

AFECCIÓN DE LA L.O. 5/2010 DE REFORMA DEL CP A LAS PERSONAS JURÍDICAS

- ✘ Vicente Magro Servet
- ✘ Presidente de la AP de Alicante



- ✘ ORGANIZADO POR FUNDACIÓN MAPFRE y
AGERS

RASGOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA POR L.O. 5/2010



Implantación de un específico régimen de responsabilidad para personas jurídicas.

Exclusión del régimen al Estado, Administración y relación específica de entidades que participen de potestades públicas.



Listado específico de delitos de los que se deriva responsabilidad a las personas jurídicas (31.1 bis)

Entre otros (descubrimiento y revelación de secretos, 197. nº 3, estafas, 251 bis, insolvencias punibles, 261 bis, delitos relativos al mercado y consumidores, 288, contra la hacienda pública y seguridad social, 310 bis.




Afecta a las personas jurídicas con personalidad jurídica en el art. 31 bis,


No obstante, en el art. 129 CP se establece que para las que no la ostenten se aplicarán las penas previstas en el art. 33.7 c) a g) (suspensión actividades, clausura establecimientos, prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, etc).

- Para las personas jurídicas la imposición es preceptiva. **Se impondrán.**
- Para las que no la tienen **se podrán imponer motivadamente**


LA CRIMINALIDAD COMO EMPRESA Y LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA



- Hay que diferenciar entre la “criminalidad como empresa” (criminalidad organizada), y la “criminalidad de empresa” (delitos perpetrados mediante o en interés de una empresa).




- La línea que separa la criminalidad organizada de la criminalidad de empresa puede establecerse en la finalidad lucrativa ilícita de la primera, entendida como la comisión de delitos graves, donde el trasfondo de lo ilícito está en el bien o servicio que se trafica, que está prohibido penalmente.




- La doctrina está de acuerdo en asociar los delitos socioeconómicos a los delitos empresariales.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

- 
- Delitos cometidos en nombre y por cuenta de la persona jurídica y en su provecho por representantes legales y administradores de hecho y derecho.

- 
- Los sometidos a los anteriores por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

- 
- Se sanciona la acción directa de quienes actúan en representación de la empresa.
 - La omisión en el control de los empleados.

ACTUAR EN NOMBRE DE OTRO “Y EN PROVECHO DE” (DELITOS DE REPRESENTANTES LEGALES Y ADMINISTRADORES)



Hay autores que exigen que concurren ambos factores. Se actúa representando a la empresa, pero se comete el delito en beneficio exclusivo de la empresa.

“Las personas jurídicas serán responsables penalmente por delitos cometidos en su nombre o en cuenta de las mismas por sus representantes legales o administradores.... Y en su provecho”.



Otros autores entienden que bastaría que se actuara en nombre de la empresa (lo que es una presunción cuando se relacionan en el tráfico jurídico), pero que si actúan en provecho propio exclusivo también sería responsable la sociedad.

Inconveniente: NO ES LO QUE DICE EL CP.

No es válida la interpretación de la Ley “in malam partem”



Algunos autores señalan que el provecho solo puede ser societario, o además de este también personal, ya que tanto en la mención de la responsabilidad de representantes y administradores como en la de los subordinados. ¿Pero es esto realmente lo que dice el código penal?

Se sanciona indirectamente la ausencia de controles internos.

ADMINISTRADORES Y SUBORDINADOS



El concepto de administrador, es amplísimo, pero exige en todo caso que el ejercicio del poder de dirección de la empresa, sea derivado de un acto válido o no, como ocurre en el caso del administrador de hecho. PODER DE DIRECCIÓN.



El concepto de representante, es más estricto, y deberá ser valorado, al igual que el anterior como aquel que representa a la sociedad desde el poder más amplio, destinado a lograr la finalidad perseguida por la persona jurídica, y que constituirá por lo tanto su objeto social



Aparecen englobados todos aquellos que intervienen en el ámbito del dominio social de la sociedad, entendiéndose por tales, aquellos que se encuentran bajo el poder de dirección de los administradores, aun cuando su vinculación no lo sea por un contrato de carácter laboral o mercantil, pero siempre que desarrollen sus actividades en el ámbito de la sociedad.

