

La desobjetivización de la responsabilidad civil *ex delicto*: los programas de cumplimiento

Sumario

-
La tesis que el presente trabajo mantiene es: como quiera que los programas de cumplimiento sirven para lo más —la exoneración penal de la sociedad mercantil— y sirven porque mantienen a la sociedad fuera del riesgo jurídicamente desaprobado, deben servir para lo menos —la exoneración de la sociedad frente a una acusación como responsable civil subsidiaria—, puesto que un resultado dañoso que no es imputable objetivamente, ni lo es para el Derecho penal, ni tampoco lo puede ser para el Derecho Civil. El presente estudio presenta casi una decena de buenas razones para justificar que los programas de cumplimiento deben tener efectos exonerantes también en el ámbito de la responsabilidad civil ex delicto; es lo único consecuente con el propio sistema creado por el Legislador penal en el art. 31 bis del Código Penal.

Abstract

-
The thesis that we support through this work is as follows: since compliance programs serve for the highest purpose — the criminal exoneration for legal entities —, as they keep companies out of the legally disapproved risk, they must also serve for the lowest one — the exoneration of companies of the subsidiary civil liability —. Since a harmful result that is not objectively imputable, it can't be neither for criminal law, nor Civil Law. This study shows almost a dozen good reasons to justify that compliance programs should have exonerating effects also in the field of civil liability ex delicto; it is the only option consistent with the system created by the Legislator in article 31 bis of the Criminal Code.

Abstract

-
Die in dem vorliegenden Beitrag vertretene These lautet, wie folgt: Da Compliance-Programme dem höchsten Zweck – nämlich: der Entlastung der juristischen Person von strafrechtlicher Verantwortung – dadurch dienen, das sie die juristische Person aus dem unerlaubten Risiko heraushalten, müssen sie auch dem niedrigsten Zweck – nämlich: der Entlastung der juristischen Person von der subsidiären zivilrechtlichen Haftung – dienen. Denn ein schädlicher Erfolg, der sich objektiv nicht zurechnen lässt, darf weder straf- noch privatrechtlich zugerechnet werden. Die vorliegende Arbeit führt ein Dutzend guter Gründe aus, zu rechtfertigen, dass Compliance-Programme auch im Bereich der zivilrechtlichen Haftung ex delicto entlastend wirken sollten. Diese Schlussfolgerung ist die einzige Auslegung, die mit dem von dem Gesetzgeber in Artikel 31 bis spanisches StGB geschaffenen System konsequent ist.

Title: *The deobjectivisation of civil liability ex delicto: compliance programmes*

Titel: *Die Entobjektivierung der zivilrechtlichen Verantwortung ex delicto: Compliance Program*

-
Palabras clave: art. 31 bis CP, responsabilidad penal de las personas jurídicas, responsabilidad civil ex delicto, programas de cumplimiento, su extensión, su efectividad.

Keywords: *art. 31 bis CP, criminal liability of legal persons, civil liability ex delicto, compliance programs, their extension, their effectiveness.*

Stichwörter: *Art. 31 bis CP, strafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen, zivilrechtliche Haftung ex delicto, Compliance-Programme, ihre Tatgweite, ihre Wirksamkeit.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.04

-

3.2022

Recepción
21/02/2022

-

Aceptación
06/05/2022

-

Índice

-

1. La responsabilidad civil ex delicto: automatismo como pretendida tendencia

2. Los casos y la radicalidad de algunas sentencias

3. Ocho razones para un cambio

3.1. Primera razón: la obligada armonización con la jurisdicción civil

3.2. Segunda razón: si la cuestión civil debiese seguir reglas penales, es claro que un programa de cumplimiento exonera de la responsabilidad civil

3.3. Tercera razón: la jurisprudencia penal ha apuntado, aunque tímidamente, la solución exonerante civil de los programas de cumplimiento

3.4. Cuarta razón: en verdad, simplemente hay que respetar el tenor literal del núm. 3.º del art. 120 CP, y realizar una interpretación sistemática del núm. 4.º

3.5. Quinta razón: ¿y si el programa de cumplimiento es evidente que exonera? ¿Condenamos no obstante?

3.6. Sexta razón: un programa de cumplimiento que no exonerase civilmente, desincentivaría su instauración, justo lo contrario de lo pretendido por el legislador y la jurisprudencia

3.7. Séptima razón: si el supuesto fundamento para la objetivación de la responsabilidad civil es una razón de Estado —social (y democrático) de Derecho—, que pague el Estado

3.8. Octava y última razón: ¿realmente, no estamos ante sanciones?

4. Resumen de conclusiones

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. La responsabilidad civil *ex delicto*: automatismo como pretendida tendencia

I. El *problema* es de sobra conocido: ante el delito de un empleado o directivo, en demasiadas ocasiones se pretende, de forma absolutamente automática, que la sociedad mercantil sea responsable civil subsidiaria. El *problema*, en cursivas, porque hemos de decir que de ello hace cuestión quien quiera ver que es un problema —para el derecho de defensa o para la tutela judicial efectiva—, ya que sin duda otros muchos considerarán —creemos que erróneamente— que está bien que la sociedad pague, directamente. Al fin y al cabo, para eso es la responsable civil subsidiaria, se dirá.

¿Para eso es la responsable civil subsidiaria?, ¿no la *presunta* o *pretendida* responsable civil?, ¿no la *acusada de* responsabilidad civil subsidiaria? Y es que, en este tema, mal síntoma, hasta la terminología es de despótica anticipación. Pese a que a nadie se le ocurriría hablar del “condenado” antes de que recayese sentencia en tal sentido, para la parte civil del proceso la cosa pinta bien distinta: parece que no habría que estarse con esos remilgos; por favor, al fin y al cabo, alguien tiene que pagar... Y por ello se habla de *la sociedad responsable civil subsidiaria*, sin peros, como con prisas por llegar a la condena: ese es el uso forense plenamente asentado; en resoluciones y escritos —«*dese traslado a la responsable civil subsidiaria para calificación*»—, en estrados —«*tiene la palabra la defensa de la responsable civil subsidiaria*»—, y hasta antes de ellos, en el pasillo, cuando el agente judicial llama a las distintas partes al juicio —«¿*el responsable civil subsidiario, está?*»—, etc. Insistimos: ¿sería imaginable que el agente saliera y a voz en grito inquiriera si puede pasar “*el condenado*”?

Y es que como alguien —la sociedad mercantil de que se trate— tiene que pagar —así parece, erróneamente—, todo lo que conduzca al pago, es tendencia y se pretende correcto. En la práctica, y más allá de lo terminológico, hay incluso posiciones muy consolidadas que impiden a la defensa *de la responsable civil subsidiaria*, que cuestione el *factum* que supuestamente daría lugar, de haberse producido, a su responsabilidad: es decir, el abogado de la demandada —la acusada como responsable civil subsidiaria— no podría cuestionar que fue delito el comportamiento del empleado, por ejemplo, pues para ello ya está, se dice, la propia defensa del trabajador¹. En pocas palabras: la defensa de la responsable civil subsidiaria que se dedique a lo suyo, —*sit venia verbo*— a esperar la condena.

Un último botón de muestra de este tipo de situaciones, son aquellos casos en los que haga lo que haga la sociedad, mal. Toda vez que, como acabamos de decir que suele hacerse, se nos dice que la sociedad no podría entrar a defender que el hecho imputado a su empleado no aconteció como pretenden las acusaciones, hay veces que, entonces, se procura al empleado una correcta defensa; *ergo*: se le paga la defensa, a condición de que el empleado esté de acuerdo en una coordinación con la empresa, *responsable civil subsidiaria*. Si no se hace así, se corre el riesgo de

¹ En efecto, sin perjuicio de que la jurisprudencia en este sentido carece de unanimidad, siendo unas posiciones más restrictivas que otras, podemos encontrar muchas sentencias que constriñen extremadamente la defensa del responsable civil subsidiario en el proceso penal: «Es doctrina de esta Sala que el responsable civil subsidiario tiene delimitada su actuación, dentro del proceso penal, al área puramente indemnizatoria sin que le sea posible alegar en su defensa cuestiones de descargo penales (...)» (STS 1458/2001, Penal, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2001:5992); más recientemente, también, STS 81/2019, Penal, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:412). Véase, además, en este sentido, STC 48/2001, de 26 de febrero (BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2001), que reconoció la legitimidad constitucional de la limitación de las posibilidades de actuación en el proceso penal del condenado como responsable civil subsidiario.

que el empleado llegue a una conformidad con independencia de la realidad acontecida, conformidad en la que inculpará a la sociedad de la que dependía: resumido, «*te pido poca pena privativa de libertad, a cambio de que logres con tu declaración que la sociedad pague*». Y, la sociedad paga, por supuesto, pues el peor escenario para el llamado como responsable civil subsidiario es aquél en el que los acusados —criminalmente responsables— se conforman con la pena y con el importe indemnizatorio². Pero el caso es que, cuando para evitar estos escenarios, como decimos, se coordina la defensa del empleado y de la sociedad, se acaba diciendo por las acusaciones que esa sería la mejor prueba de que, en efecto, la sociedad debe pagar, pues tal coordinación sería expresiva de una irregular connivencia con el delito. Si no hay coordinación (*ergo*: posible conformidad), paga; si la hay (*ergo*: irregular connivencia), también. Como decimos, haga lo que haga, mal.

II. Seguro que el panorama no es tan terrible como, mediante la retórica de la hipérbole, hemos querido hacer ver en las anteriores líneas. Pero casi... Y en todo caso el lector penalista reconocerá con nosotros que al menos en parte tiene razón nuestro planteamiento. Es sabido, así, que las peticiones de responsabilidad civil suelen hacerse en el proceso penal sin introducir argumento o explicación alguna a tal propósito. «*La entidad X., S.A., conforme al art. 120 CP responderá subsidiariamente de las cantidades exigidas en este concepto al encausado José (...) por el delito B*», puede leerse en cualquier escrito de acusación al uso. El ejemplo es real: ni el párrafo concreto del art. 120 era citado. No suele fundamentarse más.

