

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español

Javier Gustavo Fernández Teruelo

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-03, pp. 1-25.

<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-03.pdf>

RESUMEN: El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas establece un doble hecho de conexión capaz de determinar dicha responsabilidad. En este trabajo se analizan los requisitos del segundo ellos, contenido en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis CP, en el que además del cumplimiento de determinados requisitos, se exige que haya tenido lugar un incumplimiento grave de determinadas obligaciones de control. A partir de ahí, se estudia la forma de determinar dichas obligaciones y se concreta cuándo el incumplimiento puede ser considerado grave, a través de la formulación de una propuesta interpretativa, que ayude a resolver la indeterminación existente hasta la fecha. El trabajo culmina con la aplicación práctica del modelo propuesto a un caso de blanqueo de dinero, aprovechando la reciente resolución judicial que atribuye una posible responsabilidad penal al banco CaixaBank.

PALABRAS CLAVE: Persona jurídica, 31 bis, Código penal, obligaciones de control, compliance, pro-

grama de prevención, bis in ídem, blanqueo de dinero.

TITLE: Criminal liability of legal persons. The content of supervision, organization, monitoring and control obligations referred to in article 31 bis 1. b) of the Spanish Criminal Code

ABSTRACT: The Spanish formula of criminal liability of legal persons establishes a double connection fact capable of determining this responsibility. This paper analyzes the requirements of the second one, contained in letter b) of section 1 of art. 31 bis Criminal Code, in which, in addition to compliance with certain requirements, a serious breach of certain control obligations is required. From there, the way to determine these obligations is analyzed and it is specified when the breach can be considered serious, through the formulation of an interpretative proposal, that helps to resolve the indetermination existing to date. The work culminates with the practical application of the proposed model to a money laundering case, using the recent court ruling that attributes a possible criminal liability to CaixaBank.

KEYWORDS: Legal person, 31 bis, Criminal Code, control obligations, compliance, prevention program, bis in idem, money laundering.

Fecha de publicación: 29 mayo 2019

Contacto: xteruelo@uniovi.es

SUMARIO: 1. El doble hecho de conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Elementos configuradores del supuesto contenido en el apartado b) del art. 31 bis 1 2. Determinación del contenido de las obligaciones de control (art. 31 bis 1, apartado b). El carácter normativo de la obligación: obligaciones genéricas y obligaciones específicas 3. La determinación del incumplimiento de las obligaciones genéricas y específicas de control a los efectos indicados en el art. 31 bis b). 4. Delimitación del carácter grave del incumplimiento. 5. La exclusión del modelo de organización como elemento determinante de obligaciones de control a los efectos del art. 31 bis 1. b). 6. A título de ejemplo: responsabilidad de la persona jurídica por delitos de blanqueo de dinero (el Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional, de 18 de abril de 2018 (CaixaBank).

1. El doble hecho de conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Elementos configuradores del supuesto contenido en el apartado b) del art. 31 bis 1

El modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas se estructura sobre un doble criterio de transferencia o doble vía de imputación (apartados a) y b) del número 1 del artículo 31 bis CP). En concreto, según la regulación vigente, la persona jurídica responderá:

a) De los delitos cometidos en nombre 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, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

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

Tanto la previsión contenida en el apartado a) como la del apartado b) establecen que, para activar el hecho de conexión, el delito tiene que haberse cometido “por cuenta” de la persona jurídica (“de las mismas”) y exigen que el comportamiento delictivo de la persona física se lleve a cabo en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica

Entre los requisitos específicos del hecho de conexión contenido en el apartado b) se encuentran los siguientes:

En primer lugar, se exige que el delito se haya cometido “*en ejercicio de actividades sociales*”; dicha previsión tiene un carácter limitador de los supuestos en los que puede activarse el hecho de conexión; el referido requisito determina que su comportamiento (delictivo) se haya realizado dentro del ámbito de las competen-

cias que, como trabajador de la entidad tiene atribuidas; es, por tanto, el equivalente a la exigencia de que el sujeto actúe en nombre de la persona jurídica, contenida en el apartado a) del art. 31 bis. En consecuencia, desde un punto de vista negativo, tiene el efecto de excluir del ámbito que activa la responsabilidad de la entidad de aquellos actos individuales (delictivos) que nada tengan que ver con el objeto social ni con las tareas que, como empleado de la entidad, tenga encomendadas.

En segundo lugar, se exige que el delito ha sido posible por el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control. En la redacción originaria del año 2010 se disponía que las personas jurídicas serían declaradas penalmente responsables de los delitos cometidos por quienes “han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el *debido control* atendidas las concretas circunstancias del caso”. Sin embargo, tras la reforma de 2015, el precepto establece que serán declaradas penalmente responsables de los delitos cometidos por quienes “han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los *deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad* atendidas las concretas circunstancias del caso”. En definitiva, la reforma de 2015 sustituyó la forma impersonal “no haberse ejercido” por la directa “haberse incumplido”; además, el incumplimiento ahora tiene que ser grave (“gravemente”); finalmente, la referencia genérica al “debido control” se amplió a los “deberes de supervisión, vigilancia y control”.

El requisito analizado parece insistir, en todo caso, en la idea de que el reproche a la persona jurídica (o a las personas físicas encargadas del control), al menos en los supuestos de este apartado b) se concreta en un incumplimiento (por parte de determinadas personas físicas) grave y acreditado de deberes de supervisión, vigilancia y control (reafirmando la tendencia al modelo vicarial¹). A la vista de lo expuesto, una de las cuestiones más relevantes será determinar *dónde* se encuentran y *cuáles* son los deberes de supervisión, vigilancia y control, cuyo incumplimiento posibilita la comisión del delito por parte de los sometidos a la autoridad de las personas físicas descritas en el apartado a) y, a partir de ahí, la responsabilidad de la propia entidad. Sin lugar a dudas, el contenido de esos deberes aparece condicionado por la determinación de las personas físicas descritas en el apartado a) que, a su vez, son las que someten a su autoridad (vigilancia, supervisión y control) a las del apartado b).

En tercer lugar, el incumplimiento de las obligaciones de supervisión, vigilancia y control ha de ser considerado *grave* (por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control). La redacción de 2010 requería únicamente que el delito se hubiese podido cometer por no haberse ejerci-

¹ Fernández Teruelo J. G., “Algunos apuntes sobre la discusión doctrinal y jurisprudencial relativa a la naturaleza del modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (coord. por Jesús María Silva Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, María Teresa Castiñeira Palou), 2017, p. 975 y ss.

do el “debido control”, por lo que la reforma de 2015 tuvo por objeto en este aspecto *la restricción de los supuestos típicos*, como posible fórmula de compensación a la decisión de optar por un modelo penal que la normativa comunitaria planteaba sólo como una posibilidad. Nos encontramos ante un concepto indeterminado, cuya delimitación no será fácil y que también será analizada en los siguientes apartados de este trabajo.

