



El nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de su condición de responsables civiles

Idoya Fernández Marcaida

Abogada

Extracto

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo por vez primera en la Ley Orgánica 5/2010. En concreto, en el artículo 31 bis del Código Penal.

El legislador previó la responsabilidad penal, directa e independiente, de las personas jurídicas respecto de los propios administradores o directivos de la sociedad.

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal vino a solventar las lagunas legales sobre la forma en la que las personas jurídicas debían intervenir en el proceso penal, derivadas de las modificaciones que la Ley Orgánica 5/2010 introdujo en el Código Penal.

Ya en el mes de julio de 2015, entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, última reforma del Código Penal, cuya regulación es la que se expone en este artículo.

Palabras clave: responsabilidad penal; empresa; administrador.

Fecha de entrada: 08-06-2020 / Fecha de aceptación: 03-07-2020

Cómo citar: Fernández Marcaida, I. (2020). El nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de su condición de responsables civiles. *Revista CEFLegal*, 235-236, 95-108.



The new regime concerning the criminal liability of legal persons. An analysis of their condition to be held as civilly liable

Idoya Fernández Marcaida

Abstract

The criminal liability of legal persons was first introduced in article 31 bis of the Spanish Criminal Code by the LO 5/2010.

The lawmakers provided that legal persons could be directly held criminally liable aside from managers and members of the board.

The 37/2011 Act, of 10 October, implementing procedure streamlining, aimed at solving legal loopholes concerning the way legal persons should be brought before court, deriving from the amendments introduced in the Spanish Criminal Code via LO 5/2010.

As late as July 2015, LO 1/2015 entered into force, being the last-to-date Criminal Code amendment. This is the regulation reviewed in the present paper.

Keywords: criminal liability; company; manager.

Citation: Fernández Marcaida, I. (2020). El nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de su condición de responsables civiles. *Revista CEFLegal*, 235-236, 95-108.





Sumario

1. Introducción
 2. Regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica
 - 2.1. Regulación anterior
 - 2.2. Regulación actual
 - 2.2.1. Delitos cometidos por representantes, personas con capacidad de decisión, organización o control
 - 2.2.1.1. Representantes legales y administradores de derecho
 - 2.2.1.2. Personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma
 - 2.2.2. Delitos cometidos por empleados sometidos a la autoridad de los administradores y representantes
 3. *Compliance* y correcta organización empresarial
 - 3.1. Concepto y definición de la figura del *compliance*
 - 3.2. Instauración del *compliance* en España
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

En la actualidad, la normativa española establece la responsabilidad penal de la persona jurídica, poniendo fin al principio básico y tradicional de nuestro ordenamiento jurídico denominado *societas delinquere non potest*. Uno de los motivos principales para la regulación penal de la persona jurídica se fundamenta en la realidad de que las organizaciones criminales hacen un uso instrumental de las entidades mercantiles con el fin de cometer sus actividades delictivas, así como las dificultades que conlleva la imputación de los sujetos que actúan detrás de una persona jurídica, debido a que la complejidad de sus estructuras dificulta la identificación de la persona física responsable por el hecho delictivo.

Del mismo modo, cabe destacar que la aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro ordenamiento viene originada por razones de política criminal derivada de tratados internacionales y del derecho penal de la Unión Europea¹. Sin embargo, esta presión por parte de la comunidad internacional no requería que la regulación de las personas jurídicas se realizara en el ámbito penal, sino que cabía la posibilidad de regularlo por medio de la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídicas con una naturaleza diferente a las penas.

De todos modos, el resultado final ha sido una regulación de la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito penal mediante un sistema de *numerus clausus*, en el que solamente puede llegar a incurrir en responsabilidad penal en los casos que así se encuentre expresamente previsto.

2. Regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica

2.1. Regulación anterior

La responsabilidad de la persona jurídica en nuestro ordenamiento jurídico penal no es algo novedoso, sino que esta se ha reglamentado en nuestro Código Penal a través de formas diversas.

¹ Como, por ejemplo: Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo; Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea; decisiones marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos; Recomendación 18/1988, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa; la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo; etcétera.

La Ley Orgánica 10/1995, que promulgó nuestro actual Código Penal, introdujo, a través del artículo 129², un conjunto de medidas de carácter accesorio que podían llegar a imponerse a una persona jurídica en los casos en los que esta se hubiera utilizado para llegar a cometer un ilícito penal.

