir el riesgo de comisión de los delitos fiscales en cuestión. Esto es, tendrá que acreditar el «delito corporativo» del club, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo mencionada *supra*.

En suma, el modelo de autorresponsabilidad para la atribución de responsabilidad penal a la empresa determina que la acusación tiene la carga de probar el supuesto «delito corporativo», consistente en el defecto grave y estructural en las medidas de control instauradas en la empresa para la prevención del delito que pudo ser cometido por alguno de sus integrantes (sus dirigentes o sus subordinados).

¿QUIÉN DEBE REPRESENTAR A LA EMPRESA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL? LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

Otra cuestión de máxima relevancia que ha sido tratada por el Tribunal Supremo es la de la representación de la persona jurídica imputada o acusada en el procedimiento penal. La Ley de Enjuiciamiento Criminal («LECrím») no establece qué persona física debe representar a la empresa en el procedimiento penal. Los artículos 119.1, 409 bis y 786 bis de la LECrím, introducidos por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, básicamente disponen que (i) la declaración como investigada de la empresa durante la fase de instrucción la prestará un representante especialmente designado por la persona jurídica, asistido por el abogado de la empresa; y (ii), ya en la fase de enjuiciamiento, la persona jurídica acusada podrá estar representada por una persona física que especialmente designe, que podrá declarar en nombre de la empresa. La única limitación para la designación de este representante especialmente designado que impone nuestra ley procesal es que la persona jurídica no podrá estar representada en la fase de enjuiciamiento por quien deba declarar como testigo en el juicio oral.

Por tanto, en principio, cualquier persona física podría ser designada por la empresa para representarla en el procedimiento penal (excepto quienes deban declarar como testigos en el juicio oral). Podría incluso tratarse de un representante «externo», no integrante de la persona jurídica. También

podría designarse —porque la ley no lo impide— a una persona física que tenga la condición de investigada (o acusada) en el procedimiento penal.

Este último supuesto, en el que la persona jurídica es representada por una persona física investigada o acusada (o el supuesto en el que esta persona física y la empresa cuentan con la misma defensa letrada) es el que ha sido objeto de análisis por el Tribunal Supremo. Y es que podrían producirse, hipotéticamente, situaciones de conflicto de interés, con la consiguiente merma del derecho de defensa de la empresa (la Circular FGE 1/2011 ya había advertido de este riesgo). En concreto, los supuestos de posible conflicto de interés que se contemplaron en la sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, fueron los siguientes: *«En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación»*. A la vista de este riesgo de conflicto de interés, en la citada sentencia de 29 de febrero de 2016 el Tribunal Supremo lanzó un mensaje a los jueces y tribunales para que trataran de evitar esta posible vulneración del derecho de defensa de la empresa.

No obstante, no habrá conflicto de interés alguno cuando la defensa de la empresa y de la persona física investigada/acusada estén alineadas. Lógicamente, la mejor defensa de la persona jurídica puede consistir en negar el delito imputado a sus integrantes (pues sin este delito faltaría el presupuesto que puede generar responsabilidad penal a la empresa). Además, no podemos olvidarnos de que, incluso si la empresa resulta exenta de responsabilidad penal (por contar con mecanismos de control adecuados para la prevención del delito cometido), podría resultar civilmente responsable de los hechos delictivos cometidos por sus integrantes (art. 120.4.º CP). De ahí que en la sentencia del Tribunal Supremo 668/2017, de 11 de octubre, se apuntara que *«La coincidente estrategia defensiva de ambos sujetos imputados —persona física y persona jurídica—, descartaba en el caso entonces*

enjuiciado cualquier vulneración de relevancia constitucional». Y es que una pretendida restricción relativa a quién debe representar a la empresa en el procedimiento penal (más allá de la prevista en la LECrim respecto de los testigos que deban declarar en el juicio oral) podría resultar en una indebida vulneración del derecho de defensa de la empresa, al verse limitada a la hora de elegir a su representante especialmente designado (esto es, habrá casos en que quien mejor puede representar a la empresa es, precisamente, quien ya tiene la condición de investigado o de acusado en el procedimiento penal).