En cuarto y último lugar, el precepto reclama del intérprete una específica valoración: “atendidas las concretas circunstancias del caso”. Este inciso parece tener por objeto evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación, impidiendo que la responsabilidad penal de la persona jurídica se genere de forma automática². En efecto, la circunstancia de que la ausencia de los deberes de supervisión, vigilancia y control haya posibilitado el delito del subordinado no es más que el reflejo de la fórmula de la imputación objetiva del resultado en los delitos de omisión impropia. Será necesario acreditar que existe una relación causa/efecto (o de evitabilidad en caso de la omisión) entre el incumplimiento (grave) de la norma y la comisión del delito (el delito ha sido posibilitado precisamente por el incumplimiento). De este modo será preciso poder afirmar que el delito del subordinado puede atribuirse a la omisión del debido control del obligado a controlarlo³; la acreditación de esta circunstancia (para hacer penalmente responsable a la persona jurídica), junto con la concurrencia del resto de requisitos de la responsabilidad omisiva impropia, podría determinar que también responda penalmente la persona física encargada del control incumplido. De este modo, no basta la existencia del deber (de controlar, vigilar o supervisar) y su incumplimiento, sino que además es necesario que haya existido el poder (real) de ejercerlo en el caso concreto.

Finalmente, cabe llamar la atención acerca de cómo esta previsión legal, reconoce la falibilidad de los sistemas de prevención de delitos y, por ello, no se exige un resultado, sino una actitud clara y directamente dirigida a evitar las circunstancias que favorecen la comisión de delitos.

2. Determinación del contenido de las obligaciones de control (art. 31 bis 1, apartado b). El carácter normativo de la obligación: obligaciones genéricas y obligaciones específicas

El hecho de conexión contenido en el apartado b) del art. 31 bis1, establece que la persona jurídica responderá, cuando los trabajadores o empleados de la misma, sometidos a supervisión, cometan un delito atribuible a la ausencia o incumplimiento grave del debido control por parte de quienes tienen estas específicas com-

² Feijoo Sánchez, B. J.: “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico penal”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (coord. Miguel Bajo Fernández, Bernardo José Feijoo Sánchez, Carlos Gómez-Jara Díez), Cizur Menor, 2012, p. 59 ss.

³ Silva Sánchez J. M.: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, Edisofer, Madrid, 2013, p. 134.

petencias (“haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”).

En mi opinión, son varias las cuestiones que determinan la interpretación de este apartado⁴. Como primera idea, considero que el contenido de las obligaciones de control tiene que ser normativo (normas extrapenales de carácter administrativo, mercantil o civil que establecen específicas obligaciones de control). De ese modo, quedarían excluidas las obligaciones contractuales, en la medida en que no procedan o sean ejecución de una previsión legal al respecto (incluidos los programas de prevención). La actividad de empresa y los riesgos que la misma conlleva está ampliamente regulada y resulta por ello más que discutible que aquello que esa extensa normativa no considera obligatorio pueda dar lugar sin embargo a la responsabilidad penal de la persona jurídica y más aún si tenemos en cuenta que el propio precepto restringe los supuestos de intervención a los incumplimientos graves. En segundo lugar, no parece racional que una previsión que tiene carácter voluntario, y cuyo objeto es que las empresas puedan ver reducido su riesgo de ser condenadas mediante la adopción de determinadas medidas de control, pueda tener el efecto inverso, incorporando nuevas obligaciones, que incrementen el riesgo de condena penal.

En consecuencia, en mi opinión, nos encontraríamos ante una remisión a las normas extrapenales, fundamentalmente de carácter mercantil y administrativo y, en algún caso también civil, que establecen (en unos casos) genéricas y (en otros) específicas obligaciones de control. Debe sin embargo hacerse dos consideraciones previas:

En primer lugar, existen tipos delictivos vinculados a actividades societarias específicamente reguladas (con obligaciones específicas de control extrapenales de respaldo), mientras que en otros casos esto no ocurre. Así, por ejemplo, el delito fiscal o el delito contra el medio ambiente, tienen una normativa de respaldo de carácter administrativo que, en buena medida establece límites cuantitativos o cualitativos para dar el paso al ilícito penal. En dicha norma se establecen procedimientos y obligaciones que formalmente corresponden a la sociedad y que mate-

⁴ Apenas contamos con resoluciones judiciales que apliquen y, sobre todo, desarrollen, este supuesto; una de las pocas que se pronuncian sobre la cuestión es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de junio de 2017, que impone una pena de multa de 200.000 € a una persona jurídica. En la misma se alude vagamente al incumplimiento de obligaciones de control, sin desarrollar cuáles son ni cómo determinan la responsabilidad de la entidad en aplicación del mecanismo previsto en el apartado b) del art. 31 bis 1: “en el presente caso, la entidad Áridos del Curro es la beneficiaria de la actuación fraudulenta y, además, 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 permite concluir en la existencia de responsabilidad criminal ya que nos encontramos en presencia de una obligación tributaria ordinaria, cuyo impago no fue constatado, ni controlado”.

rialmente ésta delega en determinadas personas físicas, quienes deben asegurar su cumplimiento (están obligados, en definitiva, a ejercer el control sobre las mismas), a fin de evitar la infracción normativa y, alcanzado determinado límite, el delito. Sin embargo, existen otros delitos dentro del elenco que puede activar esa forma de responsabilidad, que carecen de cualquier norma de soporte o respaldo en el sentido antes indicado; sería el caso por ejemplo de una estafa, de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, delitos de daños informáticos, etc. (ver en el cuadro que aparece más adelante los supuestos con zonas sombreadas).

En segundo lugar, y en el contexto indicado, al margen de las normas administrativas (y en su caso civiles) que vinculan a determinados sectores, existen unas obligaciones genéricas de control, establecidas por la normativa mercantil para cada sociedad según la forma jurídica en que sean configuradas, y que teóricamente vinculan a todos los directivos, si bien de una forma mucho menos precisa.

i) Obligaciones genéricas de control establecidas en la normativa mercantil (o, en algún caso, civil), la responsabilidad por los auxiliares (dependientes) en el cumplimiento de las obligaciones no se deduce en nuestro ordenamiento por ninguna norma general (como ocurre por ejemplo en Alemania, con respecto a los «Erfüllungsgehilfe» [Cfr. § 278 BGB]), pero se infiere de lo establecido específicamente al regular diversas figuras contractuales (v.gr. Arts. 1596, 1721 y 1784 CC, o art. 261 CCom).

Fuera del ámbito contractual, el Código Civil sí establece, con carácter general, la responsabilidad de «los dueños o directores de un establecimiento o empresa» por los perjuicios causados «por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones», al tiempo que impone a aquéllos el deber de reparar el daño causado a otros por sus dependientes en tales circunstancias. La responsabilidad extracontractual del empresario por las faltas de sus dependientes se ha querido fundamental en la culpa “in eligendo” o la culpa “in vigilando”, lo que permite concluir la existencia de un cierto deber a su cargo de vigilancia, control o supervisión sobre la conducta de sus auxiliares (que, por otra parte, es el fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria regulada en el art. 120.4 CP).