Por medio de la aplicación de este artículo, la doctrina comenzó a plantearse la naturaleza de estas consecuencias. Una minoría consideraba que nos encontrábamos ante auténticas penas, y que el principio *societas delinquere non potest* había sido suprimido de nuestro ordenamiento (Bacigalupo, 1998, p. 134 y Carmona Ruano, 1999, p. 78). Entre los motivos para dar tal consideración, estos autores sostenían que tales medidas no tenían un carácter de reparación civil, ni se procesaban a través de la vía administrativa, y no iban dirigidas contra una persona física en concreto. Por ello, y de forma excluyente, consideraban que nos encontramos ante auténticas sanciones de índole penal (Zugaldía Espinar, 2008, p. 266).

Con posterioridad, la Ley Orgánica 5/2010 introdujo importantes modificaciones sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, dejando atrás definitivamente el principio *societas delinquere non potest*, a través de sus artículos 129 y 31 bis. En este sentido, la aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica por medio de esta ley venía originada por razones de política criminal, derivada de los tratados internacionales a los que debía atender nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, por medio de esta ley, se introdujo un catálogo cerrado de delitos en los que podía incurrir la persona jurídica como responsable penal.

Así, por medio del artículo 31 bis, añadido por la Ley Orgánica 5/2010, se vino a establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando se hubiera cometido un delito de los catalogados por el Código Penal a través del «administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria». Del mismo modo incurrirían en dicha responsabilidad cuando «han podido realizar los hechos por haberse

² En este sentido, el artículo disponía lo siguiente:

1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación. c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. 2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa. 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso». A tenor del artículo 31 bis.4 se establecía también una serie de circunstancias atenuantes en los casos en los que, con posterioridad a la comisión del delito y, por medio de sus representantes legales, se llevaran a cabo una serie de actividades concretas³.

2.2. Regulación actual

La Ley Orgánica 1/2015 introdujo importantes modificaciones respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica, ratificando a la persona jurídica como un posible sujeto activo del delito.

Hay que destacar de entrada que la responsabilidad penal de la persona jurídica no puede derivarse de cualquier infracción penal, sino que solamente se podrá dar con exclusividad en aquellos supuestos concretos que se encuentren regulados. Como podemos observar, nos encontramos ante un catálogo cerrado de delitos aplicados a través de una cláusula específica para ellos, estableciendo en su precepto regulador: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo se le impondrá la pena [...]»⁴.

En este sentido, podemos encontrar dos formas en las que una persona jurídica incurra en responsabilidad penal por un hecho delictivo. A saber: de un lado, a través del artículo 31 bis de nuestro Código Penal, por medio del cual se establece una doble vía de regula-

³ En este caso, el precepto establece los siguientes: 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.

⁴ Asimismo, el catálogo cerrado de estos delitos es el siguiente: Tráfico ilegal de órganos (artículo 156 bis), trata de seres humanos (177 bis), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (189 bis), delitos contra la intimidad y allanamiento de morada (197.3), estafas (251 bis), insolvencias punibles (261 bis), delitos informáticos (264.4), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (288), blanqueo de capitales (302.2), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (310 bis), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis), delitos de construcción, edificación o urbanismo ilegal (319.4), delitos contra el medio ambiente (327), delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (343), delitos de riesgo provocado por explosivos (348.3), delitos contra la salud pública (369 bis), falsedad en medios de pago (399 bis), cohecho (427.2), tráfico de influencias (430), corrupción en las transacciones comerciales internacionales (445.2), organización o grupos terroristas (570 quáter.1) y financiación del terrorismo (576 bis.3).

ción, donde por un lado se recoge la imputación de aquellos delitos cometidos en nombre de personas jurídica o por cuenta de las mismas, y en su provecho, cometidos por las personas que tienen poder de representación en las mismas; y de otro lado, por aquellas infracciones derivadas por la falta del debido control por parte de la persona jurídica sobre sus empleados (Morrillas Cueva, 2011).

Por tanto, nos encontramos ante los siguientes supuestos:

2.2.1. Delitos cometidos por representantes, personas con capacidad de decisión, organización o control

Por medio del artículo 31 bis.1 a) del Código Penal, llega a incurrir en responsabilidad la persona jurídica en aquellos supuestos en los que el delito fuera cometido «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».