Y habrá que reconocer, igualmente, que hay muchos partidarios de la responsabilidad civil subsidiaria automática o cuasi automática, maquinal, burocrática, casi hasta a modo del que estampa un sello de caucho en un documento sentencia: “*responsable civil subsidiario*”. Son legión. Por comodidad, por inercia, sobre todo por una, a nuestro juicio, mal entendida justicia material indemnizatoria, o por un convencimiento que nunca hemos llegado a entender y que los partidarios apenas explicitan: cuando uno busca la justificación, descubre que unas sentencias remiten a otras —«*como ya tiene dicho la jurisprudencia de esta Sala...*»—, esas otras a otras y así *ad infinitum*; una suerte de anclaje inamovible en el pasado, como si la verdadera y única justificación fuese realmente que la jurisprudencia dice haberlo hecho así siempre.

III. Pero lo cierto es que últimamente la situación se les ha complicado bastante a los —*sit venia verbo*— autómatas de la responsabilidad civil subsidiaria. Guste o no, un extraordinario acontecimiento ha venido a cambiar las cosas, y podrán hacer el don Tancredo y quedarse como que no ha pasado nada, pero sí ha pasado, y mucho: la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por un lado, a la par que la exoneración —por el otro— de las sociedades cuando no sobrepasan el umbral del riesgo permitido gracias a un efectivo programa de cumplimiento.

Y así, la tesis que a continuación mantendremos, y que nos permitimos adelantar para mayor claridad, es: como quiera que los programas de cumplimiento sirven para lo más —la exoneración

² Por todas, véase SSTS, 898/2003, Penal, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2003:4317) y 268/2020, Penal, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1334), muy ilustrativas sobre cómo las sentencias de conformidad pueden llegar a vincular al responsable civil: «(...) si los condenados penales no pueden recurrir su condena en cuanto ésta se ha dictado dentro de los límites acordados por las partes y con el cumplimiento de los requisitos procesales exigidos al efecto (sentencia de conformidad), menos aún pueden hacerlo los condenados que lo fueron sólo por su responsabilidad civil. Ellos carecen de legitimación procesal para impugnar los pronunciamientos estrictamente penales, tema ya fijado en este caso particular por lo convenido por las partes directamente ligadas al problema, las acusaciones pública y privada y los acusados penales, y aceptado en la sentencia».

penal de la sociedad mercantil— y sirven porque mantienen a la sociedad fuera del riesgo jurídicamente desaprobado, deben servir para lo menos —la exoneración de la sociedad frente a una acusación como responsable civil subsidiaria—, cuando el programa de cumplimiento cubra también dichos riesgos civiles; ¡faltaría!: la teoría de la imputación objetiva nació precisamente en el ámbito de la imputación civil, mucho antes de que tuviera acogida en el Derecho Penal y fuera elevada a cotas de extraordinaria finura jurídica por ROXIN y JAKOBS, entre otros. En realidad, aunque no sea esta la forma habitual de operar, lo cierto es que las bases sobre las que se asienta la pretensión de responsabilidad civil —teoría del riesgo, *culpa in eligendo* e *in vigilando*—, así lo demandan. Lo veremos en las próximas páginas.

2. Los casos y la radicalidad de algunas sentencias

I. Hasta ahora hemos hablado de responsabilidad civil subsidiaria, pero las situaciones de automatismo también pueden producirse respecto de las pretensiones de responsabilidad civil directa de las sociedades. Por eso hemos querido referir el título del presente trabajo a la “*responsabilidad civil ex delicto*” y no simplemente a la “*responsabilidad civil subsidiaria*”. Lo que sucede es que las arritmias que se viene produciendo son más más llamativas aún si cabe en el ámbito de la subsidiaria.

Así, cuando hablamos de responsabilidad civil llamada *ex delicto* de una sociedad mercantil³, concepto más amplio que el de responsabilidad civil subsidiaria, podemos distinguir dos tipos:

(i) La responsabilidad civil directa y solidaria, esto es, por hechos propios, conforme a la cual la persona jurídica responderá civilmente en los términos establecidos en el art. 110 del Código Penal, y en su caso de forma solidaria con las personas físicas que fuesen condenadas por los mismos hechos —de conformidad con el art. 116.3 del Código Penal—.

(ii) Y la responsabilidad civil que venimos mencionando, indirecta y subsidiaria, de la sociedad mercantil por hechos de terceros, en lo que aquí interesa los arts. 120.2.º a 5.º del CP. Y en especial las previsiones de los números 3.º y 4.º, por delitos cometidos en locales o establecimientos de la empresa, o por ser los autores empleados de la misma. A estos casos suele referirse la jurisprudencia que citaremos seguidamente, sin perjuicio de que, *mutatis mutandis*, también la doctrina que establezcamos deberá ser aplicada a toda clase de responsabilidad civil denominada *ex delicto*.

En este segundo caso de responsabilidad indirecta y subsidiaria, la influencia de un programa de cumplimiento de prevención penal debiera ser decisiva: si el sistema de prevención reúne los requisitos eximentes de tipicidad (*recte*: de atipicidad) que expone el Código Penal en el art. 31 *bis ss.*, habrá que concluir —como ya hemos apuntado— que la sociedad no habrá sobrepasado los límites del riesgo permitido —ni responsabilidad penal, ni civil para la mercantil—, pese a que haya podido producirse un “hecho de referencia”, es decir, pese a que un empleado haya cometido delito. Si, particularmente, el programa de cumplimiento de prevención contemplaba también riesgos de responsabilidad civil, y salía al paso de ellos, parece que el proceso penal en

³ Vamos a mantener esta terminología, al uso, únicamente para entendernos y con fines didácticos. Pero tiene toda la razón, entre otros, PANTALEÓN PRIETO, «¿Es la responsabilidad civil *ex delicto* imprescriptible?», *Almacén de Derecho*, 2021 (disponible en: <https://almacenederecho.org/es-la-responsabilidad-civil-ex-delicto-imprescriptible>), cuando señala que no hay propiamente una responsabilidad civil *ex delicto*, distinta de la genérica responsabilidad civil por daños.

su parte civil debe tomar razón de ello decididamente.

II. La práctica, empero y lamentablemente, está empezando a ir, también para estos casos, por otros derroteros: cuando el juez instructor imputa a la persona jurídica *ex art. 31 bis* del Código Penal, y la defensa logra demostrar que no había méritos para tal imputación, la causa es archivada para la persona jurídica como investigada, pero suele decirse expresamente que se mantiene la personación de la sociedad como responsable civil subsidiaria: «*Parte dispositiva: decretar el sobreseimiento provisional respecto de la mercantil M. S.A., que pasará a la situación procesal de responsable civil subsidiario*»⁴. Con el automatismo de siempre, vaya.

De esta manera, en la actualidad la responsabilidad civil corporativa es aplicada de forma indistinta con independencia del caso concreto: (a) tanto en los casos de delitos no susceptibles de responsabilidad penal de las personas jurídicas (*numerus clausus*), (b) como en los supuestos de delitos de los que pueda ser responsable una mercantil, pero que en el caso concreto no la conlleven por no estar probado un incumplimiento normativo. En cualquier caso, puede acabar derivándose la sempiterna responsabilidad civil subsidiaria⁵.

En realidad, los dos casos que acaban de ser descritos, (a) y (b), son uno, son idénticos: de una sociedad que no responde penalmente pero se le quiere hacer responder civilmente; lo que sucede es que el segundo de los supuestos que acabamos de citar pone de manifiesto de forma más gráfica si cabe, la arritmia que produce que una persona jurídica salve su responsabilidad penal porque tenía un adecuado programa de cumplimiento, y, empero, el mismo programa nada evite para un supuesto ilícito de menor *quantum*: el civil.

Imaginemos una empresa farmacéutica que es acusada de un supuesto delito de despacho ilícito de medicamentos, que puede conllevar responsabilidad penal corporativa. Aquí podría ser indiferente, según venimos diciendo, a efectos civiles y dado el automatismo con el que se aborda la cuestión, que la compañía dedique millones de euros a su modelo de cumplimiento—asesorado por los mejores expertos, certificado por los más altos estándares—, y si está o no ajustado a las exigencias del art. 31 bis, dentro del riesgo permitido. Con independencia de dicha cultura de cumplimiento de la compañía, nos encontraríamos con una perversa situación en la que la sociedad terminaría respondiendo civilmente, exactamente igual que si no hubiera tenido cultura de cumplimiento alguna. Ya saben... el sello de caucho “*responsable civil subsidiaria*”. Los lesionados deben ser indemnizados. Poco le importará de hecho, la posibilidad de eludir la multa penal, pues sólo la civil puede alcanzar igualmente cuantías millonarias y llevar a la empresa a la ruina.

De este modo, ante esta clase de situaciones: ¿qué motivación puede llegar a tener una organización para establecer y mantener—con los recursos y costes económicos que ello supone— un modelo de *compliance*, incluso tan amplio que comprenda riesgos de responsabilidad civil?, ¿qué sentido tiene, valorarán sus directivos, administradores y accionistas, si llegado el caso va a ser igualmente considerada tan responsable como aquella otra organización que no ha tenido el más mínimo cuidado por el cumplimiento normativo?: ¿merece la pena eludir la

⁴ Así, por ejemplo, tomamos la cita del Auto de 9 de junio de 2017 del Juzgado de Instrucción n.º 31 de Madrid (Diligencias Previas 2310/2015).

⁵ En este sentido, véase Circular FGE 1/2016: «Naturalmente, cuando la infracción del deber de control no se haya producido o haya sido leve siempre cabe en sede penal la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica, de conformidad con el art. 120. 4.º CP».

responsabilidad penal, si la civil, que puede ser incluso económicamente superior, se pretende automática?

III. Para eliminar este contrasentido, tanto la responsabilidad directa, como la indirecta, debieran encontrar su fundamento en estrictos criterios de imputación objetiva, o en la existencia de una suerte de culpa o negligencia, por hablar en términos civilistas. Sería imprescindible que toda obligación de reparación lo sea sobre la base de algún tipo de relación de imputación objetiva (suele hablarse de causalidad)⁶. Pero, lamentablemente, en gran medida no es así, y hay numerosas sentencias que lo atestiguan⁷, mudas espectadoras —sin fundamentación o casi sin ella— de esta injusticia; espectadoras porque la responsabilidad no nace de ellas —como debiera—, sino de esa suerte de tradición maquinal a la que despectivamente ya hicimos alusión *supra*; por eso estamos escribiendo estas líneas.