El deber (genérico) de controlar, supervisar o vigilar resulta, en principio, consustancial en Derecho al ejercicio de las potestades que recaen sobre la actividad de otras personas. En este sentido, serán las personas con potestades de representación, gobierno y organización las llamadas también a controlar a sus subordinados. Si acudimos a la normativa mercantil societaria, como ocurre también al analizar posibles responsabilidades omisivas impropias de las personas físicas intervinientes, observemos que la misma establece, por lo que respecta a los administradores, una serie de deberes genéricos de vigilancia y control. En particular, si atendemos a la Ley de Sociedades de Capital (LSC), el art. 225 establece un *deber genérico de*

diligencia, exigir que los administradores desempeñen el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. El art. 249 bis considera facultades indelegables la supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado. Por su parte, el 529 ter considera facultades indelegables la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control (a tenor de este artículo es por tanto el órgano de administración el encargado de establecer la política de control y gestión de riesgos de la sociedad). El art. 529 quaterdecies determina entre las funciones de la comisión auditora la de supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos, así como discutir con el auditor de cuentas las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría, todo ello sin quebrantar su independencia. A tales efectos, y en su caso, podrán presentar recomendaciones o propuestas al órgano de administración. El art. 540 regula el Informe anual de gobierno corporativo, entre cuyo contenido mínimo deberá incluirse información sobre los sistemas de control del riesgo, incluido el fiscal (apartado 4, d) y una descripción de las principales características de los sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financiera (apartado 4, h).

ii) Obligaciones específicas de control: En lo que respecta a la regulación específica sectorial, ciertamente existen ámbitos de actividad económica caracterizados por encontrarse ampliamente regulados, esencialmente a través de normas de índole administrativa y civil. Contamos en la actualidad un gigantesco marco de intervención jurídica extrapenal, muchas de cuyas normas prevén específicas obligaciones de control, calificando su incumplimiento como infracción y sancionando la misma. En ocasiones será precisamente el nivel de gravedad del hecho o la concurrencia de determinados elementos objetivos o subjetivos, lo que determinará la aplicación del régimen legislativo extrapenal o de los tipos penales en cuestión.

En las próximas páginas, se expone en una tabla la principal regulación extrapenal que establece obligaciones específicas de control en el sentido antes indicado. Debe advertirse sin embargo que muchas de las normas de respaldo administrativo, lo que normalmente prevén son medidas para evitar una mala praxis, pero no están pensadas para evitar o prevenir comportamientos delictivos dolosos, llevados a cabo por parte de los empleados. Veamos un ejemplo: el primer delito previsto en el catálogo es el de tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (artículo 156 bis CP). La normativa extrapenal de referencia es la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, que se desarrolla en el Real Decreto

1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. Pues bien, pese a que, sin duda constituye una norma de respaldo con obligaciones específicas de control⁵, no es un supuesto en el que parece que puedan darse los presupuestos del apartado b) del art. 31 bis 1, siendo lo normal que este tipo de conductas, de producirse, se lleven a cabo desde la dirección de la entidad.

Recordemos que se trata de un delito doloso, en el que el empleado de la empresa tendría que promover, favorecer, facilitar o publicitar la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos (y que después se le reprocharía penalmente a la sociedad por la ausencia de control sobre tales comportamientos por parte del encargado del mismo); pensemos por ejemplo en el supuesto de incumplimiento de la obligación de control establecida en el art. 5 de la Ley, según el cual la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá hacerse previa comprobación de la muerte (en base a la existencia de datos de irreversibilidad de lesiones cerebrales). Dicho precepto establece que “el certificado de defunción será suscrito por tres Médicos, entre los que deberán figurar, un Neurólogo o Neurocirujano y el Jefe del Servicio de la Unidad médica correspondiente, o su sustituto; ninguno de estos facultativos podrá formar parte del equipo que vaya a proceder a la obtención del órgano o a efectuar el trasplante”. Del mismo modo el Reglamento (Real Decreto 1723/2012), establece numerosos requisitos (obligaciones de control); por ejemplo, el artículo 8 determina los requisitos para la obtención de órganos de donante vivo⁶. A su vez, el artículo 33 establece un régimen de infracciones (muy graves, graves y leves) ante determinados incumplimientos y el art. 34 un régimen sancionador. En definitiva, lo que puede plantearse, salvo situaciones muy excepcionales, es un incumplimiento de determinados requisitos formales, que podría dar lugar a un comportamiento, casi siempre,

⁵ Así, por ejemplo, artículo 4 de la Ley: “La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos: a) Que el donante sea mayor de edad. b) Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión (...).

⁶ Artículo 8 Requisitos para la obtención de órganos de donante vivo. 1. La obtención de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos: a) El donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado. b) Debe tratarse de un órgano, o parte de él, cuya obtención sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura. c) El donante habrá de ser informado previamente de las consecuencias de su decisión, de los riesgos, para sí mismo o para el receptor, así como de las posibles contraindicaciones, y de la forma de proceder prevista por el centro ante la contingencia de que una vez se hubiera extraído el órgano, no fuera posible su trasplante en el receptor al que iba destinado. El donante debe otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad. d) El donante no deberá padecer o presentar deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra condición por la que no pueda otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la obtención de órganos de menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores (...).

imprudente que facilite la donación y/o trasplante sin que se cumplan los requisitos para ello; sin embargo, dicha conducta imprudente no es constitutiva de delito, lo que obviamente imposibilitará la responsabilidad del ente.

Este escenario se reproduce en muchas otras tipologías delictivas (a título de ejemplo se han sombreado en tono claro en la siguiente tabla)⁷. En la misma se ha tratado de seleccionar (sin ánimo exhaustivo) normas que establecen obligaciones sometidas a control, cuyo incumplimiento puede dar lugar al delito que, además, está sancionado en la propia norma administrativa (generalmente como infracción muy grave, grave o leve).

Tabla 1

DELITO	NORMATIVA EXTRAPENAL	OBLIGACIONES Y RÉGIMEN SANCIONADOR
Delito: tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (artículo 156 bis CP)	Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos y se desarrolla en el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre,	Arts. 33 y 34 Real Decreto 1723/2012 (tipos de sanciones (muy graves, graves y leves)
Delito de trata de seres humanos (artículo 177 bis CP)	L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.	Arts. 52 a 55 de la L.O. 4/2000
Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (artículos 187 a 189 CP)		
Delito de descubrimiento y revelación de secretos (artículo 197, 197 bis y 197 ter CP)	L.O. 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales	Arts. 28 y ss. y un régimen sancionador (el art. 76 se remite a los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679, para concretar las sanciones)
Delitos de estafa (artículos 248 a 251 CP)		
Delitos de insolvencia punible (arts. 257-261 CP)	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (arts. 164-165)	Sin carácter sancionador
Delitos de daños informáticos (artículo 264 bis, ter, quater CP)		
Delitos relativos a la propiedad intelectual e	(1) RD 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto	(1) Art. 138 y ss. RD 1/1996, de 12 de abril (<i>no se establecen</i>

⁷ El sombreado más oscuro indica la inexistencia de normas sectoriales de respaldo.