En este caso, por tanto, el tipo establece los siguientes sujetos activos para incurrir en responsabilidad la persona jurídica:

2.2.1.1. Representantes legales y administradores de derecho

Para la determinación de representante legal debemos atender al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, mediante el cual, a través del artículo 233, se determina la atribución de poder de representación de la sociedad en diversas situaciones⁵.

En este sentido, la doctrina ha dudado de la importancia de la aplicación del concepto de representante legal en este tipo, ya que dicha condición de representación legal ha so-

⁵ A tenor del cual se establece que la atribución del poder de representación se regirá atendiendo a las siguientes reglas: a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a este. b) En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno. c) En la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente. d) En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto. Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación.

lido recaer sobre el mismo administrador de la sociedad, sin perjuicio de las implicaciones que la estructura del órgano de administración pudiera llegar a tener sobre su ejercicio. Asimismo, la doctrina entiende que la voluntad del legislador en este sentido se ha centrado en tratar de evitar en la máxima medida de lo posible las lagunas de punibilidad (Ortiz de Urbina Gimeno, 2011, p. 165).

De esta manera, la figura del representante legal no recae sobre un mero sujeto con una serie de poderes limitados, sino que este recaerá sobre quien ejerza la representación de la sociedad, extendiéndola a la generalidad de los actos que comprenda su objeto social, por lo que debe tener un poder de mando o una capacidad directiva (Molina Fernández, 2015, p. 297).

2.2.1.2. Personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma

Respecto a las personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, debe considerarse como una delimitación a aquellas personas que poseen una capacidad de tomar decisiones por la persona jurídica de una forma general, por lo que se requiere una facultad de gestión de la misma en atención al artículo 209 del Real Decreto Legislativo 1/2010, el cual hace referencia a los administradores de la gestión de la sociedad.

Como podemos observar, se hace referencia a los denominados administradores de derecho (Molina Fernández, 2015, p. 297), los cuales son definidos por nuestra jurisprudencia en sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2006 (rec. núm. 2193/2006) y otra de lo Penal de 29 de junio (rec. núm. 1899/2009), como los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y, en la sociedad anónima, los nombrados por la Junta General o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil.

Por otro lado, respecto a las personas que ostenten facultades de organización y control sobre la persona jurídica, debe entenderse desde un concepto restrictivo, exigiendo que se trate de una persona con poder de mando dentro de la empresa, por lo cual, se hace referencia al denominado administrador de hecho, quien puede llegar a ejercer el mismo poder de decisión que un administrador de derecho (Molina Fernández, 2015, p. 297).

Hay que destacar que la figura del administrador de hecho es una de las más polémicas en la regulación de este tipo.

La introducción de dicho concepto en nuestro ordenamiento jurídico ha registrado un crecimiento constante en los últimos años. Han sido varias las disposiciones legales en las que la atribución de responsabilidad a los administradores se ha realizado señalando tanto a los administradores de derecho como a los de hecho. Pongamos como ejemplo el artículo 31

del Código Penal, o el artículo 43.1 de la Ley general tributaria, recordando por supuesto que esa misma solución fue incorporada a nuestra legislación societaria a través del artículo 236 de la LSC previo a la reforma, y dentro de la Ley concursal. En muchos de los casos, la finalidad legislativa ha sido la misma: extender o aplicar la responsabilidad a quien realmente es el titular del poder de decisión en el seno de una sociedad y, en esa condición, el responsable final del acto ilícito.

En cuanto al ámbito jurisprudencial se refiere, nuestro Tribunal Supremo, por medio de sentencias como la STS 606/2010, de 25 de junio, ha mostrado su preocupación debido a la amplitud del concepto, e insiste en la necesidad de un ejercicio efectivo por parte del sujeto a fin de poder calificarlo de administrador de hecho, ya que la autonomía de este administrador no desaparece cuando se actúa de forma coordinada con el administrador formal u otros administradores de hecho, sino que, en tales casos, ambos son responsables y responden conjuntamente.