Y si bien es cierto que en su origen, la jurisprudencia justificaba la responsabilidad civil subsidiaria de los principales por los actos delictivos de sus empleados, en una falta *in vigilando* o *in eligendo*⁸, lo que suponía cierto fundamento culposo de la misma, en las últimas décadas la evolución fue cada vez más laxa y generosa —¡con las condenas!—, y hoy ya es casi unánime la tesis de que el fundamento del nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria se encuentra en la teoría de la *creación del riesgo*⁹: quien se beneficia de las actividades (de otras personas), que de alguna manera puedan provocar daños a terceros —dice el Tribunal Supremo, frente a lo que el empresario argumentará, con razón, que él lo único que hace es arriesgar su patrimonio—, también debe soportar las consecuencias negativas por ese supuesto riesgo creado. Tanto se ha ensanchado el ámbito de aplicación, que la jurisprudencia ha llegado a declarar que concurrían los requisitos de tal teoría incluso aunque la actividad desarrollada por el infractor no le reportaba ningún beneficio al principal: «(...) bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentra tal actividad sujeta de algún modo a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma...»¹⁰.

Y en efecto, aunque no es necesario hacer aquí un recorrido total sobre dicha doctrina jurisprudencial —por ser de sobra conocida—, sí conviene al menos a título de ejemplo citar algunas de las últimas sentencias, sea al menos para refrescar que los tribunales siguen, sin ocultarlo, conformándose con meros criterios cuasi objetivos, vale decir: con el citado automatismo.

⁶ Entendiendo la causa como condición *sine qua non* del daño, es decir, como un requisito que, de haber faltado, el resultado dañoso no se hubiera producido. Véase DÍEZ PICAZO, *Derecho de daños*, 1999, p. 334. También SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE, «Causalidad y responsabilidad», *InDret*, (1), 2006, pp. 1 ss.

⁷ También la doctrina apunta en no pocas ocasiones en esta línea. Véase, *v.gr.*, ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, 2020, p. 276, quienes distinguen abiertamente dos grupos de responsabilidad civil subsidiaria: a) los que de algún modo han tenido culpa o negligencia (padres o tutores, o empresarios respecto a sus empleados); y b) un segundo grupo fundado en una actuación que ha incrementado el riesgo (empresas entre otras). En parecido sentido se pronuncian ORTIZ NAVARRO/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ/QUINTANAR DÍEZ (dir.), *Elementos de Derecho Penal. Parte General*, 2020, p. 278.

⁸ Véase, *ad exemplum*, STS de 6 de abril de 1990.

⁹ En definitiva, esta teoría de la creación del riesgo no es sino una adaptación del viejo principio romano “*qui sentit commodum, debet sentire incommodum*” o bien “*ubi commodum, ibi incommodum*”. Es decir, la situación en la que uno encuentra una ventaja, justifica también que deba de hacer frente a los perjuicios que se derivan de aquélla (también STS, 237/2010, Penal, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1554)).

¹⁰ Por todas, SSTS, 865/2015, Penal, de 14 de enero (ECLI:ES:TS:2016:11) —Caso «Buque Prestige»—, 822/2005, Penal, de 23 de junio (ECLI:ES:TS:2005:4149), o 1491/2000, Penal, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:6999).

IV. Así, podemos resumir con las mismas palabras de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que «se ha seguido una línea de **progresiva objetivación**, en el sentido de entender que quien obtiene un beneficio (no necesariamente empresarial en términos convencionales) deberá asumir de forma subsidiaria la responsabilidad económica que corresponda, cuando no lo haga el autor»¹¹.

Si bien este tipo de resoluciones son incontables, recordemos igualmente la STS, Sala 2ª, 413/2015, de 30 de junio, paladino ejemplo de lo que venimos diciendo: «La perspectiva de la responsabilidad objetiva, en cambio, se dice que es panorámica, en cuanto que no mira al suceso concreto y lo que pudo hacerse para evitarlo, y extiende temporal, objetiva y subjetivamente el foco, viniendo a examinar si el responsable no era quien estaba en mejores condiciones para, modificando alguna decisión organizativa, disminuir o aumentar de forma relevante la probabilidad de daño. / Es el caso de la responsabilidad de la empresa por el hecho de los empleados del art 120.4 CP, siendo vicaria y de carácter objetivo, pues no admite, como hace el CC, ninguna prueba liberatoria del empresario fundada en su comportamiento diligente. La empresa atrae formas de responsabilidad objetiva, en cuanto que es capaz de influir sobre las grandes cifras del riesgo a través de múltiples decisiones de gestión de sus elementos personales y materiales, que, además, adoptará bajo los principios de optimización o máximo beneficio propios de la empresa. Además, esos mismos principios le servirán para internalizar los costes de la responsabilidad o asegurarlos sin excesiva dificultad»¹². La resolución es paradigma: “*carácter objetivo*”, responsabilidad “*vicaria*”, etc.; pero, obsérvese, nos dará la razón sin quererlo: si su responsabilidad es —como acabamos de transcribir— por ser capaz de influir sobre las grandes cifras del riesgo, si además, se deja caer §en la misma sentencia—, que ello puede estar supeditado a principios de máximo beneficio de la empresa, ¿por qué no exonerarla cuando

¹¹ STS, 1013/2011, Penal, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:6488). Y así, también esa misma Sala dice en su STS 413/2015, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2015:3177), que la responsabilidad civil del art. 120 CP sería más amplia que la de sus predecesores los arts. 20 y 21 CP, señalando en concreto respecto del n.º 3.º del art. 120 que este tipo de responsabilidad civil sería mucho más objetiva que la del n.º 4.º: «No obstante esta Sala, cumpliendo su función nomofiláctica, considera necesario exponer la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del art. 120.3 CP. Así, este precepto, como hemos dicho en SSTs. 229/2007 de 27.3, 768/2009 de 16.7, 370/2010 de 29.4, 357/2013 de 29.4, 60/2014 de 11.2, mucho más amplio que los arts. 21 y 22 del Código Penal de 1973, y que, para lo que aquí se resuelve, distingue entre el n.º 4.º que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus —principales— (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la “*culpa in vigilando*”, “*culpa in eligendo*”, o la “*culpa in operando*”, que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasiobjetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad, y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado 3.º del art. 120 del Código Penal».

¹² Véase también, STS, 737/2018, Penal, de 5 febrero (ECLI:ES:TS:2019:330): «que la responsabilidad que regulaba el art. 22 del anterior Código Penal —y la doctrina se mantiene vigente en la actualidad—, es una responsabilidad “*in re ipsa*” que tiene su razón de ser en el principio de derecho de quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también los daños, siendo patente la evolución del fundamento de esta responsabilidad que de estimarse en caso de *culpa in eligendo* o *in vigilando*, hoy día se estima más próxima a una responsabilidad objetiva (...) Pero sea cual sea la opinión que se tenga sobre ese tratamiento legal, lo cierto es que en nuestro ordenamiento la responsabilidad civil nacida de delito tiene un régimen especial y diferente, en puntos a veces no despreciables, del régimen general de la culpa extracontractual: arts. 1092 y 1093 del Código Civil. Hay que estar a lo dispuesto en el Código Penal. Y en el Código Penal el art. 114 es un precepto inescindible. La responsabilidad civil subsidiaria [en referencia en este caso al art. 120.4] es estrictamente vicaria de la responsabilidad civil del responsable penal. Es un espejo de ella. El responsable civil subsidiario responde de lo mismo que el responsable penal, aunque solo en defecto de éste. No caben diferenciaciones en el alcance de sus respectivas responsabilidades civiles en virtud de factores como éste (la culpa de la víctima no tendría relevancia en relación a la conducta dolosa, pero sí repartiría el daño en relación al tercero cuando hay culpas concurrentes). Y no se exige constatar en concreto la presencia de culpa de ese tercero civil responsable».

la “decisión” de la empresa fue sacrificar recursos, tiempo y esfuerzo para guiarse por un buen programa de cumplimiento normativo? Veremos la respuesta más adelante.

V.- En suma, existe una consolidada doctrina jurisprudencial, mayoritaria, que afirma sin tapujos, que la responsabilidad civil subsidiaria es cuando menos cuasi-objetiva, que está en progresiva objetivación, y otras piezas semánticas más o menos eufemísticas que ni tan siquiera tratan de ocultar que, sea como fuere, el acusado como responsable civil subsidiario no goza de la misma amplitud del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la defensa que el resto de las partes del mismo proceso. Siendo francos, el autodenominado “ponderado objetivismo”, es, en demasiadas ocasiones, la responsabilidad puramente objetiva, disfrazada eso sí, porque parece dar pudor decir lo contrario abiertamente en un Estado que pretenda llamarse de Derecho. Y, por cierto, ni siquiera, aunque fuese cuasi-objetiva (sea lo que se quiera denominar así para diferenciarla de la objetiva) nos convence.

3. Ocho razones para un cambio

I. Con ocasión de una interesantísima jornada en el foro de debate jurídico FIDE, ya tuvimos ocasión de plantear cómo la existencia de un programa de cumplimiento penal debe venir a solventar el tórpido curso evolutivo de la responsabilidad civil *ex delicto*, en el sentido de ser capaz, no solo de excluir —por atipicidad— la responsabilidad penal, sino también de exonerar a la persona jurídica sea una eventual responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 CP.

Si atendiésemos exclusivamente al ámbito penal, y a aquellos debates que originalmente comenzaron a surgir a partir de la reforma del año 2010 en torno a si estábamos o no ante una cuestión de tipicidad, lo cierto que es poco a poco las dudas van quedando despejadas. Entre las sentencias del Tribunal Supremo, la que resulta más ilustrativa, la primera de todas de fecha 29 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:613), aboga por entender, en la misma línea previamente apuntada por parte de la doctrina científica¹³, que la persona jurídica deberá responder por su hecho propio¹⁴, y que los modelos de cumplimiento y formas concretas de vigilancia y control entrarían dentro de las cuestiones del tipo objetivo. Dicha doctrina ya está siendo aplicada, siendo habitual encontrar autos de jueces de instrucción acordando la investigación de personas

¹³ Sin ánimo de exhaustividad, véase BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2010, pp. 210 ss. También el Informe de CGPJ de 2009, sobre el anteproyecto de Reforma del Código Penal, que se postula a favor de un modelo de autorresponsabilidad sustentado en el defecto de control u organización. En parecido sentido, BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, 2011, p. 100, que criticaba la reforma del año 2010 por entender que, a la vista de la confusión a que daba lugar la primera redacción del art. 31 bis, hubiera sido deseable llevar a cabo las oportunas correcciones en trámite parlamentario a fin de optar claramente por el modelo de culpabilidad en la organización; véase también GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos de la responsabilidad de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2015, pp. 92 ss.