<p>industrial, al mercado y a los consumidores y corrupción entre particulares (artículos 270 a 288 CP)</p>	<p>refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, (2) Entre muchas otras, la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. (3) Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. (4) Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal. (5) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, así como la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. (6) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (7) Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores</p>	<p><i>específicas obligaciones sometidas a control</i>) (2) La Ley 24/2015 de Patentes carece de un régimen sancionador en sentido estricto y <i>no se establecen específicas obligaciones sometidas a control</i> (3) Aunque el art. 41 de la Ley de Marcas determina las acciones civiles que puede ejercitar el titular de la marca, no se establecen específicas obligaciones sometidas a control (4) No se establecen específicas obligaciones sometidas a control (5) Los artículos 11 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2007 establecen específicas obligaciones sometidas a control (6) El art. 39 (deberes de colaboración e información) establece determinadas obligaciones sometidas a control (7) Establece múltiples obligaciones sometidas a control y un régimen sancionador derivado de su incumplimiento (arts. 277 y ss. y art. 302 y ss.) Infracciones muy graves, graves y leves</p>
<p>Delitos de receptación y blanqueo de capitales (artículo 302 CP)</p>	<p>Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo Real Decreto 304/2014 de 5 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.</p>	<p>La Ley 10/2010 es una norma con múltiples obligaciones (medidas de diligencia debida, obligaciones de información, de control interno, etc.). El art. 50 establece un régimen sancionador con infracciones muy graves, graves y leves.</p>

Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos (artículo 304 bis 5)	Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos	En el art. 14 y ss. de la Ley Orgánica 8/2007 se establecen específicas obligaciones y en el art. 17 se clasifican las infracciones en muy graves, graves y leves.
Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (artículos 305 a 310 CP)	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, etc.	Sin obligaciones de control específicas (mera diferencia cuantitativa con el delito)
Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis 5)		
Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319 CP)	(1) Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (2) Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de disciplina urbanística (desarrolla la anterior ley)	(2) Obligación de control art 10.1 del Reglamento de disciplina urbanística. Infracciones y sanciones art 51 a 94 del Reglamento urbanístico
Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículo 325 CP)	(1) Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. (2) Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación.	(1) Obligaciones de control: artículo 17 y ss. Régimen sancionador: arts. 35 y ss. (2) Obligaciones de control: arts. 4 y 5 Régimen sancionador: arts. 30 y ss.
Delito de establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos (artículo 328 CP)	Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados	Establece diversas obligaciones en la gestión de residuos y un régimen sancionador (arts, 45 y ss): Infracciones muy graves, graves, leves.
Delito relativo a las radiaciones ionizantes (artículo 343 CP)	Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.	Establece diversas obligaciones en la gestión de residuos y un régimen sancionador (arts. 69 y ss): Infracciones muy graves, graves, leves.

Delito de estragos (artículo 348 CP)		
Delitos contra la salud pública 366 CP		
Delitos de tráfico de drogas (artículos 368 y 369 CP)		
Delito de falsificación de moneda (artículo 386.5 CP)		
Delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (artículo 399 bis CP)		
Delitos de cohecho (artículos 419 a 427 CP)		
Delitos de tráfico de influencias (artículos 428 a 430 CP)		
Delito de malversación (art 435.5 CP)		
Delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (artículo 445 CP)		
Delitos de odio y enaltecimiento (artículo 510 bis CP)	Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen	Sin obligaciones de control específicas.
Delitos relativos a organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis a 570 quater)		
Delitos de terrorismo (artículo 580 bis CP)	Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento	Una extensa previsión de obligaciones de control y un específico régimen sancionador (arts. 50 y ss.)
Delito de contrabando (artículo 2.6 de la LO 12/1995)	Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando	Sin obligaciones de control específicas (mera diferencia cuantitativa con el delito)

Elaboración propia

3. La determinación del incumplimiento de las obligaciones genéricas y específicas de control a los efectos indicados en el art. 31 bis b)

En las páginas anteriores hemos podido constatar la existencia de dos niveles determinantes de obligaciones de control: genéricas (básicamente establecidas en normas de carácter mercantil) y específicas (mayoritariamente concretadas en normas administrativas). Mientras las segundas establecen obligaciones detalladas y específicas, las primeras se conforman con genéricas obligaciones de control. Se establecen por lo tanto dos niveles de diligencia, lo que tiene evidente trascendencia en la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica por ausencia de debido control que facilita el delito.

En mi opinión, el mero incumplimiento de la obligación genérica de control, sin que conste el conocimiento por parte del encargado de ejercitarlo de determinadas situaciones que podrían dar lugar al delito, determina por lo general una potencial responsabilidad que sólo podría articularse a través de las formas radicalmente objetivas de responsabilidad sustentadas en la *culpa in eligendo* o *invigilando*. Por ello, para afirmar que estamos ante una omisión relevante de una *obligación genérica* de control, que puede dar lugar al presupuesto del apartado b) del art. 31 bis 1 y con ello al delito de la persona jurídica, será necesario acreditar –por quien ejerce la acusación- que el superior (o directivo) conoció la irregularidad y por ello estuvo en condiciones (precisamente por su posición jerárquica) de evitar el delito⁸, incluyendo los supuestos identificables como ignorancia deliberada.

Por el contrario sí nos encontramos ante una obligación de control, de las que hemos llamado *específicas*, la constatación de un mero incumplimiento, unido a la acreditación de que dicho incumplimiento favoreció el delito, será suficiente (con el resto de requisitos típicos) para afirmar la responsabilidad del ente, sin que sea necesario acreditar que el obligado al control conoció la irregularidad que dio lugar al delito (siempre, claro está, que pudiera haberlo conocido con una diligencia adecuada). La justificación de este distinto tratamiento viene motivada, precisamente y como he expuesto, por el carácter genérico y escasamente concretado de las primeras, frente al carácter específico y –por lo general- bien delimitado de las segundas.

4. Delimitación del carácter grave del incumplimiento

El incumplimiento de las obligaciones de control debe ser *grave* (“por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes”). Ello pone de manifiesto una

⁸ Podría ser, por ejemplo, el supuesto descrito en el Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2 (Audiencia Nacional), de 18 de abril de 2018 (Caso CaixaBank): “La propia Dirección General de la entidad fue advertida en el año 2015 por las conclusiones de su propia Auditoria Interna respecto a la actividad de determinadas sucursales, en Cobo Calleja y el área del Rastro de Madrid, cuyas prácticas en prevención del blanqueo considero mejorables y realizo recomendaciones al respecto que resultaron insuficientes”.

voluntad legislativa de restringir los supuestos que darán lugar por esta vía a la responsabilidad de la propia entidad. El requisito analizado implica un correcto recurso al principio de fragmentariedad, reservando la responsabilidad penal de la propia entidad a los supuestos que tienen como base las conductas más desaprobadas desde el punto de vista administrativo, a lo que se deberán unir todos los restantes requisitos del hecho de conexión descrito en el art. 31 bis CP⁹. Por el contrario, una vez más, el legislador no aporta ninguna referencia específica interpretativa que permita determinar (con cierta garantía jurídica y facilite un tratamiento homogéneo desde un punto de vista judicial) cuáles son los supuestos que el intérprete habrá de considerar graves. Y no sólo eso, sino que, frente a la exigencia descrita, sorprendentemente la regla 2ª del art. 66 bis (también introducida por la LO 1/2015), que tiene por teórico objetivo ayudar al juez a determinar la pena a imponer a la persona jurídica, establece que cuando la responsabilidad de la persona jurídica (en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis), derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control “*que no tenga carácter grave*”, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. A fin de resolver este manifiesto error legislativo se ha entendido (Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 – CFGE 1/2016-) que el principio de tipicidad penal impide observar esta regla penológica. De este modo, es correcto acordar la inaplicabilidad de la citada regla del art. 66 bis, que queda vacía de contenido.