La doctrina, por otro lado, ha incidido que no es suficiente con que exista un ejercicio de poder, ya que este puede llegar a realizarlo cualquier cargo directivo dentro de sus competencias, sino que es necesario que exista una posición de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, que permita de una forma individual o conjunta decidir cómo se administra la persona jurídica (Gómez-Jara Díez, 2010). Esta ha sido precisamente la tesis recogida por la STS de 4 de diciembre de 2012 al establecer que:

[son administradores de hecho] quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de estos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición» (sentencias 261/2007, de 14 de marzo [RJ 2007, 1793]; 55/2008, de 8 de febrero; 79/2009, de 4 de febrero; 240/2009, de 14 de abril [RJ 2009, 2897]; y 261/2007, de 14 de marzo). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también sostiene que hay que diferenciar los administradores, los cuales son órganos de una persona jurídica, de los directivos, los cuales son órganos de la empresa e, independientemente de cuál sea su nivel, son dependientes de los órganos de la persona jurídica. Por ello, tal y como sostiene nuestro Tribunal Supremo en sentencias como la STS 606/2010, de 25 de junio, se debe excluir del concepto de administrador todos aquellos cargos directivos, incluidos los altos cargos, como los directores generales o los directores de departamento, así como los apoderados

y todos aquellos encargados de servicio, los cuales podrán incurrir en la responsabilidad penal de la persona jurídica en los supuestos que establece el artículo 31 bis.1 b).

Por todo lo expuesto, hay que destacar que para que la persona jurídica incurra en responsabilidad penal a través de esta vía, se debe dar una comisión por parte de los sujetos expresados anteriormente de alguno de delitos previstos para la persona jurídica. Asimismo, se requerirá que tal actuación produzca un beneficio propio para la empresa, por lo que, la actuación ilícita debe producirse dentro del marco de las funciones y competencias de los sujetos ejecutantes dentro de la empresa y en provecho de aquella. De esta forma, la doctrina distingue dos tipos de provecho, por un lado, el provecho directo, por el que se trata de obtener un beneficio empresarial; y, por otro lado, un beneficio indirecto, derivado en un segundo plano de la actuación ilícita de los sujetos mencionados, como pudiera ser el caso de un ahorro de costes de la empresa (Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 470).

2.2.2. Delitos cometidos por empleados sometidos a la autoridad de los administradores y representantes

Por medio del artículo 31 bis.1 b), se recoge la responsabilidad penal de la persona jurídica en aquellos casos en los que el delito haya sido cometido por personas físicas que, estando sometidos a la autoridad de los representantes legales o administradores de derecho o hecho, «han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso». Como se puede observar, se produce un traslado de la responsabilidad por un hecho cometido por personas físicas sin una concreción de las funciones específicas que estas llevan a cabo.

En cuanto al sometimiento a la autoridad, se debe entender este concepto desde una perspectiva amplia, llegando a incurrir en este precepto aquellas relaciones laborales típicas, en las que el trabajador debe cumplir las órdenes del empresario; como aquellos supuestos en los que se trata de un trabajador de una empresa de trabajo temporal que presta sus servicios a una empresa usuaria (Ortiz de Urbina Gimeno, 2011, p. 166).

Respecto a la conceptualización del trabajador desde la perspectiva penal, debemos atender al artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, del Estatuto de los Trabajadores, por el cual se entiende como los sujetos que «voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Asimismo, en el ámbito penal, debemos otorgar una consideración amplia a este precepto, entendiendo que el trabajador será la persona que presta sus servicios a favor de otra, independientemente del carácter ilícito del objeto o la causa del contrato de trabajo o de la regulación aplicable. Por lo que los sujetos a los que se refiere este tipo hacen mención tanto a los trabajadores y directivos, e incluso a todo aquel que actúe bajo las órdenes de los administradores de derecho, de hecho, o representantes legales de la entidad (Morrillas Cueva, 2011, p. 30).

De esta forma, en tales supuestos se dará una relación de efectivo sometimiento a la autoridad de los administradores de hecho o derecho por el que se pueda incurrir en una responsabilidad por parte de la persona jurídica.

Finalmente, como elemento fundamental para incurrir en este tipo penal, debe darse que la realización del hecho delictivo por parte del trabajador se haya llegado a producir a causa de una falta del debido control por parte de la persona jurídica, atendiendo siempre a las circunstancias del caso concreto, por lo cual se debe dar una omisión del deber de vigilancia, similar a la imprudencia grave o con una actuación dolosa directa o eventual (Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 21).