¹⁴ En este sentido, entiende el Alto Tribunal que la investigación respecto de la persona jurídica, cuando hablamos de delitos corporativos, «habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad de la empresa». Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora», *La Ley*, (8724), 2016, pp. 1 ss. También, del mismo autor, «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, (8830), 2016, pp. 1 ss.

jurídicas sobre este mismo presupuesto¹⁵. En pocas palabras, estamos ante una cuestión de tipicidad¹⁶.

Superado dicho debate, toca analizar si es posible extrapolar lo anterior al ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, en particular en supuestos en los que el programa de cumplimiento incluya entre sus medidas y riesgos el ámbito civil. En este sentido, el Tribunal Supremo, Sala 2^a, ha abordado tangencialmente la cuestión y lo ha hecho con las cautelas lógicas de Alto Tribunal, de momento, pero la evolución consecuente entendemos que deberá ser, sin duda, que los programas de cumplimiento tengan plena incidencia exonerante en el sistema de responsabilidad civil *ex delicto*. Así, la STS, 737/2018, Penal, de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:330), mostró escepticismo y resolvía *obiter dictum*, pero desde luego dejó abierta la cuestión al introducir un significativo “*en principio*”: «A partir de la introducción de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, esos Corporate Compliance, en la terminología anglosajona, pueden operar como causas exoneradoras de la responsabilidad penal de la persona jurídica; pero no pueden afectar en principio ni a las responsabilidades civiles; ni menos aún a la responsabilidad penal de las personas físicas responsables de delitos dolosos cometidos en el seno de una empresa»¹⁷.

Al menos por las siguientes ocho razones, debiera producirse este cambio que proponemos:

3.1. Primera razón: la obligada armonización con la jurisdicción civil

I. El primer argumento a favor del cambio es tomar razón, pero de verdad tomar razón, de un axioma que es tan repetido e indiscutido como, a lo que se ve, inaplicado: la responsabilidad civil *ex delicto*—directa o subsidiaria— no pierde su carácter civil por el hecho de que sea pedida dentro de un proceso penal¹⁸. Es claro que no puede haber una dualidad de regímenes legales o jurisprudenciales para una misma realidad jurídica, pues indudablemente lo es; sí, la misma. La regulación en el Código Penal de la responsabilidad civil *ex delicto* no significa un cambio de naturaleza jurídica, como suele repetirse:¹⁹ «Las normas sobre responsabilidad civil no pierden su carácter y naturaleza de normas civiles, aunque formen parte del contenido del CP (STS, Sala 2.ª, n.º 367/1997, de 19 de marzo)»²⁰.

¹⁵ En este sentido, entre otros, podemos destacar el Auto de 18 de abril de 2018, dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 2, en relación a un presunto delito de blanqueo de capitales.

¹⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas», *LH-Bajo Fernández*, 2016, pp. 629 ss.; cfr. también BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, 2011, p. 106.

¹⁷ Véase también fundamental: MAGRO SERVET, «La responsabilidad civil subsidiaria de la empresa del art. 120 CP en los casos de eficaces programas de cumplimiento normativo», *La Ley Compliance Penal*, (1), 2020, pp. 1 ss. Así como la sentencia de ponencia suya 812/2021, de 3 de marzo: «no puede confundirse en esta cuestión la imputación con la culpa, porque en este caso no es la culpa el elemento determinante de la responsabilidad, sino la imputación objetiva (...) solo cuando se trate de responsabilidad penal de personas jurídicas podría tratarse la prueba de descargo, por ejemplo de haber dispuesto de un buen programa de *compliance*, que evidencie la observancia del cumplimiento normativo en la empresa, pero en el terreno de la vía del art. 120.4 CP no son estos los parámetros que operan».

¹⁸ «La acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la LECrim. y 109-2.º CP)» (STS 758/2016, Penal, de 13 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4427)).

¹⁹ STS, 367/1997, Penal, de 19 de marzo.

²⁰ En la misma línea, el Tribunal Constitucional en otras tantas ocasiones: «A pesar de que el art. 100 LECrim. señala que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil

Una pretensión civil no puede ser distinta por ser ejercida en una jurisdicción, la civil, o en otra, la penal; todavía más: es evidente que resultaría absurdo que los órganos no especializados en el ámbito civil (los jueces y tribunales de lo penal) dieran un tratamiento distinto a la pretensión, distinto al que precisamente darían los órganos especializados (los civiles). Máxime, cuando históricamente parece que una de las principales razones —o incluso quizás la única— para el tratamiento conjunto de lo civil en el proceso penal español, una *rara avis*²¹, obedece a una motivación sin peso jurídico alguno: a que los primeros códigos penales del proceso codificador fueron ya los de temprana fecha de 1822, 1848 y 1870, es decir, anteriores al primer Código Civil que fue de 1889, de suerte que, como la materia penal codificada no tenía todavía un correlato civil al que poder remitirse, la decisión fue incluir unas breves pautas reguladoras de las cuestiones civiles en el propio Código Penal²². Y hasta hoy.

II. Así las cosas, ¿y qué dice la jurisprudencia civil de la responsabilidad civil *ex delicto*? Pues en una palabra: que no es objetiva, ni mucho menos. En realidad, más que una cuestión de objetividad, es una cuestión de carga de la prueba.

La jurisdicción civil no ha admitido una responsabilidad objetiva. En efecto, al examinar la *teoría del riesgo* como criterio de imputación de la responsabilidad civil, con ocasión de interpretar los arts. 1902 y 1903 CC, la Sala 1ª del Tribunal Supremo especifica que no cabe llegar al extremo de erigir el riesgo como único criterio de responsabilidad. El riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no puede llegar a considerarse fuente sola de la responsabilidad civil. De este modo, no es posible asumir con la radicalidad pretendida en la jurisdicción penal que el mero hecho de que una empresa haya aprovechado una determinada actividad le lleve automáticamente a responder de potenciales daños ocasionados aun cuando no quede acreditada la culpa. Así de tajante se ha pronunciado el Alto Tribunal en no pocas ocasiones, eso sí, en su Sala 1ª: «(...) el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de responsabilidad establecida en los arts. 1902 y 1903 CC, a no ser que se trate de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (...)»²³.

La jurisdicción civil sí admite, por el contrario —a diferencia de la penal—, la práctica de pruebas liberatorias del empresario siempre y cuando acrediten un comportamiento diligente: «en todo caso se precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a

para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, ello no puede llevarnos a confundir la distinta naturaleza de las acciones penal y civil que surgen del hecho punible, puesto que el hecho de que los preceptos que regulan esta última se encuentren en el CP y que la responsabilidad civil sea exigible conjuntamente con la penal en la misma vía jurisdiccional, es debido a evidentes razones de orden práctico, pero no puede enturbiar la distinción entre la sanción penal y la responsabilidad civil que puede surgir a consecuencia de un delito o falta, cuando éste provoca un daño a la víctima que deba ser reparado» (STC 33/1992, de 18 de marzo (BOE núm. 87, de 10 de abril de 1992)).

²¹ Razón, por la cual, aporta poco, por lo demás, una aproximación al Derecho comparado para analizar esta cuestión.

²² PACHECO, *El Código Penal*, t. I, 5.ª ed., 1881, p. 229: «(...) al no existir código civil, no es malo que las normas estén por lo menos en el Código Penal».

²³ STS, 144/2009, Civil, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:919). En el mismo sentido, también, SSTS, 149/2007, Civil, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1032), 52/2009, Civil, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2009:595); y 385/2011, Civil, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:4846), entre otras.

repararlo y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación del art. 1902, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (sentencias de 27 de octubre de 1990, 13 de febrero y 3 de noviembre de 1993 y 29 de mayo de 1995)»²⁴.

En efecto, conforme a la teoría del riesgo construida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, no es que la sociedad responda siempre y en todo caso, como parece haber (mal)interpretado la jurisdicción penal, sino que, o bien ha de probarse su negligencia, o bien, para actividades extraordinariamente peligrosas y en una suerte de posición de garante por injerencia, acontece una inversión de la carga de la prueba con presunción *iuris tantum* de la culpabilidad de la empresa o sujeto que creó tales riesgos, en tanto no acredite que obró con la diligencia debida para evitar o prevenir el daño. No más: una presunción:²⁵ «las tesis esenciales al respecto pueden enunciarse como sigue: «1. La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el art. 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa —demostración de que “faltaba algo por prevenir”—, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el art. 1902 CC . 2. (...). 3. El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. (...). 4. El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño —el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro— puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del art. 217 LEC. Del tenor del art. 1902 CC, en relación con el art. 217.2 LEC, se desprende que corresponde al dañado demandante la carga de la prueba de la culpa del causante del daño demandado. No

²⁴ STS, 208/2019, Civil, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2019:2103), con cita de otras como la STS, 519/2010, Civil, de 29 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4730). En parecido sentido se pronuncia la ya antes citada STS, 149/2007, Civil, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1032) (con cita de otras): «Es procedente prescindir de una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 marzo de 2006). Es un criterio de imputación del daño al que lo padece la asunción de los riesgos generales de la vida (STS 21 de octubre de 2005 y 5 de enero de 2006), de los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (SSTS de 11 de noviembre de 2005 y 2 de marzo de 2006) o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida (STS 17 de julio de 2003). En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados».

²⁵ LARA ORTIZ, «Responsabilidad civil derivada de delito, ¿base para la construcción de la responsabilidad de las personas jurídicas?», *Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, (8), 2013: «(...) los criterios de imputación basados en la culpa pueden dar lugar a una responsabilidad directa, esto es por hechos propios, o bien a una culpa indirecta, en los casos en los que el hecho lesivo lo realiza otro, pero en estos casos el responsable civil tiene obligación de control o vigilancia de la actuación de aquel».

será así, cuando «una disposición legal expresa» (art. 217.6 LEC) imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño (...)»²⁶.