En ese esfuerzo interpretativo, creo que el referido requisito podría proyectarse simultáneamente sobre planos y momentos distintos, existiendo elementos que ayudan a acreditar la presencia del mismo.

i) En primer lugar, se ha afirmado, en mi opinión correctamente, que para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, la falta del debido control ha de haberse debido, como mínimo, a imprudencia grave (de la persona encargada

⁹ Considera González Cussac J. L.: “Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015”, op. cit., p. 167, que “una segunda referencia para acotar el grado de infracción de los deberes de vigilancia, control y supervisión, lo podemos encontrar profusamente desarrollado en la emergente categoría del «riesgo jurídicamente desaprobado», inicialmente reservada a la calificación de la imprudencia (deber objetivo de cuidado), pero actualmente generalizada y extendida, por la doctrina mayoritaria, hasta impregnar la totalidad de la teoría jurídica del delito. Es más, en los denominados «ámbitos de riesgo» se han desarrollado y positivizado pautas de cuidado predeterminadas (riesgos medioambientales, labores y médico-sanitario)”. Vid., ampliamente, Paredes Castañón J. M.: El riesgo permitido en el derecho penal: (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas), Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995. Debe tenerse en cuenta en todo caso, como apunta el autor, que la categoría del riesgo permitido es un tópico formal, sin significado propio y necesitado de complementación normativa. De ese modo, es preciso fundamentar materialmente la pretendida exclusión de la antijudicialidad, a través de la descripción de las consideraciones valorativa a tener en cuenta. En concreto, se trataría de ponderar intereses como elemento en el que sustentar la limitación de protección de bienes jurídicos. Sería por ejemplo el caso, en el ámbito que nos ocupa, de la limitación de determinados controles (aceptando con ello un limitado nivel de riesgo), cuyo ejercicio resultaría desproporcionado por dificultar de forma significativa el funcionamiento de la sociedad.

de ejercerlo)¹⁰. De ese modo se produce una adecuada restricción en el plano subjetivo.

ii) En el plano objetivo de imputación, debe examinarse, en caso de incumplimientos, cuestiones como si estos fueron sólo parciales; las mayores o menores dificultades que rodearon el incumplimiento, incluyendo la actitud del controlado dirigida a dificultar que el deber de control fuera ejercitado.

iii) Pero, además, en mi opinión, la única forma de dar ciertas garantías a la previsión legal en el plano de la seguridad jurídica, cuando se trata de obligaciones específicas, es entender que el legislador está realizando una remisión normativa a la propia calificación que otorga la regulación administrativa sancionadora. De este modo, creo que la referida expresión también debe proyectarse sobre el desvalor normativo extrapenal atribuido a cada infracción. Así, solo podrán ser suficientes a los efectos de activar el modelo de responsabilidad, aquellos incumplimientos de las obligaciones de control, que la propia norma administrativa califica, como mínimo, como “graves”. En definitiva, son válidas a estos efectos las infracciones basadas en el incumplimiento de los deberes de control graves y muy graves, quedando, excluidas por lo tanto las leves. Ciertamente no parece posible que lo que es identificado como incumplimiento medio o leve en el ámbito extrapenal sea sin embargo elemento clave para determinar (o canalizar) una responsabilidad penal.

Finalmente, cabría plantearse si se puede estar produciendo un conflicto de bis in ídem por el hecho de que es posible castigar a la empresa en dos ocasiones como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de control previstas en la norma administrativa. En un caso porque la propia ley de esa naturaleza lo prevé expresamente y en el otro porque dicho incumplimiento se le reprocha a la empresa determinando, con el resto de elementos típicos, su propia responsabilidad (pensemos por ejemplo en la ausencia de comunicación de una operación sospechosa de blanqueo que además favorece la comisión de un delito por un empleado de la misma, lo que puede dar lugar a un delito de blanqueo (normalmente imprudente), activando con ello los mecanismos del apartado b) del art. 31 bis 1- CP.

5. La exclusión del modelo de organización como elemento determinante de obligaciones de control a los efectos del art. 31 bis 1. b)

En buena medida como consecuencia de lo expuesto en los apartados anteriores, estimo que las obligaciones de control (vigilancia y supervisión), a las que se refiere el precepto (31 bis b), nada tienen que ver con el contenido de los modelos de prevención previstos en los apartados 2 y siguientes del art. 31 bis. Considero

¹⁰ Dopico Gómez-Aller, J.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., marginal 3.136, que además considera que se trata de una restricción coherente con el criterio general del Código Penal de no considerar la imprudencia leve constitutiva de delito grave o menos grave.

que las razones para efectuar dicha exclusión serían las siguientes. En primer lugar, la formulación de tales modelos se plantea legalmente en un segundo momento, como opción (*voluntaria*) o posibilidad de excluir la responsabilidad pese a la existencia de una conducta típica. En segundo lugar, debe llamarse la atención sobre lo sorprendente que resultaría que la decisión de adoptar un programa preventivo para reducir las posibilidades de que la empresa sea condenada, aumente en realidad y de forma paralela las opciones de que ello ocurra, al integrarse las obligaciones establecidas en el mismo en el hecho típico¹¹.

En particular, en el supuesto analizado (apartado b) del art. 31 bis 1) quedará *excluida la tipicidad*: i) si no ha habido un incumplimiento de un deber de control establecido normativamente ii) si, pese a existir un incumplimiento de ese tipo, el mismo no era grave iii) si pese a existir un incumplimiento grave, el delito no era susceptible de haber sido evitado, incluso habiendo actuado con diligencia (“atendidas las concretas circunstancias del caso”).

Si, sin embargo, no ha concurrido ninguno de los tres supuestos enumerados y estando presentes el resto de elementos del hecho de conexión primario (en nombre, en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, etc.) se habrá confirmado el carácter típico de la conducta. A partir de ahí, sin embargo, podrá quedar excluida la responsabilidad, en un segundo momento de valoración, si la persona jurídica cuenta con un modelo de organización y control previsto en los términos de los apartados 2 y ss. del art. 31 bis si, pese a la existencia del hecho típico, el mismo no hubiera podido ser detectado o (aun siendo detectado) evitado en condiciones razonables de funcionamiento del mismo (por ejemplo, el empleado que no denuncia -pese a estar obligado a ello- la actitud que da lugar al delito de otro compañero de trabajo, por la relación de amistad que mantienen o la del superior jerárquico por tener dudas –infundadas- sobre el carácter realmente anónimo del canal de denuncias). En definitiva, la existencia de un modelo adecuado de organización y control podrá excluir la responsabilidad de la empresa, incluso cuando se haya producido una ausencia de control por parte de una de las personas obligadas a ello¹².

¹¹ Como ya se apuntó, quedan excepcionados de este criterio los modelos de organización y control no penales, cuya constitución está determinada en normas administrativas, pues en ese caso, al constituir una obligación legal, integrarán sin mayor inconveniente las obligaciones a las que se refiere el apartado b del art. 31 bis b). Sería por ejemplo, el supuesto previsto en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cuyos artículos 26 a 30 establecen la obligatoriedad por parte de los sujetos obligados de constituir un programa específico de prevención. En concreto, dispone el art. 26 que aprobarán por escrito y aplicarán políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

¹² Otros autores consideran, sin embargo, (vid. por ejemplo, González Cussac J. L., “Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015”, op. cit., p. 169) que la comprobación por el juez de la gravedad de la infracción de los deberes de control y vigilancia por las personas físicas responsables, tomará como referencia no solo los deberes legales y contractuales, sino *la existencia y aplicación eficaz de un programa de cumpli-*

6. A título de ejemplo: responsabilidad de la persona jurídica por delitos de blanqueo de dinero (el Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional, de 18 de abril de 2018 (CaixaBank))

El delito de blanqueo de dinero es uno de los incluidos en el catálogo de números clausus, que posibilitan la condena de la persona jurídica, cuando estén presentes los requisitos legales previstos para ello. En concreto, su regulación se encuentra en el art. 301 CP, en su versión dolosa (apartados 1 y 2) e imprudente (apartado 3). A su vez, en el art. 302 CP se determinan las penas a imponer cuando la persona jurídica sea considerada responsable (en concreto todas las recogidas en el apartado 7 del art. 33), entre ellas la disolución (apartado b)).