EL REQUISITO DEL ACTUAR EN NOMBRE Y POR CUENTA. ¿QUÉ PASA CON LAS EXTRALIMITACIONES?

Extralimitación formal

El representante lleva a cabo una función que no está en sus competencias.

Hecho de exceso

Extralimitación material

Actuación dentro de sus competencias

Pero se contradice un criterio empresarial

DOS MECANISMOS DEFENSIVOS EN JUICIO ORAL



Delitos cometidos por los representantes y en provecho propio

- Que se exija la prueba del provecho propio de la persona jurídica en la actuación del representante.
- Excluiría la responsabilidad la ausencia de la probanza de en qué medida se beneficia la empresa.

Que la extralimitación exime a la empresa

- Hay autores que entienden que se debe exigir para derivar la responsabilidad a la empresa que la acción del representante constituya una implementación de la política empresarial.

¿Cuál ha sido el provecho propio de la empresa? ¿Se ha probado en el juicio oral?

- La mayoría de los autores entienden que el provecho exclusivo propio excluye la responsabilidad de la PJ.
- El empleado desleal no generaría responsabilidad de la persona jurídica.
- Hay problemas porque puede que el provecho de la empresa no sea presente sino potencial.
- En todo caso, al exigirse el "provecho propio de la empresa" la fiscalía debe acreditar en qué ha consistido ese provecho propio del acto objeto de acusación.

¿POR QUÉ SE IMPONE ESTA RESPONSABILIDAD TAN EXTENSA A LAS PJ?

Se fundamenta en una regla de distribución de costes

Es la responsabilidad objetiva por el peligro

La teoría del riesgo del delito en la empresa o bajo su manto.



Existe un riesgo permitido que la actividad empresarial supone y conlleva

La responsabilidad especial no está basada en la culpabilidad de la empresa directa

Según algunos autores se vulnera el principio de culpabilidad en el derecho penal.



La intervención del derecho penal viene legitimada para exigir a los titulares de la empresa

Que la administración y organización estén orientadas a las finalidades de prevención y detección de delitos

Se desplaza desde el Estado a las empresas los costes de prevención y evitación de delitos

PENAS A IMPONER (ART. 33.7)

Multa (es la pena por excelencia en los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas). Es considerada como la sanción óptima en casos puntuales (*optimal penalty theory*)

Disolución con pérdida definitiva de personalidad jurídica

Suspensión de actividades por plazo no superior a cinco años

Clausura de establecimientos y locales por plazo no superior a cinco años

Prohibición de actividades en cuyo ejercicio se comete el delito

Inhabilitación para obtener subvenciones e intervención judicial para tutelar derechos de trabajadores o acreedores.

QUÉ DEBE VALORARSE PARA IMPONER UNAS U OTRAS PENAS (NUEVO ART. 66 BIS)



La necesidad de esa pena para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos.

Las consecuencias económicas y sociales de la pena, especialmente para los trabajadores

Cuál era el puesto que ocupaba en la estructura la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

PERSECUCIÓN DE LAS EMPRESAS CONSTITUIDAS PARA DELINQUIR

Imposición de sanciones por plazo superior a dos años de suspensión, clausura, prohibición de actividades



Que exista reincidencia

Que se pruebe que se utiliza la persona jurídica como instrumento del delito

Imposición de esas sanciones permanentes

Reincidencia con tres delitos

Que se pruebe que se utiliza la persona jurídica como instrumento del delito

LA CLAVE DEL SISTEMA DE EXONERACIÓN SE CENTRA EN EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE SUPERVISIÓN



En la actualidad corresponde implantar unos controles internos adecuados que actúen como factor mitigante o exonerador de responsabilidad de la persona jurídica.



Al tratarse de ilícitos penales ahora las consecuencias del delito no se pueden salvar con las típicas pólizas de seguro abiertas para los casos de la cobertura de la responsabilidad civil de administradores de empresas.



Se impone el establecimiento “obligatorio” de un plan de prevención jurídico.