Como vemos, en la jurisdicción civil la excepción es la culpa presunta; y además, cuando concurre, invirtiéndose la carga de la prueba, ello no es ni mucho menos una responsabilidad objetiva, sino una regla de juicio sobre quién debe probar que no era imputable el resultado dañoso. Nada más.

Y señala en todo caso esta jurisprudencia civil, lo acabamos de ver, que la culpa viene determinada por la omisión de la necesaria actividad para evitar el hecho delictivo que originó el daño, siendo la previsibilidad y la evitabilidad del daño presupuestos de la culpa²⁷. ¿Suena, verdad? Suena, en efecto, a los programas de cumplimiento. Es éste el único fundamento de la responsabilidad, continúa la jurisprudencia civil, pues el orden civil descarta la objetivación²⁸. Por ello, la jurisdicción civil no atribuye responsabilidad en casos de circunstancias o consecuencias imprevisibles, así como tampoco en aquellos otros que, aun siendo previsibles, fueran inevitables pese a haber empleado la diligencia debida en función de las circunstancias del caso.

Vuelve a sonar, sí, pues suena exactamente igual que el debido control exigido por el núm. 2 del art. 31 bis del Código Penal para eximir a las personas jurídicas de responsabilidad criminal. Es más, establece el Código Penal que, en casos de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. ¿Y para la responsabilidad civil ni eso?

En suma, debe abrogarse, desde esta primera perspectiva, la responsabilidad civil objetiva en la jurisdicción penal, admitiendo sin duda la prueba liberatoria del sistema de cumplimiento para las personas jurídicas. La comparativa con la jurisdicción civil²⁹, como acabamos de ver, así lo impone: más: es demoledora, en el sentido literal del término.

3.2. Segunda razón: si la cuestión civil debiese seguir reglas penales, es claro que un programa de cumplimiento exonera de la responsabilidad civil

I. Hasta la naturaleza jurídica misma de la responsabilidad civil derivada de delito es controvertida: ¿es puramente civil —como hemos mantenido en la 1.^a razón o es penal?

Entre la doctrina civilista no parece haber demasiadas dudas en cuanto a la referida naturaleza civil de este tipo de responsabilidad³⁰, y esa misma línea ha sido seguida tradicionalmente por la

²⁶ SSTS, 185/2016, Civil, de 18 marzo (ECLI:ES:TS:2016:1161), con cita de otras a lo largo de la última década: SSTS, 462/2006, Civil, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3026); 645/2007, Civil, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3410); 1070/2007, Civil, de 16 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6428); 788/2008, Civil, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2008:4832); 791/2008, Civil, de 28 de julio (ECLI:ES:TS:2008:4838); 1200/2008, Civil, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:7095); 149/2010, Civil, de 25 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1359); 385/2011, Civil, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:4846); 979/2011, Civil, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2011:9304); 816/2011, Civil, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1581); 566/2015, Civil, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4289); y 639/2015, Civil, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5414).

²⁷ Conforme a la STS, 1866/2010, Civil, de 30 de marzo (ES:TS:2010:1866).

²⁸ STS, Civil, 12 de marzo de 1999.

²⁹ LLAMAS POMBO, «La mal llamada (y peor entendida) responsabilidad civil ex delicto», *Práctica de Derecho de Daños-La Ley*, (19), 2004.

³⁰ Numerosos ejemplos: PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la sentencia de 28 de enero de 1983», *CCJC*, 1983, pp.

mayoría penalista³¹. No obstante, cierta minoría discrepa de esta tesis, entendiendo que todas las normas, incluyendo las que disciplinan la responsabilidad civil *ex delicto* establecidas en el Código Penal, deben participar de la función propia de esta otra rama del ordenamiento jurídico. De no compartir tal función y fundamento, dicen, estarían a día de hoy ubicadas en el Código Civil. Por este motivo entienden que no es recomendable su tratamiento unitario en la legislación civil, sin perjuicio de su indiscutido carácter supletorio³².

Para este sector, ello vendría avalado por el hecho de que la responsabilidad civil *ex delicto* tiene otros efectos más allá de los meramente pecuniarios propios del Derecho privado, como sucede con la apreciación de la atenuante por reparación del daño —art. 21.5.ª CP—; que su satisfacción pueda ser presupuesto necesario para la suspensión y/o sustitución de la pena privativa de libertad —arts. 80, 88 ss. CP—; o su incidencia de cara a la cancelación de los antecedentes penales —art. 136.1.1.º CP—, por citar algunos ejemplos. A partir de lo anterior, estos autores entienden que es posible considerar a esta responsabilidad como un instrumento político-criminal más a tener en cuenta por el Derecho Penal para el mejor cumplimiento de sus fines.

II. Pues bien, aun cuando aceptásemos el razonamiento que acaba de ser expuesto, si admitiésemos que los fundamentos de la responsabilidad civil pueden ser distintos en los órdenes civil y penal, mayor motivo tendremos para atacar una responsabilidad civil automática y vicaria en esta última jurisdicción.

En efecto, si ya hemos visto que resulta impropio aceptar la objetivación automática de la responsabilidad civil delictual por ser incompatible con los principios y fundamentos propios del Derecho civil, con más razón debemos rechazarla en el supuesto de admitir que aquella se ampara en fundamentos penales³³, pues precisamente lo que estamos proclamando es que la responsabilidad penal de la persona jurídica queda exonerada por sus programas de cumplimiento y, con ello, igual tratamiento, debería tener entonces la parte civil ‘con tratamiento penal’. Más: entre los principios básicos de nuestro Derecho penal, la absoluta exclusión de responsabilidades objetiva o automática, es indiscutida.

103 ss., que ya en dicho momento apelaba a la identidad de fundamento -daño ocasionado- como razón última de la naturaleza civil de la obligación resarcitoria derivada de ilícitos penales o civiles. Tal opinión la ha mantenido a lo largo del tiempo, PANTALEÓN PRIETO, «“*Perseverare diabolicum*”- (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», *JpD*, 1993, p. 6, quien criticó muy duramente el pertinaz error en que incurrió de nuevo el prelegislador al mantener la mal llamada responsabilidad civil *ex delicto* en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 1992 en contra de lo dispuesto en el borrador de 1990, calificando la iniciativa de “*desgraciada peculiaridad patria*”. En el mismo sentido, entre otros muchos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, 1995 pp. 97 ss., o YZQUIERDO TOLSADA/REGLERO CAMPOS (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 4.ª ed., 2008, pp. 1068 ss.

³¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/SERRANO-PIEDRECASAS, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., 2007, pp. 407 ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, 2000, pp. 71 ss.; MAGALDI PATERNOSTRO, «De la responsabilidad civil y su extensión. Arts. 109 a 115», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal Parte General*, 2011, pp. 870 ss. Aunque con matices, también SILVA SÁNCHEZ, «¿“*ex delicto*”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret*, (1), 2001, pp. 1 ss.

³² QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, 2002, pp. 33 ss.; QUINTERO OLIVARES, en MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, (dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, 2004, pp. 22 ss.

³³ HORTAL IBARRA, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo», *InDret*, (4), 2014, *passim*.

En suma, también desde esta perspectiva —llamémosla así— penalista de la responsabilidad civil, se impone que los programas de cumplimiento exoneren en su caso también de las responsabilidades civiles *ex delicto*.

3.3. Tercera Razón: la jurisprudencia penal ha apuntado, aunque tímidamente, la solución exonerante civil de los programas de cumplimiento

I. A pesar de lo expuesto *supra* respecto del estado de la jurisprudencia penal, es cierto que en algunos casos, bien leída, la doctrina de muchos tribunales penales no llega al punto de atreverse a retratar un cuadro de responsabilidad objetiva; en ocasiones, pues, bien parece que es alguna práctica la que, por comodidad, acaba haciendo lo que la jurisprudencia no dice.

Y así, cuando la jurisprudencia trata el art. 120.3.º del Código Penal, rechaza en muchos de los casos un objetivismo acerbo, y recuerda que debe producirse una infracción de reglamentos, lo cual una vez más recuerda, cuando no conduce directamente, a los programas de cumplimiento normativo:³⁴ «Es cierto que la responsabilidad civil de los empresarios individuales y de las personas jurídicas ha venido registrando ya desde hace un tiempo un importante proceso de objetivación (...). Sin embargo, ni siquiera la jurisdicción civil ha admitido una responsabilidad objetiva pura, sino a lo sumo cuasi-objetiva. (...) Ahora bien, aunque en el ámbito jurisdiccional civil los arts. 1902 y 1903 dan pie para implantar con cierta laxitud en algunas clases de supuestos dañosos o lesivos un elevado grado de objetivación de la responsabilidad, no puede en cambio decirse lo mismo del art. 120.3.º del C. Penal, habida cuenta que este exige que concurra para su aplicación una infracción reglamentaria con relevancia en el resultado punible»³⁵.

Y es que, aun cuando en las últimas décadas se ha venido insistiendo en la antedicha *teoría del riesgo*, muchas veces ha sido sin abandonar del todo la idea de la culpa. Y así, mientras algunas sentencias reconocen que la responsabilidad civil subsidiaria se fundamenta no sólo «en los pilares tradicionales de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando», sino también y sobre todo —aunque no exclusivamente— en la teoría del riesgo³⁶, otras reconocen incluso que ésta no significa el reconocimiento de un criterio exclusivamente objetivo de la responsabilidad, pues «cuando se alude a la teoría del riesgo o se invoca el principio cuius commoda eius damnum, no se está aludiendo a la una responsabilidad objetiva, en su auténtico sentido»³⁷. Hay ejemplos disidentes, pues, en los que la jurisprudencia penal, aun hablando de responsabilidad cuasi-objetiva, procura moderar sus tesis³⁸.

En otros casos, también del art. 120.3.º, el Alto Tribunal entiende incluso necesario verificar determinada relación de causalidad, vinculada con la existencia o inexistencia de medidas de

³⁴ Precisamente por este motivo, para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 10.ª ed., 2019, p. 594, no es automática la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el art. 120.3.º en la medida en que la jurisprudencia la fundamenta en la infracción del deber de diligencia, en la llamada *culpa in eligendo* (al elegir a los empleados) y en la *culpa in vigilando* (al supervisar su actuación). Con ello, entienden, se evita un excesivo objetivismo de la responsabilidad civil en estos casos, sobre todo porque lo que se contempla aquí son hechos punibles cometidos en el establecimiento y no por personas que en él trabajan, que se recoge en el art. 120.4.º.