Por lo general, en este contexto delictivo podemos encontrarnos con dos tipos de sociedades:

i) sociedades instrumentales, interpuestas o fantasma, a veces administradas por testaferros, que tienen como único o principal objetivo ocultar el capital obtenido ilícitamente y blanquearlo. En ocasiones se trata de negocios que cotizan a Hacienda a través del sistema de módulos (con lo que se establecen unos baremos de cotización básicos en función de determinados parámetros fijos); en otras ocasiones carecen de actividad (ausencia de cargos normales de una actividad empresarial). Este tipo de sociedades y según el peso que tenga la actividad ilegal, pueden ser declaradas inimputables (vid. STS 154/2016 y CFGE 1/2016)

ii) aquellas otras que ejercitan una actividad esencialmente lícita, pero que son utilizadas (y en ocasiones ellas –sus representantes- se dejan utilizar por terceros) para blanquear dinero procedente del delito. Se corresponderían con los sujetos obligados por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y cuyo art. 2.2 dispone que tienen tal consideración las personas físicas o jurídicas que desarrollen las actividades mencionadas en el apartado precedente (promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles, empresas de servicios postales, entidades de crédito, etc.), disponiendo a continuación que, no obstante, cuando las personas físicas actúen en calidad de empleados de una persona jurídica, o le presten servicios permanentes o esporádicos, las obligaciones impuestas recaerán sobre dicha persona jurídica respecto de los servicios prestados.

La Ley 10/2010 tiene por objeto el establecimiento de deberes de prevención del blanqueo de dinero, y en el articulado de la misma encontramos específicas obligaciones de vigilancia y control (a las que más adelante me referiré) que tienen por objeto la detección de operaciones sospechosas.

miento”, añadiendo que tales programas se erigen en un criterio esencial para evaluar la medida de infracción de los deberes de control, vigilancia y supervisión de las personas físicas descritas.

Cuando el obligado al cumplimiento de las obligaciones de control es una persona jurídica, es ella misma la que las ejercerá: a) Directamente, a través de sus administradores o representantes b) Por delegación, mediante la designación de la persona que ejercerá tales funciones. En todo caso, dispone el art. 26.2 que los sujetos obligados designarán como representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión a una persona que ejerza cargo de administración o dirección de la sociedad. (...). El representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión será responsable del cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en la presente Ley, para lo que tendrá acceso sin limitación alguna a cualquier información obrante en el sujeto obligado.

Trasladando este esquema a la regulación penal contenida en el art. 31 bis distinguimos los dos supuestos previstos en los apartados a) y b):

i) Determinación de la responsabilidad de la empresa en los supuestos en los que son los propios administradores u otros directivos de rango inferior quienes han omitido el cumplimiento de las obligaciones de control o incluso han colaborado activamente con las operaciones de blanqueo (supuesto descrito en el apartado a) del art. 31 bis), dando con ello lugar al delito. Para que pueda plantearse la presencia de la responsabilidad penal de la empresa será preciso que el incumplimiento de obligaciones haya tenido como objetivo facilitar voluntariamente el blanqueo y que el mismo se haya producido (art. 301.2 CP) o que la omisión negligente lo haya facilitado (art. 301.3 CP). Deben concurrir, además, los restantes elementos del hecho de conexión, lo que en la práctica no presentará por lo general dificultades. En particular, será evidente el beneficio objetivo y potencial para la empresa que se presta a realizar una operación de este tipo.

Sin embargo, en este supuesto podemos encontrarnos con una seria dificultad. Con algunas excepciones (por ejemplo, la resistencia a la labor inspectora, calificada como infracción muy grave por el apartado d) del art. 51 de la Ley), los incumplimientos de las obligaciones de control identificados normativamente son comportamientos omisivos (no informar, no comunicar, no colaborar, no aplicar medidas de diligencia debida, no identificar, etc.). La descripción contenida en el apartado a) “delitos cometidos” no parece impedir el castigo de tales comportamientos omisivos; sin embargo, la regulación del art. 31 ter. 2, destinado a determinar las consecuencias de la independencia entre la responsabilidad de la persona jurídica y la de la persona física, cuando concurren determinadas circunstancias en la segunda, dispone lo siguiente: “La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos (supuesto del apartado a)) o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control (supuesto del apartado b)), de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado (...), no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente”.

Tal exigencia (seguramente sin voluntad legislativa en tal sentido) parece difícilmente compatible con comportamientos de tipo omisivo.

Sin embargo, un criterio distinto (sin específica motivación al respecto) parece haberse seguido en el Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2 (Audiencia Nacional), de 18 de abril de 2018. En el mismo se cita como investigada a la persona jurídica, CaixaBank por presuntamente ayudar a diversas organizaciones de origen asiático a blanquear casi 100 millones de euros entre 2011 y 2015. En concreto, 10 sucursales, situadas en los alrededores del polígono Cobo Calleja, de Fuenlabrada (Madrid) y en la capital habrían participado en el blanqueo de los beneficios ilícitos, y lo habrían hecho “con el conocimiento y colaboración del responsable máximo de cumplimiento normativo de la entidad”. El comportamiento que da lugar a que la entidad sea citada como investigada no es el de sus administradores, sino el de algunas de las personas que ostentan la condición de directivos (en este caso los directores de diez sucursales bancarias) y por la de sus empleados (de las mismas sucursales) los cuales habrían intervenido –por acción u omisión- facilitando determinadas operaciones de blanqueo.

El criterio aquí defendido no parece, sin embargo, haber sido el seguido en la referida resolución, pues se observa que la atribución de responsabilidad en el supuesto del apartado a) se estructura sobre comportamientos omisivos:

“Hemos descrito graves fallos del sistema de control para la prevención del blanqueo de capitales, puestos de manifiesto desde el año 2013 por sus autoridades supervisoras y conocidos por todo el personal directivo de la entidad CAIXABANK, (...). Los hechos descritos representaron defectos severos en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión. Todo ello hace necesario llamar a la causa de la persona jurídica de CAIXABANK en condición de investigada por blanqueo de capitales conforme al artículo 302.2 por los hechos propios en los que ha incurrido, conforme con las disposiciones del artículo 31 bis a)”.

En concreto se atribuye una eventual responsabilidad penal a la entidad, tanto por comportamientos activos como omisivos de sus directivos:

“Las sucursales implicadas hicieron caso omiso al hecho de tratarse de clientes requeridos por Juzgados y Fiscalías, sino que al contrario auxiliaron a los titulares de cuentas en el aprovechamiento de sus ganancias ilícitas, bancarizando el dinero sin indagar sobre su origen, aceptando cualquier papel o justificación que se les presentaba y facilitando su transferencia en importes pequeños que no debían ser comunicados al Banco de España. Los requerimientos judiciales en las Diligencias Previas ya referidas por delitos de criminalidad organizada fueron desatendidos por CAIXABANK,

que no activo ninguna comunicación o alarma respecto al cliente en cuestión”.