EL “ONGOING TRAINING” O FORMACIÓN CONTINUADA EN LA EMPRESA

Si la actuación delictiva de los empleados se ha llevado a cabo pese a un adecuado control por los directivos la conducta del empleado no genera responsabilidad a la PJ

La formación continuada en la empresa es un elemento o factor tenido en cuenta como excluyente de la responsabilidad de la empresa

Nótese que el párrafo 2º del apartado 1º del art. 31 bis permite la exoneración de la empresa en el caso de que la conducta de los empleados se llevara pese a la existencia de mecanismos de control.

EXIGENCIA COROLARIA A LOS DIRECTIVOS DE LAS EMPRESAS DE INTENSIFICAR LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN

Los directivos son el “alter ego” de las empresas

Son los responsables de establecer una formación continuada en las empresas

Deben implantar mecanismos de prevención jurídica y formativa



Los deberes de *compliance* (cumplimiento normativo).

Deber de observar que se cumpla el derecho en la empresa

Un plan de prevención jurídica



Acreditado el plan de control se exime de responsabilidad a la empresa

Esta se deriva al autor del delito en exclusiva

Es carga de probarlo a la persona jurídica
LA TÉCNICA DE LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA

LA TÉCNICA DEL COMPLIANCE PROGRAMME

El Derecho comparado, especialmente los sistemas de punición angloamericanos muestran un desenvolvimiento que ha llevado a institucionalizar la elaboración de los programas de cumplimiento de las normas (compliance programme).

La corporación puede justificar un comportamiento suficientemente diligente en orden a su exoneración de responsabilidad.

SE CASTIGA EL ABANDONO DE LA EMPRESA EN SUS DEBERES FORMATIVOS Y DE CONTROL

La formación evita
responsabilidad
colectiva

- La reforma obligará a las empresas con mayor complejidad o con filiales o sucursales a intensificar sus programas formativos o planes de prevención jurídica que le eviten responsabilidades por hechos ajenos.

Mayor control

- Las compañías de seguros son un ejemplo claro de esta técnica que se exige desde la L.O. 5/2010 al suponer una organización amplia y compleja que incluye el riesgo de las dificultades de control interno.

Es esto lo que se
castiga

- El sistema de culpabilización inmediata de la persona jurídica (sin hacerla depender mediatamente del comportamiento de sus órganos rectores), cuando se trata de organizaciones de mayor complejidad permite corporeizar con mayor facilidad la culpabilidad del ente a tenor de su deficiente administración, conducción u organización.

VÍAS PARA ACREDITAR EL DEBER DE OBSERVANCIA DEL CONTROL



FALLADAS ESTAS PREMISAS LA REFORMA PERMITE ATENUAR LA RESPONSABILIDAD A LAS PJ (ART. 31.4 BIS)

1) Confesar a las autoridades la infracción que se ha cometido por directivos o empleados

Debe considerarse suficiente la confesión a una autoridad administrativa

Si la notificación del procedimiento solo se notifica al directivo o empleado la PJ podrá confesar los hechos al no habersele notificado a ella todavía.



2) Colaboración con las autoridades aportando pruebas decisivas para esclarecer responsabilidades

Es la máxima expresión de la exigente autorregulación que se exige a las empresas

Se requieren controles internos en la empresa y la investigación correspondiente.



3) Reparación del daño

Se exige consignación de la suma objeto del perjuicio antes del inicio del juicio oral

Daños presentes y futuros

EL PLAN DE CONTROL Y PREVENCIÓN SE PUEDE IMPLANTAR CUANDO EL PROCEDIMIENTO PENAL YA SE HA INCOADO

4) Haber establecido antes del juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos.

Es la conocida como *corporate compliance* que permite aminorar responsabilidades si no habiéndose adoptado antes se implantan antes del inicio del juicio oral y se acreditan en este aunque no se haya podido hacer en la instrucción.

Sabido es que al inicio del juicio oral se puede proponer y aportar cualquier prueba.

LA AMPLITUD TERMINOLÓGICA EN LA EXTENSIÓN DEL ADMINISTRADOR DE DERECHO Y HECHO



Se están abandonando razonamientos mercantilistas y se acude a partir de razonamientos estrictamente penales.