³⁵ STS, 5100/2013, Penal, de 7 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5677).

³⁶ Véase STS, 525/2005, Penal, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2005:2608).

³⁷ STS, 1828/1992, Penal, de 2 de junio.

³⁸ Véase también SSTS, 778/2015, Penal, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:5266), 532/2014, Penal, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:2689), 213/2013, Penal, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:1321), entre otras.

prevención: «La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero -autor material del hecho-. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal -más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad»³⁹.

II. Por su parte, si atendemos a la jurisprudencia específica del art. 120.4.º, aun cuando aquí es más fácil encontrar sentencias que directamente insisten en una responsabilidad civil objetiva, también observamos resoluciones, no demasiado antiguas, que, de todas formas, hacen expresas referencias a la necesidad de culpa: «(...) la entidad financiera actuó pasiva y negligentemente al no controlar las actividades de su interventor lo que nunca puede dar lugar a la exclusiva responsabilidad del sujeto delictivo, sino que debe compartirse por los mecanismos de la culpa in vigilando o in eligendo, que parece, con meridiana claridad, en los hechos probados»⁴⁰.

O también, esgrimiendo argumentos plenamente alineados con los programas de cumplimiento: «Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectuación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad (...)»⁴¹. Y en el mismo sentido: «Lo relevante es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente precisamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas

³⁹ STS, 357/2013, Penal, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2598); también STS 963/2010, Penal, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:5628). Y así, en cuanto a la responsabilidad del titular de establecimientos en los que se comete el delito, la jurisprudencia de la Sala Segunda sintetiza los requisitos de aplicación (SSTS, 504/2010, Penal, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2978); 108/2010, Penal, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2010:757); 204/2006, Penal, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:957)) exigiendo: «a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta se haya cometido en un establecimiento dirigido por el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que se haya infringido un reglamento de policía o alguna disposición de la autoridad, entendidos estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate (abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros); d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cometido de modo que estos no se hubieran podido producir sin dicha infracción (nexo de causalidad, operativo, eficaz y eficiente)».

⁴⁰ Véase, por todas, STS, 413/2015, Penal, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2015:3177).

⁴¹ STS, 168/2017, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:1034).

ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando) (...)»⁴².

III. De este modo, la práctica y la teoría en torno a la responsabilidad civil *ex delicto*, resultan contradictorias en no pocas ocasiones, existiendo —como decimos— algunas resoluciones, siquiera sea minoritarias, que apuntan a la solución aquí propuesta o que al menos son plenamente compatibles con ella. Por un lado, de la mano de la teoría del riesgo, sin llegar al punto de objetivar completamente la responsabilidad; por otro, utilizando la infracción de reglamentos o recordando que hubo culpa.

En ocasiones, por tanto, bastaría con aplicar de verdad lo que la jurisprudencia dice, aunque por lo general no se haga: no es posible acudir a criterios objetivos puros a la hora de sentenciar, sino que es necesario verificar al menos ciertas dosis de culpa o negligencia —ausencia de control, por utilizar términos de cumplimiento más próximos al art. 31 *bis*—, o de conducta antireglamentaria, a la hora de determinar sobre la eventual responsabilidad civil *ex delicto*.

3.4. Cuarta razón: en verdad, simplemente hay que respetar el tenor literal del núm. 3.º del art. 120 CP, y realizar una interpretación sistemática del núm. 4.º

I. Poco pedimos: al menos que se aplique el tenor literal de los preceptos. Y así, el art. 120, *v.gr.* en su modalidad del n.º 3.º,⁴³ exige una serie de requisitos que lo único que habría que hacer es respetarlos. Veámoslo.

Empero, comoquiera que únicamente para el art. 120.1.º introduce los vocablos “culpa o negligencia”, entiende la doctrina mayoritaria —equivocadamente, en nuestra opinión—, que para el resto no es necesario verificar esos grados de culpa.⁴⁴ Así, estas posiciones tradicionalmente vienen negando la posibilidad de que el presunto responsable pueda probar que actuó con diligencia.

Pues bien, si acudimos a una *interpretación literal* de la norma, lo cierto es que, si bien los apartados 2.º a 5.º del art. 120 no hablan de culpa, tampoco establecen desde luego una responsabilidad civil objetiva. Ninguno de esos apartados determina una responsabilidad civil subsidiaria “automática como consecuencia del riesgo generado”, o “con independencia de que hubiese controles o no”, por ejemplo. La interpretación literal tampoco permite admitir que nos encontramos ante responsabilidades “pese al establecimiento de medidas de control” o “pese a la acreditación de la diligencia debida”. No podía ser de otro modo, pues ya hemos visto que ni el orden civil ni el penal admiten tal posibilidad.

II. Antes bien, una *interpretación sistemática* impide una responsabilidad objetiva en los términos pretendidos por ciertas resoluciones. Desde luego es así ya incluso desde un punto de vista *intra-*

⁴² STS, 467/2018, Penal, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:4033).

⁴³ En el mismo sentido el anterior precepto: Art. 21 CP 1973: «Son también responsables civiles, en defecto de los que sean criminalmente, los posaderos, taberneros y cualesquiera personas o empresas, por los delitos o faltas que se cometieren en los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte o la de sus dependientes haya intervenido infracción de los reglamentos generales o especiales de policía que esté relacionada con el hecho punible cometido».

⁴⁴ Véase YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, 1997, p. 181; *cfr.* BAJO FERNÁNDEZ, «Fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del art. 22 del Código penal. Importancia de su determinación (sentencia de 22 de noviembre de 1976)», *RdPu*, (72), 1978, pp. 707 ss.

sistemático, del propio art. 120: ¿qué sentido tiene que en el art. 120.1.º se exija ausencia de diligencia, pero no para la persona jurídica respecto de empleados para los casos de los arts. 120.3.º y 4.º?; ¿qué argumento jurídico podría avalar la coexistencia de tales antinomias?, ¿no es posible igualmente excluir de supuestos como el art. 120.2.º los casos en los que no se haya podido evitar que alguien aproveche el medio en cuestión para delinquir?⁴⁵

Aún más claro es desde una perspectiva *extra-sistemática*, ya fuera de las fronteras del art. 120 pero dentro del Código Penal. En efecto, carece por completo de sentido que, desde la incorporación del art. 31 bis al Código Penal, y más en concreto desde la reforma operada por la LO 1/2015, la responsabilidad penal de la persona jurídica encuentre fundamento en la ausencia de control, pero sin embargo se pretenda que tal circunstancia carezca de trascendencia para determinar la responsabilidad civil derivada de ese mismo delito, máxime si, como veremos en el siguiente epígrafe, existe toma de razón en el programa de cumplimiento incluso de riesgos civiles. El sistema se cierra, también, con el art. 31 bis, y todo lo que no sea dar buenas razones para su exclusión del debate, es pura arbitrariedad.

Una cosa es que se pretenda que la responsabilidad civil subsidiaria sea muy amplia, y otra que sea tan amplia que ni tan siquiera tuvieran que concurrir los presupuestos del art. 120 CP. El ámbito penal no puede estar libre de cualquier atadura, incluso hasta del propio precepto que la establece, de tal modo que simplemente se trata de que alguien pague, máxime si se trata de un banco o una gran empresa solvente. Por eso, tienen toda la razón las sentencias que directamente vinculan la responsabilidad civil del art. 120.3.º con el deber objetivo de cuidado de la empresa sobre el cumplimiento de los reglamentos y normativa por parte de sus empleados: «El eje central de la acción que acoge el art. 120.3 del CP es la infracción de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas. Estas personas, naturales o jurídicas, que los regentan han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las mismas»⁴⁶. Y el hecho de que el número 4.^º⁴⁷ no exija expresamente tal infracción de reglamentos, es, hoy día, irrelevante: para eso está el art. 31 bis del mismo Código, para complementar el número 4.º en interpretación sistemática: ¿Para qué, si no, existe, precisamente, la denominada interpretación sistemática en Derecho?

III. En suma, una interpretación sistemática conduce al rechazo de postulados conforme a los cuales supuestamente no sería posible considerar exonerantes los programas de cumplimiento, pues si bien ello no aparece mencionado en el art. 120. 4.^º⁴⁸, desde luego resultaría contradictorio y asistemático dejar de lado el art. 31 bis, injustificadamente.

⁴⁵ QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, 2002, pp. 711; de otra opinión, MAGALDI PATERNOSTRO, «Algunas cuestiones en torno a la llamada responsabilidad “civil ex delicto”», *AAJLC*, 2018, p. 102, quien piensa por el contrario que una radio o televisión que permite entrar en directo a cualquier persona, conoce y acepta en aras a la audiencia (pensando en los conocidos «programas basura») el riesgo de lesión de intereses jurídicos de terceros.

⁴⁶ STS, 49/2020, Penal, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:332).

⁴⁷ Ídem, el anterior precepto: Art. 22 CP 1973: «La responsabilidad subsidiaria que se establece en el art. anterior será también extensiva a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio».

⁴⁸ GUILLÉN SORIA/LAMO RUBIO/SOTO NIETO/GARCÍA VICENTE, *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, 1998, p. 225.

3.5. Quinta razón: ¿y si el programa de cumplimiento es evidente que exonera? ¿Condenamos no obstante?

I. Los programas cumplimiento pueden ser amplios. Amplísimos. Todo lo amplios que el empresario desee; el esfuerzo de prevención que la persona jurídica desee implementar está a su disposición. Cuanto más amplios mejor. Motivo éste de alegría para el legislador, y para todos los operadores jurídicos.

Y así, el programa, puede tener dos extensiones, que siempre serán bienvenidas —y que los objetivistas de la responsabilidad civil no pueden obviar—: (i) tratar de evitar delitos que ni siquiera sean punibles respecto de la persona jurídica: así, un programa de cumplimiento que trate de evitar accidentes laborales, por ejemplo, o daños a terceros —lesiones—; y (ii) un programa que intente impedir que acontezcan ilícitos incluso en los ámbitos civil o administrativo, mediante directas disposiciones (y sanciones) en sus políticas internas; de tal modo que, los programas de cumplimiento pueden estar diseñados para exonerar precisamente también la responsabilidad civil, es decir, pensados para controlar y abarcar la responsabilidad civil, de propósito.