Desde un punto de vista subjetivo, el auto atribuye a las personas físicas que conocieron directamente (directores de las sucursales) tanto comportamientos dolosos como imprudentes:

“El juicio de intención que guio la conducta de estos empleados y directivos, bien pudo estar fundado en el conocimiento directo o la aceptación probable de la sospecha de que miembros de dichas organizaciones, clientes de su sucursal, estaban inmersos en actividades ilícitas de fraude del que procedían las ingentes imposiciones en efectivo que realizaban (...) de forma persistente actuaron sin poner ningún control ni barrera al trasiego de remesas de dinero en efectivo y transferencias al exterior, pese a tener conciencia de la anormalidad de esta forma de proceder (...) Asimismo, se expedieron numerosos requerimientos judiciales a las sucursales de CAIXABANK en cuestión, para la averiguación del patrimonio ilícito de clientes investigados, en muchos casos en las organizaciones criminales a las que la presente resolución hace referencia. Sin embargo, las sucursales implicadas hicieron no solo hicieron caso omiso a tales requerimientos, sino que auxiliaron a los titulares de cuentas en el aprovechamiento de sus ganancias ilícitas, bancarizando el dinero sin indagar sobre su origen, aceptando cualquier papel o justificación que se les presentaba y facilitando su transferencia en importes pequeños que no debían ser comunicados al Banco de España”.

ii) Determinación de la responsabilidad de la persona jurídica en los supuestos en los que la ejecución de las obligaciones de control corresponde a empleados de la misma que no han sido controlados adecuadamente por los directivos o administradores de la sociedad (en este último caso siempre que hayan tenido conocimiento de la situación irregular). Estamos por lo tanto ante el supuesto regulado en el apartado b) del art. 31 bis 1. Al igual que en el supuesto anterior, el incumplimiento de obligaciones de control puede haber tenido como objetivo facilitar el blanqueo (blanqueo doloso) (art. 301.2 CP) o que haya sido la omisión negligente lo que lo ha posibilitado (art. 301.3 CP). Como en el caso anterior, no existirán particulares dificultades para apreciar los restantes elementos del hecho de conexión. La clave por tanto va a estar en la determinación de las obligaciones de control cuyo incumplimiento ha dado lugar o favorecido el delito y concretar cuándo podemos calificar dicho incumplimiento como grave, en el antes expuesto.

Como entonces se apuntó, a lo largo de la Ley, encontramos específicas obligaciones de vigilancia y control que tienen por objeto la detección de operaciones sospechosas. Por ejemplo, en el capítulo III de la Ley (arts. 17 a 33) y, entre ellas

por ejemplo, en el art. 3 obligaciones de identificación formal¹³, en el art. 4 obligaciones de identificación del titular real¹⁴, en el art. 5 obligación de obtener información sobre el propósito e índole de la relación de negocios¹⁵, en el art. 18, un deber de comunicación¹⁶, en el art. 21 obligaciones específicas de colaboración¹⁷, etc.

En el auto del caso CaixaBank se afirma expresamente que “los empleados y directivos de las sucursales de CAIXABANK desatendieron sus obligaciones de control sobre el origen de los fondos que se transferían telemáticamente (...)”. Se reprocha asimismo el incumplimiento de la propia normativa interna de CaixaBank (fundamentalmente adoptada en desarrollo de las obligaciones legales establecidas en la Ley 10/2010):

“Las oficinas reseñadas incumplieron la propia normativa bancada de la entidad CAIXABANK respecto a las obligaciones de diligencia, como el conocimiento del cliente, acreditación del origen de los fondos, seguimiento de la relación de negocio, diligencia reforzada aún más en el caso de corresponsalía transfronteriza (...) El responsable de Cumplimiento Normativo Sr Álvarez manifestó que el sistema de Alertas Informáticas no actuó eficazmente ni generó las alarmas de efectivo que se esperaban (...) El atestado de UCO no 190/2016 ha identificado respecto a las sucursales investigadas en las que operaron las organizaciones CHEQIA, SNEAKE Y EMPERADOR, un incumplimiento grave de sus propias normas anti blanqueo. (...) Se han identificado 483 comunicaciones de empleados de CAIXABANK respecto de las cuales no se ordenó realizar ningún examen especial. (...) Los órganos de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo no operaron con la suficiente separación funcional del departamento o unidad de auditoría interna en la forma que recomienda la guía europea EBA y se recoge en la propia Ley 10/2010, ni estaban dotados de personal ni entrenados para ser eficaces”.

¹³ Artículo 3. Identificación formal. 1. Los sujetos obligados identificarán a cuantas personas físicas o jurídicas pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones. (...).

¹⁴ Artículo 4. Identificación del titular real. 1. Los sujetos obligados identificarán al titular real y adoptarán medidas adecuadas a fin de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones.

¹⁵ Artículo 5. Propósito e índole de la relación de negocios. Los sujetos obligados obtendrán información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios. En particular, los sujetos obligados recabarán de sus clientes información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial y adoptarán medidas dirigidas a comprobar razonablemente la veracidad de dicha información.

¹⁶ Artículo 18. Comunicación por indicio. Los sujetos obligados comunicarán, por iniciativa propia, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, el Servicio Ejecutivo de la Comisión) cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que, tras el examen especial a que se refiere el artículo precedente, exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (...).

¹⁷ Artículo 21. Colaboración con la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y con sus órganos de apoyo. 1. Los sujetos obligados facilitarán la documentación e información que la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o sus órganos de apoyo les requieran para el ejercicio de sus competencias. (...).

Determinados incumplimientos de las obligaciones de control descritas se califican por la norma como infracciones. En concreto se distinguen tres clases de infracciones: muy graves, graves y leves (arts. 50 a 53) y se establecen específicas sanciones para cada una de ellas (arts. 56 a 59). A título de ejemplo, se consideran infracciones *muy graves* (art. 51) a) El incumplimiento del deber de comunicación previsto en el artículo 18, cuando algún directivo o empleado del sujeto obligado hubiera puesto de manifiesto internamente la existencia de indicios o la certeza de que un hecho u operación estaba relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. b) El incumplimiento de la obligación de colaboración establecida en el artículo 21 cuando medie requerimiento escrito de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. c) El incumplimiento de la prohibición de revelación establecida en el artículo 24 o del deber de reserva previsto en los artículos 46.2 y 49.2.e). El artículo 52 determina las infracciones *graves*, entre ellas, por ejemplo, el incumplimiento de obligaciones de identificación formal, en los términos del artículo 3. b) El incumplimiento de obligaciones de identificación del titular real, en los términos del artículo 4. c) El incumplimiento de la obligación de obtener información sobre el propósito e índole de la relación de negocios, en los términos del artículo 5. d) El incumplimiento de la obligación de aplicar medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, en los términos del artículo 6. e) El incumplimiento de la obligación de aplicar medidas de diligencia debida a los clientes existentes, en los términos del artículo 7.2 y de la Disposición transitoria séptima. f) El incumplimiento de la obligación de aplicar medidas reforzadas de diligencia debida, en los términos de los artículos 11 a 16. g) El incumplimiento de la obligación de examen especial, en los términos del artículo 17.