Por supuesto, habrá situaciones en las que ni tan siquiera habrá un riesgo de conflicto de interés, como el analizado en la sentencia del Tribunal Supremo 583/2017, de 19 de julio, según la cual *«dificilmente pueden apreciarse intereses contradictorios entre una empresa con forma de Sociedad limitada y la persona física (Amadeo Pio) a quien la sentencia atribuye la total titularidad de facto de la mercantil; o aquellas otras que ostentan la mayoría de su capital social, al menos formalmente (Manuel Roberto, Alberto Benito y Zulima Inocencia)»*.

Ni que decir tiene que el hecho de que se haya imputado/acusado a un integrante de la persona jurídica (aunque sea, por ejemplo, su administrador único) no implica que el procedimiento también se dirija contra la empresa. Como se expone en las sentencias del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo, y 744/2016, de 6 de octubre, no cabría abrir el juicio oral ni condenar a una persona jurídica que no haya sido previamente imputada durante la fase de instrucción del procedimiento penal, por mucho que se haya imputado a su legal representante como persona física.

A la vista de todo lo anterior, (i) la empresa deberá tener en cuenta el posible conflicto de interés (si es que existe alguno) a la hora de elegir a su representante especialmente designado y a su defensa letrada; y (ii) la imputación del representante de la empresa (o la acusación contra este) no implica que el procedimiento penal se dirija contra la persona jurídica.

¿CÓMO SE ARTICULA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA FÍSICA CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA? LA INDEPENDENCIA DE AMBAS RESPONSABILIDADES

Las eventuales responsabilidades penales de los integrantes de una persona jurídica y de esta última son independientes. De este modo, la responsabili-

dad penal de la empresa no excluye la responsabilidad penal de sus integrantes que hayan cometido el delito (sentencia del Tribunal Supremo 516/2016, de 13 de junio). Tampoco se exige necesariamente perseguir a la persona jurídica por el delito cometido por sus representantes en su nombre, no existiendo una suerte de figura análoga al litisconsorcio pasivo necesario (sentencia del Tribunal Supremo 455/2017, de 21 de junio). Esta independencia entre la responsabilidad penal de la persona física y la de la empresa es una consecuencia natural del sistema de autorresponsabilidad para la atribución de responsabilidad penal a la empresa (descrito en el apartado 2 *supra*).

También cabría la posibilidad de que el procedimiento penal se dirigiera únicamente contra la persona jurídica. En efecto, el artículo 31 ter.1 CP dispone que *«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»*. En este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3.ª) 285/2017, de 4 de julio, confirmó la admisión a trámite de una querrela únicamente contra un partido político, pero no contra las personas físicas querelladas (considerando que no había base suficiente para imputar a estas últimas, pero sí a la entidad, por un delito contra la propiedad industrial). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8.ª) de 14 de diciembre de 2016, se condenó en conformidad al Fútbol Club Barcelona por dos delitos contra la Hacienda Pública, sin que se condenara a ninguna persona física por los mismos hechos. En esta sentencia se consideró probado que el club no tenía en la fecha de los hechos *«un programa de cumplimiento y prevención de delitos (Compliance), ni circuitos institucionalizados y/o protocolizados de cumplimiento normativo»*. No obstante, se aplicó la atenuante prevista en el actual apartado d) del artículo 31 quater CP (*«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»*). En todo caso, para dirigir el procedimiento penal únicamente contra una persona jurídica, parece que el art. 31 ter.1 CP exige que no haya sido posible individualizar a ninguna persona física presuntamente responsable, ni dirigir el procedimiento contra ella.