II. Basta imaginar y no es difícil programas que contemplan —suele ser habitual— intimidad personal y familiar (protección de datos), discriminación, problemática laboral, riesgos fiscales (administrativos, no necesariamente penales), salud y bienestar, medioambiente, etc., por citar sólo algunos de ellos. En tales casos, el empresario tiende a acudir a las respectivas normas sectoriales a partir de las cuales identifica la frontera entre lo permitido y lo prohibido. En muchos casos es, de hecho, la propia regulación la que obliga a contar con modelos de cumplimiento específicos, sean o no penales, pues muchos de ellos tienen sus implicaciones civiles o administrativas: para la prevención del blanqueo de capitales, para la prevención de riesgos laborales, para el adecuado control de la información privilegiada, etc. Pero ello, insistimos, no es solo penal, y desde luego puede ser única y simplemente administrativo o civil (o laboral).

No puede ser de otro modo, además, pues la propia jurisprudencia penal suele acudir a la legislación administrativa o laboral, como forma de verificar potenciales incumplimientos con consecuencias penales⁴⁹. Es de hecho una práctica muy extendida cuando nos encontramos ante

⁴⁹ Así, podemos verlo, entre otras muchas, y por ver un ejemplo, en la SAP Murcia, Sección 2ª, de 22 de septiembre (ECLI:APMU:2015:1911), que en el marco de un accidente laboral de un trabajador que se cortó varios dedos de una mano con una máquina peladora, comenzaba su análisis: «por lo dispuesto en los arts. 4.2 d), 19.1 ET, según los cuales, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (art. 4.2 d) y el trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene y, paralelamente, el empresario está obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata, o cuando cambien de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros, (...). / En el presente caso, y sin perjuicio de las previsiones generales contenidas en el propio Estatuto de los Trabajadores (arts. 4, 5, 19) y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995 (arts. 14 - Derecho a la protección frente a los riesgos laborales -, 17 - Equipos de trabajo y medios de protección - y 29 - Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos -), que conforman el sustrato jurídico básico, las concretas normas laborales cuya infracción se imputa a efectos de integrar la norma penal en blanco, tal y como se recogen en la Sentencia de instancia, se contienen en el Real Decreto 1215/1997 de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización para los trabajadores de los equipos de trabajo, especialmente en su punto 1.8 del Anexo I, que ha sido reproducido en la sentencia de instancia. / A partir de tal normativa, de la forma en que se adquirió la máquina

las comúnmente entendidas como normas penales en blanco, para identificar esas posibles responsabilidades penales⁵⁰.

Baste pensar, por ejemplo, en el blanqueo de capitales, por ser uno de los prototipos en la práctica forense. Así, el Auto de 18 de abril de 2018 dictado por el Juzgado Central de Instrucción n.º 2 acordaba dirigir el procedimiento contra una determinada entidad financiera tanto (a) *ex art.* 31 bis al carecer la corporación supuestamente «de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa ese delito», como (b) por haber incurrido en defectos estructurales contrarios a las disposiciones de la Ley 10/2010 de PBC y FT y recomendaciones como la guía europea EBA. Y así las cosas, si tomamos como referencia este ejemplo práctico, es obvio que si la referida entidad consiguiese acreditar la inexistencia de incumplimientos graves, no sólo de los requisitos previstos en el art. 31 bis —en el sentido de contar con un programa de control eficaz—, sino también por haber dado efectivo cumplimiento, en este caso a la Ley PBC y FT, los efectos deberían extenderse más allá del ámbito penal: también al ámbito administrativo y a la responsabilidad civil.

¿O pretendería decirse, no obstante, que la responsabilidad civil, contra la que el programa previno, de todas formas, debe seguir un curso cuasi objetivo?

Esta es precisamente la línea adoptada por la futura normativa en materia de *compliance*, y que va a obligar a las compañías a reforzar sus modelos de cumplimiento. Así, entre otras, la Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (*Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence*), en su art. 22, establece que las compañías responderán civilmente en caso de incumplimiento de las obligaciones de prevención y control, o de que el daño tenga origen un fallo del modelo de cumplimiento. El hecho de que ya empiecen a ser contemplados, directamente, los efectos positivos del establecimiento de modelos de cumplimiento en el ámbito civil, necesariamente deberá ser tenido en cuenta en la jurisdicción penal a la hora de evaluar este tipo de responsabilidades civiles derivadas de delito.

(sin marca, modelo, ni manual de instrucciones); y de los propios actos del acusado previos al accidente, está claro que él mismo conocía la existencia de riesgo de corte en la máquina». Véase también, de esa misma Audiencia Provincial de Murcia, la SAP, Sección 2ª, de 28 de junio (ECLI:ES:APMU:2016:1768).

⁵⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares», *Perspectiva Penal Actual*, (1), 2012, pp. 61 ss., a la hora de determinar el riesgo permitido en el ámbito de las manipulaciones de los mercados financieros, propone recurrir al orden primario —normativa administrativa: LMV y legislación de desarrollo, así como las prácticas de mercado aceptadas por la CNMV. En parecido sentido, véase también BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, 2011, p. 101, 106 ss., que acude igualmente al régimen administrativo en relación al delito de blanqueo de capitales; o GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2015, pp. 128 ss., quien afirma que, en el momento de analizar la posible tipicidad objetiva, «lo primero que se debe analizar es si en el ámbito del delito que se imputa a la persona jurídica existen estándares estatales o de la industria que determinen qué se entiende por una organización correcta. (...) Probablemente un ejemplo paradigmático a este respecto viene dado por la normativa relativa al blanqueo de capitales, que la que se detalla concretamente qué medidas concretas de control debe tener la persona jurídica para evitar o minimizar el riesgo de comisión del precitado delito».

3.6. Sexta Razón: un programa de cumplimiento que no exonerase civilmente, desincentivaría su instauración, justo lo contrario de lo pretendido por el legislador y la jurisprudencia

I. Retornando de nuevo a la hipérbole —porque los empresarios, afortunadamente, no hacen estos cálculos—, operar en contra de lo aquí expuesto, llevaría a que traería más a cuenta al empresario ahorrar para la indemnización civil *ex delicto*, que gastar el dinero doblemente: en la implantación de un adecuado programa de cumplimiento y en ahorrar además para la casi segura indemnización civil *ex delicto*.

Piénsese que, en general, las empresas no delinquen, así que, desde un punto de vista, si se quiere, hasta propagandístico, es más efectivo convencerles desde lo que se podrían ahorrar en indemnizaciones civiles —esas sí, más habituales—, que en multas penales (y, por cierto también, enlazando con el anterior epígrafe, persuadirles igualmente con lo que ahorrarán frente a sanciones administrativas, que en multas penales). El penal siempre se ve muy lejano. Y es lógico.

II. Tan es así, que existen precisamente destacadas resoluciones del Tribunal Supremo, Sala 2ª, que animan a la extensión de los modelos de cumplimiento a riesgos más allá de los generadores de responsabilidad penal corporativa —modelos *ad intra*—, como forma de evitar riesgos de toda índole: «(...) la ausencia de un compliance *ad intra* en el sector empresarial provoca la existencia de estos delitos de apropiación indebida, estafa, administración desleal y falsedades, como consta en las dos sentencias de esta Sala antes citadas al no poder concebirse la obligación del art. 31 *bis* ss. CP desde el punto de vista *ad extra* tan solo, para evitar esa responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que el sector empresarial debe ser consciente de que el modelo del cumplimiento normativo lleva consigo una evitación de los tipos penales antes citados al hacer desaparecer los modelos tradicionales de confianza y relaciones personales que en el seno de una empresa degradan "el debido control" entre los órganos operativos que deben ejecutar decisiones en la empresa, tanto gerenciales, y de administración, como económicas y de pagos y cobros, porque está acreditado que la relación de los mecanismos de control en la empresa y el exceso en la confianza por las relaciones personales puede dar lugar en algunos casos a abusos que den lugar a que si la ausencia de control es prolongada, como aquí ha ocurrido, el resultado de la responsabilidad civil sea elevado. (...) / Estos tipos penales antes citados se dan con frecuencia en el sector empresarial auspiciados, precisamente, por la ausencia de mecanismos de control ajenos y extraños a los que conforman la relación entre sujetos que se aprovechan de esas relaciones personales y aquellos que les facultan y autorizan para realizar operaciones que entrañan riesgo para la empresa por la disponibilidad económica y de gestión de quienes los llevan a cabo. Precisamente, el compliance *ad intra* ajeno a esas relaciones personales y de confianza entre concedentes del poder y sus receptores evitaría, o disminuiría el riesgo de que estas situaciones se produzcan en el seno de las empresas»⁵¹.

De esta manera, si el Tribunal Supremo, con razón, propicia modelos generalistas de cumplimiento, el lógico corolario es la protección igualmente frente a la responsabilidad civil *ex delicto*. De otro modo, sus palabras serían papel mojado. Tiene razón el Tribunal Supremo en la sentencia citada —a la que podríamos añadir otras tantas como las SSTS, 316/2018, Penal, de 28 de junio (ECLI:ES:TS:2018:1768), o 365/2018, Penal, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2947)—, y ello da la razón a la doctrina aquí mantenida: si la sociedad acabase, inexorablemente, siendo considerada responsable civil con el automatismo que se pretende, ¿qué incentivo encontraría

⁵¹ STS, 192/2019, Penal, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1210).

un empresario que, de todas formas, seguiría pagando (civilmente) por los delitos cometidos por su empleados con independencia de los controles instaurados?

3.7. Séptima razón: si el supuesto fundamento para la objetivación de la responsabilidad civil es una razón de Estado —social (y democrático) de Derecho—, que pague el Estado

I. Como fundamento último para tesis objetivadoras, la jurisprudencia suele hacer referencia a las necesidades para con las víctimas que incumbirían a un Estado social y democrático de Derecho, poniéndose obviamente el énfasis en la parte “social” del mismo.