3. **Compliance y correcta organización empresarial**

3.1. Concepto y definición de la figura del *compliance*

El término *compliance* viene adaptado a nuestra cultura empresarial por medio de la aplicación de la normativa ISO 19600, donde a tenor de la misma se determina que se trata de un programa que se aplica para aquellas personas jurídicas que «quieran cumplir con sus obligaciones de buen gobierno». En este sentido, no solamente se hace referencia al cumplimiento de aquellas normas de carácter legal que se imponen a las empresas, sino que también puede llegar a aplicarse a aquellos códigos éticos de conducta, ya sean internos y externos, o a todos aquellos sistemas que permitan controlar cualquier tipo de riesgo (Vegas Aguilar, Hernández Sánchez e Izquierdo García, 2016, p. 2).

De esta forma, los programas de *compliance* pueden definirse como un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las empresas para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y, de este modo, establecer mecanismos internos de prevención y gestión, formación, detección, minimización y control de los mismos (Vegas Aguilar, Hernández Sánchez e Izquierdo García, 2016, p. 2). Esta clase de programas se compone de una diversidad de elementos, cuyo éxito depende en gran medida de la creación de la cultura corporativa basada en el estricto cumplimiento de las normas y políticas éticas de la empresa.

Del mismo modo, es importante destacar la figura del denominado oficial de cumplimiento o *compliance officer*, el cual se encarga de reforzar el cumplimiento de esta clase de programas y permite dotarle de una mayor eficacia a través de realizar las correspondientes funciones de control y de evaluación sobre el mismo, por lo cual, se deberá encontrar en todo momento activo y adaptado a las constantes evoluciones legales (Gutiérrez Pérez, 2015, pp. 2-3). Por ello, entre sus funciones, encontramos la de realización de una auditoría interna y llevar a cabo un completo control de su empresa respecto a su normativa, desarrollada desde una forma independiente (Alcácer Guirao, 2011, p. 49).

Finalmente, cabe destacar que la implantación de estos sistemas de prevención penal en el marco de una empresa tiene una elevada complejidad, la cual hace que requiera la participación de un equipo multidisciplinar que se encuentre actualizado tanto en materia normativa como jurisprudencial, así como que pueda servir como auditoría externa e independiente para el control y supervisión del mismo y para la continua formación de los responsables de la empresa. En este caso, por lo tanto, la empresa podrá decidir si llevar a cabo el *compliance* a través de la creación de un organismo interno a su empresa o, de lo contrario, externalizarlo a una empresa especializada para su creación y supervisión (Alcácer Guirao, 2011, p. 49).

3.2. Instauración del *compliance* en España

En la actualidad, podemos observar que a nivel nacional comienza a conocerse la figura y la cultura del *compliance* en el ámbito empresarial, debido a la nueva regulación de nuestro Código Penal que establece la Ley Orgánica 1/2015. Dicha norma ha venido a establecer una exigente completa sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica a aquellas empresas que antes de la comisión del hecho delictivo hubieran adoptado con eficacia un modelo de prevención penal (Vegas Aguilar, Hernández Sánchez e Izquierdo García, 2016, p. 3). No obstante, debemos recordar que la figura del *compliance* ya se encontraba en nuestro ordenamiento jurídico desde la entrada de la Ley Orgánica 5/2010, en la cual se trataba la figura del *compliance* como una atenuante. Sin embargo, esta no tuvo un gran impulso, ya que en la práctica no se llegó a perseguir a las empresas, y existía una gran desconocimiento e inseguridad por parte de las instituciones de la Administración de Justicia. De esta manera, podemos afirmar que la implantación en nuestro marco empresarial de la figura del *compliance* se ha dado a través de un imperativo legal. En concreto, con motivo de la actual normativa comunitaria (Prada Rodríguez y Santos Alonso, 2014, p. 7).

Cabe destacar que nuestro marco empresarial nacional se caracteriza por una predominación absoluta de pymes, con un volumen de negocio que no suele ser muy elevado⁶, por lo que, en la práctica, puede llegar a dificultar que estos apliquen un programa de prevención penal. Así, es lógico imaginar que las empresas de grandes dimensiones tendrán un mayor riesgo y una mayor exposición para incurrir en esta clase de responsabilidad, por lo que requerirán una mayor prevención en materia de riesgos penales, y la imposición de un eficaz programa de prevención penal e incluso de un *compliance officer* que se asegure del control y cumplimiento de dicho programa.