Ello obliga a incluir en el concepto a toda persona, física o jurídica, que directamente o por representación ejerza realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad.



E incluso en el caso de que no ostente en la sociedad cargo alguno, ya que ni siquiera sea accionista.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA PERSONA JURÍDICA SERÁ ~~AHORA DIRECTA NO SUBSIDIARIA~~

- Si bien antes en el art. 120 CP se trataba de la responsabilidad subsidiaria en el art. 116.3 se deriva la responsabilidad civil directa.

- Además, lo será **solidaria** con las personas físicas que resulten condenadas por los mismos hechos.

- **Desaparece el criterio de subsidiariedad**, en aquella responsabilidad civil patrimonial que correspondía a las personas jurídicas por los hechos de las personas físicas y que se contenían en el artículo 120 concretado en las personas jurídicas en sus números tres y cuatro.

AUSENCIA DE PREVISIÓN PROCESAL EN EL NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PJ



Se deberá articular un sistema que permita, que las personas jurídicas contra las que se dirija una imputación penal en virtud de lo establecido en el Art. 31 bis del Código Penal, gocen de los mismos derechos y garantías procesales que las personas físicas imputadas.



Algunos autores preconizan la idea de establecer una fórmula intermedia entre el imputado y el tercero responsable civil.

La asimilación tiene que ser más a la figura del imputado.

Será imposible adoptar medidas cautelares de carácter personal, o también la imposibilidad de recibir declaración a la persona jurídica.



Habrà que situarlo en la figura parecida a la del tercero responsable civil, o en su caso la persona jurídica a la que se le solicita alguna de las medidas previstas en el artículo 129 del código penal.



Los derechos de defensa y garantías procesales, pueden quedar plenamente cubiertos con la presencia de una dirección letrada técnica, y una representación procesal, que estén en comunicación y relación estrecha con los órganos directivos de la sociedad.



Lo decisivo será, que la persona jurídica esté citada en forma, y que quien actúa en su nombre en el juicio o en el proceso esté apoderado para ello.



Cuando sea necesaria una comparecencia personal, habrá de ser citada la persona jurídica, que deberá comparecer a través de quien legalmente le pueda representar para el acto procesal concreto.

EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO DE LA EMPRESA

Curioso

- Si la persona jurídica actúa como imputada ex art. 31 bis CP tiene derecho a no declarar contra sí misma.

- Puede desoír los requerimientos que se le efectúen para entregar documentación, o que la información falsa que pueda proporcionar, no podrá generar responsabilidad penal.

- Puede mentir y esa posibilidad cubre a la entidad como tal, y a sus representantes legales personalmente si son llamados a declarar precisamente en esa condición.

¿QUIÉN DECLARARÁ EN EL JUICIO ORAL?



Los representantes legales o miembros de los órganos directivos de la persona jurídica declararán no estrictamente como imputados, pero tampoco como testigos.



Será preciso advertirles de los derechos que asisten a la persona jurídica imputada y que extienden su protección sobre los integrantes del órgano de dirección.



El sistema supone que la presencia no ha de ser física, sino jurídica. Basta que acuda el letrado de la empresa.

La persona jurídica siempre tendrá que estar presente a través de su dirección letrada y nunca será exigible que lo esté a través de otros representantes legales o personas físicas.

¿CÓMO Y A QUIEN SE CITA?

Es necesaria la citación de la persona jurídica y el traslado de la acusación previa para que se defienda al margen de la persona física.

Para el juicio y/o cualquier medida o actuación será suficiente la citación a través de su representación procesal.

AUN ASÍ, LA ACUSACIÓN PUEDE PROPONER LA PRUEBA DE INTERROGATORIO DE SUS REPRESENTANTES

Si se propone esta prueba sí que deberán comparecer –no como partes propiamente– si es que se ha solicitado su interrogatorio porque es prueba propuesta y pertinente.

La persona jurídica acusada ha de estar presente como parte con su representación procesal y dirección letrada.

Cabe la conformidad por la persona jurídica aplicando el protocolo de conformidades de Junio de 2009.

La persona jurídica podrá alegar cuanto desee poniéndolo en la boca del letrado en su informe. Este es el que ejerce el “derecho de última palabra”.