CONCLUSIONES

Siguen siendo escasos los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la responsabilidad penal de la empresa. No obstante, el Tribunal Supremo sí ha aclarado algunas cuestiones esenciales al respecto. Quizás la aclaración más relevante ha sido la relativa al modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica: en virtud del principio de culpabilidad que rige nuestro sistema penal, la empresa solo puede resultar penalmente responsable de un hecho propio, no de un hecho ajeno. Sin duda, el delito o la ausencia de control por parte de los integrantes de la persona jurídica es el presupuesto necesario para que se pueda hablar de responsabilidad penal de la empresa. Pero este no es el fundamento de su responsabilidad. No basta el delito de sus integrantes (ni tampoco una concreta actuación que no respete los controles establecidos por la persona jurídica). Para que la empresa responda penalmente habrá que analizar si existía o no un defecto estructural en sus medidas de vigilancia y control, que además debe ser grave, y si este defecto grave y estructural posibilitó o facilitó el delito cometido por sus integrantes. Este defecto grave y estructural en sus medidas de control es lo que se considera el «delito corporativo», del que puede responder la empresa penalmente.

La principal consecuencia práctica de este sistema de autorresponsabilidad de la empresa es que, en virtud del principio de presunción de inocencia, la acusación deberá acreditar el citado «delito corporativo» para que se pueda condenar a la empresa. Esto es, deberá acreditar el defecto estructural y grave en las medidas de control instauradas en la empresa, que habría facilitado el delito cometido por sus integrantes. La jurisprudencia todavía no ha aclarado exactamente en qué consistiría este defecto grave y estructural que debe probar la acusación. En todo caso, y con el fin de que no se produzca una indebida inversión de la carga de la prueba, la acusación deberá hacer algo más que limitarse a afirmar la ausencia o la insuficiencia de las medidas de control (incluso en el caso de los delitos cometidos por los directivos de la empresa).

La representación de la empresa en el proceso penal también ha sido objeto de análisis por el Tribunal Supremo. En particular, se ha apuntado a la posible situación de conflicto de interés y consecuente merma del derecho de defensa de la entidad en el caso de que esté representada por una persona física investigada o acusada (o en el caso de que esta persona física y la empresa cuenten con la misma

defensa letrada). Obviamente, el propio Tribunal Supremo ha señalado que no habría tal conflicto de interés en el caso de que las estrategias de defensa de la empresa y de la persona física imputada/acusada estén alineadas. En todo caso, el hecho de que el procedimiento penal se dirija contra un representante de la empresa no significa que también se dirija contra la empresa, dado que será necesaria la previa imputación de esta última como ente diferenciado de sus integrantes.

Por último, también se ha sentado en la jurisprudencia la independencia de las potenciales responsabilidades penales de la empresa y de sus integrantes. El procedimiento penal podrá dirigirse contra ambos sujetos a la vez o contra solo uno de ellos, atendidas las circunstancias del caso. Esta es una consecuencia lógica del sistema de autorresponsabilidad para la atribución de responsabilidad penal a la empresa.

Sin duda, quedan muchas incógnitas por aclarar relativas al régimen de responsabilidad penal de la

empresa. ¿En qué se traduce cada uno de los requisitos de los «modelos de organización y gestión» para la prevención de delitos previstos en los apartados 2 y 5 del artículo 31 bis CP para la exención de responsabilidad penal a la empresa? ¿Qué relación tienen estos requisitos con el «delito corporativo» que debe probar la acusación? ¿Cómo se determina la eficacia de los programas para la prevención de delitos? La asunción de medidas de control *ex post*, tras la comisión del delito, o una relevante colaboración con la investigación, ¿podría implicar la ausencia del «delito corporativo»? Las reestructuraciones societarias no fraudulentas y que atienden a una finalidad empresarial legítima (transformaciones, fusiones, absorciones, escisiones, etc.), ¿podrían tener algún impacto en la responsabilidad penal de la empresa? Esperemos que estas y otras cuestiones se aclaren próximamente, en aras del principio de seguridad jurídica.

PATRICIA LEANDRO VIEIRA DA COSTA*

* Abogada del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje (Madrid).