En este sentido, las empresas nacionales de mayor tamaño han sido las primeras en implantar planes de prevención penal en sus organizaciones, donde un 78 % de las empresas con más de 5.000 trabajadores cuentan con tales planes de prevención, porcentaje que se

⁶ Atendiendo al Directorio Central de Empresas (DIRCE), en el 2018 existían un total de 3.337.646 empresas en España, de las cuales, la gran mayoría eran, y siguen siendo, pymes.

reduce hasta llegar a un 38 % cuando nos referimos a empresas por debajo de dicha cifra de empleados. Así, la tendencia más frecuente de aplicación del *compliance* en estas grandes empresas se centra en la constitución de un órgano especializado y representado de un *compliance officer* (Deloitte, 2016, p. 9).

Por todo ello, podemos observar que todavía no nos encontramos al mismo nivel que otros países en materia de aplicación de *compliance*, debido a la novedad legislativa de esta figura y la caracterización de nuestro tejido empresarial. No obstante, se aprecia un creciente esfuerzo y dedicación por parte de las empresas españolas para prevenir la comisión de cualquier hecho delictivo que pueda derivar de la organización.

4. Conclusiones

- La regulación de la persona jurídica en el derecho penal nacional se dio inicialmente por medio de la aplicación de una serie de medidas accesorias que podían imponerse a esta en los casos en que cometiera un hecho delictivo. No obstante, no fue hasta la Ley Orgánica 5/2010 que se dejó atrás el principio *societas delinquere non potest* por medio del artículo 31 bis del Código Penal.
- El artículo 31 bis del CP, modificado por la Ley Orgánica 1/2015, establece que la persona jurídica puede incurrir en responsabilidad penal por los delitos cometidos por los representantes legales o por aquellos que se encuentran autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma, así como por 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 la primera parte de este párrafo, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso.
- La Ley Orgánica 1/2015 trajo importantes modificaciones en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica. Por medio de esta ley se introdujo principalmente la exoneración de la responsabilidad en los casos en los que la empresa tuviera un efectivo plan de *compliance*, y el delito fuera cometido, en nombre de la persona jurídica o, por cuenta de la misma, 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 estén autorizados para tomar decisiones en nombre de aquella, u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.
- *Compliance* es un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las empresas para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que

se enfrentan y, de este modo, establecer mecanismos internos de prevención y gestión, formación, detección, minimización y control de los mismos.

- La figura del *compliance* en España comienza a instaurarse con cierta lentitud en nuestro marco empresarial. Esta circunstancia es debida a la predominación de pymes con un volumen de negocio no muy elevado, asimismo, todavía no encontramos una mentalidad preventiva en el ámbito penal en el marco empresarial. Ello genera que todavía no nos encontremos al mismo nivel que otros países en materia de aplicación de *compliance*.

Referencias bibliográficas

- Alcácer Guirao, R. (2011). Deberes de control y vigilancia. En *Memento Práctico: Penal Económico y de la Empresa*. Santiago de Compostela: Francis Lefebvre.
- Bacigalupo, S. S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch.
- Carmona Ruano, M. (1999). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Deloitte (2016). *Estudio de Compliance. Conclusiones*.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Responsabilidad de las personas jurídicas. En *Memento Experto. Reforma Penal de 2010*. Madrid.
- Gómez-Jara Díez, C. (2010). Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas. *Política Criminal*, 5(10), 455-475.
- Gutiérrez Pérez, E. (2015). La figura del *compliance officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal. *Diario La Ley*, 8653.
- Molina Fernández, F. (2015). *Memento Penal*. Francis Lefebvre.
- Morrillas Cueva, L. (2011). La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anales de Derecho*, 29.
- Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2011). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En *Memento Penal Económico y de la Empresa*. Francis Lefebvre.
- Prada Rodríguez, M. de y Santos Alonso, J. (2014). El nuevo escenario de la reforma del Código Penal: Los programas de *compliance*. *Diario La Ley*, 8422.
- Vegas Aguilar, J. C., Hernández Sánchez F. E. e Izquierdo García, F. (2016). La figura del «*Compliance Officer*» y los «Programas de prevención de riesgos penales». *Diario La Ley*, 8689.
- Zugaldía Espinar, J. M. (2008). Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Hacia un derecho penal económico europeo. *Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Universidad Autónoma de Madrid.