De este modo, tendremos todos los elementos para activar el sistema de responsabilidad previsto en el apartado b) del art. 31 bis 1. En concreto, **i)** obligaciones de control normativamente identificadas, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la comisión de un delito de blanqueo **ii)** La calificación de una parte de ellas como muy graves o graves por la propia normativa, lo que nos permitiría colmar el requisito de la gravedad con más garantías y seguridad jurídica que la que pueda ofrecernos cualquier otra interpretación. **iii)** Los restantes elementos del hecho de conexión (actuación realizada por cuenta de la persona jurídica, en beneficio directo o indirecto de la misma, en ejercicio de actividades sociales y atendidas las concretas circunstancias del caso).

Este planteamiento requiere sin embargo ulteriores precisiones:

i) En primer lugar, es preciso advertir de la posible concurrencia de situaciones de *bis in idem*. El artículo 54 (Responsabilidad de administradores y directivos) dispone que además de la responsabilidad que corresponda al sujeto obligado aun a título de simple inobservancia, quienes ejerzan en el mismo cargo de administración o direc-

ción, sean unipersonales o colegiados, serán responsables de las infracciones cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente.

Por su parte, el artículo 62 (Concurrencia de sanciones y vinculación con el orden penal) dispone, en su apartado 1, que “las infracciones y sanciones establecidas en la presente Ley se entenderán sin perjuicio de las previstas en otras leyes y de las acciones y omisiones tipificadas como delito y de las penas previstas en el Código Penal y leyes penales especiales, salvo lo establecido en los apartados siguientes. Precisamente, en el apartado 2, se dispone que no podrán sancionarse con arreglo a esta Ley las conductas que lo hubieran sido penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico”. Se trata en definitiva de una cláusula general de compatibilidad de ambas sanciones y una excepción relativa a aquellos supuestos en los que pueda producirse la vulneración del citado principio.

Lo primero que hay que advertir es que la introducción de esa cláusula se realiza en un momento (Ley 10/2010, de 28 de abril) en el que la responsabilidad penal de las personas jurídicas aún no formaba parte de nuestra legislación penal (Ley 5/2010 de 22 de junio) por lo que, con toda probabilidad, la misma no fue específicamente pensada para resolver estos supuestos. Pero lo cierto es que, cuando la persona jurídica pueda ser sancionada por incumplimiento grave de una obligación de control (presupuesto base para ambas infracciones), concurriendo además los elementos del hecho de conexión penal, se plantean serias dudas acerca de la posible vulneración del principio, en caso de aplicar las previsiones de ambas normativas.

Constatada la identidad de hecho y sujeto, quedaría analizar si la misma puede extenderse también al fundamento. Y difícilmente la respuesta podría ser negativa, en la medida en que tanto la ley penal, como la administrativa tienen como objetivo esencial la prevención de operaciones de blanqueo mediante la amenaza sancionadora a aquellas sociedades que incumplen (gravemente) las medidas de control legalmente dispuestas para dificultar o impedir obligaciones de blanqueo de dinero u otros activos, posibilitando de este modo que el mismo tenga lugar. En tal caso procederá aplicar la vigente doctrina sobre resolución del conflicto, dando prioridad a la respuesta penal.

Pero obsérvese que el art. 56 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales, establece que la sanción por infracciones graves será una multa cuyo importe mínimo es de 150.000 euros. Por su parte, el art. 302 determina que, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica (por delito de blanqueo doloso), se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. En la medida en que la cuota diaria, en el caso de las multas imponibles a las perso-

nas jurídicas, tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros, es teóricamente posible que la pena solicitada y eventualmente impuesta sea muy inferior ($30 \times 24 \times 30 = 21.600$ €) a la mínima prevista por la norma administrativa (recordemos, 150.000 €), lo que podría llevar al absurdo de que a la persona jurídica le interese declarar la ineficacia de su propio programa de prevención de delitos para poder ser castigada penalmente, evitando con ello la sanción administrativa.

ii) En segundo lugar, cabe advertir acerca de la existencia, en la regulación de la Ley de 2010, de un específico modelo de compliance penal o programa de prevención que deben instaurar los sujetos obligados. Su previsión legal determina que las obligaciones que lo conforman queden integradas dentro de los deberes de control, a los que se refiere el apartado b) del art. 31 bis 1. Así, los arts. 26 a 33 regulan lo que se rubrica como “Del control interno”. El primero de dichos artículos dispone en su primer apartado que los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, aprobarán por escrito y aplicarán políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Dichas políticas y procedimientos serán comunicados a las sucursales y filiales con participación mayoritaria situadas en terceros países. Por su parte, el apartado 2, determina que los sujetos obligados designarán como representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión, que será responsable del cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en la presente Ley, para lo que tendrá acceso sin limitación alguna a cualquier información obrante en el sujeto obligado. También se dispone que los sujetos obligados constituirán un órgano adecuado de control interno responsable de la aplicación de las políticas y procedimientos citados. En el tercer apartado se establece que los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, deberán aprobar un manual adecuado de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que se mantendrá actualizado, con información completa sobre las medidas de control interno a que se refieren los apartados anteriores¹⁸.

A su vez, el incumplimiento de una parte de las obligaciones de conformación del programa preventivo, como parte de las obligaciones de control,

¹⁸ Otros preceptos regulan aspectos como la formación de empleados (art. 29: Los sujetos obligados adoptarán las medidas oportunas para que sus empleados tengan conocimiento de las exigencias derivadas de esta Ley) o la protección e idoneidad de empleados, directivos y agentes (art. 30: 1. Los sujetos obligados adoptarán las medidas adecuadas para mantener la confidencialidad sobre la identidad de los empleados, directivos o agentes que hayan realizado una comunicación a los órganos de control interno), etc.

puede dar lugar a la presencia de infracciones graves¹⁹, con lo que nuevamente estarán presentes los elementos (junto con los restantes del hecho de conexión) para determinar la responsabilidad derivada de lo previsto en el apartado b) del art. 31 bis 1.

¹⁹ Artículo 52. Infracciones graves. 1. Constituirán infracciones graves las siguientes: (...) m) El incumplimiento de la obligación de aprobar por escrito y aplicar políticas y procedimientos adecuados de control interno, en los términos del artículo 26.1, incluida la aprobación por escrito y aplicación de una política expresa de admisión de clientes. n) El incumplimiento de la obligación de comunicar al Servicio Ejecutivo de la Comisión la propuesta de nombramiento del representante del sujeto obligado, o la negativa a atender los reparos u observaciones formulados, en los términos del artículo 26.2. ñ) El incumplimiento de la obligación de establecer órganos adecuados de control interno, con inclusión, en su caso, de las unidades técnicas, que operen en los términos previstos en el artículo 26.2. o) El incumplimiento de la obligación de dotar al representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión y al órgano de control interno de los recursos materiales, humanos y técnicos necesarios para el ejercicio de sus funciones. p) El incumplimiento de la obligación de aprobar y mantener a disposición del Servicio Ejecutivo de la Comisión un manual adecuado y actualizado de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en los términos del artículo 26.3. q) El incumplimiento de la obligación de examen externo, en los términos del artículo 28. r) El incumplimiento de la obligación de formación de empleados, en los términos del artículo 29. s) El incumplimiento de la obligación de adoptar por parte del sujeto obligado las medidas adecuadas para mantener la confidencialidad sobre la identidad de los empleados, directivos o agentes que hayan realizado una comunicación a los órganos de control interno, en los términos del artículo 30.1. t) El incumplimiento de la obligación de aplicar respecto de las sucursales y filiales con participación mayoritaria situadas en terceros países las medidas previstas en el artículo 31.