«La tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad civil subsidiaria» está informada —se dice— «por los principios propios de un Estado Social de Derecho»⁵². O en palabras de otra sentencia: «los criterios tradicionales de la culpa in eligendo o culpa in vigilando» han de ser «complementados y extendidos por la aplicación de otras pautas, que derivan (...) de los postulados de la protección de las víctimas y de la exigencia de un Estado social y democrático de derecho»⁵³. O, en fin: «es interesante comprobar cómo el postulado del art. 1902 del Código Civil -propio del liberalismo de la época en que se redacta- basado en el principio según el cual no hay responsabilidad sin culpa, ha venido a ser sustituido, en aras a la creciente exigencia de atención y protección a las víctimas de los delitos por los daños derivados de los comportamientos humanos, por el de que no ha de haber daño derivado de un riesgo previsto sin justa indemnización, más propio de un Estado Social de Derecho proclamado en el art. 1 de la Constitución»⁵⁴.

Pero tales loables esfuerzos no autorizan a todo. Y así, aunque asumiéramos que el objetivo último y prioritario es la satisfacción de las víctimas cuando el autor del delito resulta insolvente —y no así la empresa “responsable civil subsidiaria”—, también habremos de admitir, como venimos repitiendo, que es inasumible —y ahora el énfasis es en la parte del Estado democrático de Derecho— una responsabilidad objetiva plena, a la manera de un automatismo sin Derecho. Habrá que buscar alternativas, pues, que concilien las ansias del pronto pago para proteger a las víctimas, y el Derecho a que quien pague realmente lo deba. Y la alternativa es: si al final la función originaria de la objetivación es el Estado social, que pague el Estado.

II. Sin duda que una alternativa podría ser la creación de una suerte de fondos de carácter social que cubrieran los pagos, en los casos que correspondiera. En pocas palabras, un sistema que pagase a las víctimas, pese a la insolvencia del causante y para los casos en los que el supuesto responsable civil subsidiario no fuese tal. Un sistema a la manera del Fogasa y, en sentido parecido, del Frob.

Como es sabido, los fines y actuación del Fogasa están determinados en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, como Institución de Garantía de los créditos salariales, con atribuciones para el abono a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que las empresas no han podido satisfacer por encontrarse en situación legal de insolvencia o concurso.

La situación correría paralela a nuestros supuestos de hecho: también aquí existe una situación

⁵² STS, 510/2007, Penal, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3919).

⁵³ STS, 547/2002, Pena, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:2243).

⁵⁴ STS, 932/2000, Penal, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2000:4352).

crediticia y acuciante, el resarcimiento *ex delicto*, y también aquí se tiene, según la jurisprudencia “social”, un interés de pago; la solución es sencilla, aunque mucho más costosa para el Estado que la cómoda situación actual en la que pagan otros. Costosa, pero consecuente y limpia jurídicamente: sin forzar el Estado de Derecho con responsabilidades objetivas en pos de —un mal entendido— Estado social.

3.8. Octava y última razón: ¿realmente, no estamos ante sanciones?

I. Como es sabido y recuerda el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia 185/2014, de 6 de noviembre, «la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, vinculándolo con los arts. 10, 24 y 25 CE [por todas, STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11 b)] (...), ha negado que sea constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor” que determina las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (por todas, STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4)».

Como también destaca la referida Sentencia del Pleno, el núcleo del principio de culpabilidad radica precisamente en la proscripción de la responsabilidad objetiva: «Al principio de culpabilidad se anuda asimismo la proscripción de la responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva en el ámbito del *ius puniendi*, lo que, además de exigir la presencia de dolo o imprudencia, conlleva también la necesidad de determinar la autoría de la acción o de la omisión sancionable (SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 2; 103/1995, de 3 de julio, FJ 3; y 57/2010, de 10 de octubre, FJ 9; ATC 237/2012, de 11 de diciembre, FJ 3), así como el principio de la responsabilidad personal por hechos propios y no ajenos —principio de la personalidad de la pena o sanción— [SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 5; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 4]». La doctrina constitucional ha perfilado, por tanto, el contenido del principio de culpabilidad, y lo ha vinculado al derecho a la legalidad sancionadora.

Pero la anterior doctrina está igual de clara que inaplicada al ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*. Las sociedades responsables civiles subsidiarias, se diría, no se verían afectadas por tales directrices: no habría derecho penal de autor (en atención a la “personalidad” como responsables civiles subsidiarias de las sociedades), ni habría mayor problema con el objetivismo automático, y la pretendida razón de todo ello sería que no estaríamos en el ámbito del *ius puniendi*, en pocas palabras: ante una sanción.

II. Ello hace que debemos replantearnos en qué términos y con qué alcance debe extenderse el principio de culpabilidad a la responsabilidad civil *ex delicto*, particularmente en los supuestos en que tales responsables son personas jurídicas.

Y así, la condición de persona jurídica supone un componente de adicional relevancia. Y es que, el Tribunal Constitucional en su sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, puso de manifiesto que el principio de culpabilidad no impedía «que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas».

Por otro lado, la relación del principio de culpabilidad con la persona jurídica, y su proyección sobre la responsabilidad civil derivada de delito, presenta especial trascendencia constitucional dada también la novedad que ha supuesto la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de la LO 5/2010 de reforma del Código Penal.

Dudas sobre dudas, en orden a que pretendidamente la responsabilidad civil subsidiaria de una persona jurídica pueda ser de carácter objetivo, pues ello parece estar en flagrante contradicción con el principio de culpabilidad, siquiera sea con este particular para las personas jurídicas.

III. El nuevo régimen penal de las personas jurídicas demuestra a las claras que un sistema de responsabilidad civil subsidiaria objetivo es incompatible con el Derecho Fundamental a la legalidad sancionadora del art. 25 de la Constitución, en su vertiente del principio de culpabilidad. Como apuntábamos al inicio de este trabajo, resulta absurdo, asistemático, ilógico y contrario a la igualdad, que una persona jurídica —por así decir— más cercana o próxima al resultado lesivo, como sería una persona jurídica con supuesta responsabilidad penal, tenga todas las posibilidades de distanciarse de su responsabilidad penal que le brinda el art. 31 bis del Código Penal; y, por el contrario, precisamente una persona jurídica más alejada o subsidiaria respecto de ese mismo resultado lesivo, resulta que no pueda distanciarse del mismo, porque su responsabilidad sea supuestamente objetiva, cuasi objetiva, objetiva ponderada, etc., como se quiera llamar, pero en todo caso, de peor condición que la persona jurídica responsable civil directa porque lo es también incluso desde un punto de vista penal.

Dicho brevemente: una persona jurídica a la que se acusa de algo menor, subsidiario, no penal, únicamente civil, que no se le acusa de haber cometido delito, resulta que es de peor derecho que la persona jurídica a la que se acusa de haber cometido el delito, y ello pese a que la sistemática de defensa puede ser la misma: haber previsto en su programa de cumplimiento los riesgos penales y civiles, respectivamente. No queremos decir que la persona jurídica acusada de delito *ex art. 31 bis* del Código Penal deba tener menos derechos fundamentales que las personas jurídicas acusadas de responsabilidad civil subsidiaria. No queremos igualar por abajo. Queremos igualar por arriba —en garantías—, pues ello es lo único respetuoso con el Derecho Fundamental que venimos invocando: las personas jurídicas acusadas de responsabilidad civil subsidiaria deben tener al menos las mismas garantías que las acusadas de delitos, si la base de la imputación es los supuestos déficits o no en los programas de cumplimiento. Si el programa de cumplimiento normativo tiene previstos y prevenidos los riesgos civiles, no hay razón para que ello no sea así.

IV. Y estas garantías, como es sabido, son numerosas y han sido recordadas de forma clara ya desde sus primeras e incipientes sentencias por la jurisprudencia del art. 31 bis del Código Penal, sin dudar, y sin hablar, como no podía ser de otra forma, de responsabilidad penal objetiva, ni cuasi-objetiva, ni objetiva ponderada, etc., para las personas jurídicas.

Así, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en su primera sentencia sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, la tantas veces citada 154/2016, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:613), dictada por todos los miembros en Pleno de la Sala de lo Penal, ha dejado claro que las corporaciones tienen los mismos derechos y garantías que las personas físicas⁵⁵. Por ello, tras esta declaración

⁵⁵ En esta sentencia citada de 29 de febrero de 2016, se trataba de un supuesto en el que se ventilaba nada más y nada menos que la pena de disolución impuesta a una empresa, por haber sido utilizada en un tráfico de drogas: «De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un

de principios, de la totalidad de los Magistrados —la disidencia en el Voto Particular se refiere a otros extremos, no a éste—, la pregunta es obvia: ¿y por qué no habría de extenderse a la responsabilidad civil subsidiaria?, ¿qué razón supuestamente autorizaría a que ese otro título de imputación —civil subsidiario— tenga menos garantías —responsabilidad objetiva, en definitiva— que el resto de las personas jurídicas en el proceso penal (las acusadas penalmente), cuando precisamente, el título de imputación se supone que es menor o subsidiario, pero el empresario ha incluido expresamente esos riesgos civiles en su programa de cumplimiento? Piénsese, por lo demás, que el sistema de penas que se puede imponer a las personas jurídicas es variado, pero el más habitual es y será la multa, es decir, una sanción pecuniaria, igual de pecuniaria que la sanción por razón de la responsabilidad civil subsidiaria.

Es claro que las empresas deben responder penalmente si queda constatada «la comisión de un delito por parte de (una) persona física integrante de la organización», y a la vez la persona jurídica ha incumplido la «exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan o intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización»⁵⁶; ¿por qué habría de regir algo diferente para la responsabilidad civil, y, sobre todo, cómo va a regir algo diferente para la responsabilidad civil de la empresa condenada penalmente —responsable civil directa— por un lado —todas las garantías de defensa—, frente a la ausencia de garantías y oportunidades de defensa de la responsabilidad civil indirecta o subsidiaria, por otro?

V. Aquella primera sentencia y el voto particular polemizaban sobre si correspondería a la acusación probar la inexistencia en la empresa de una “*cultura de respeto por el Derecho*”, es decir, la ausencia de un programa o sistema de prevención⁵⁷. Sin embargo, la siguiente sentencia de la

proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta».

⁵⁶ «(...) la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 párr. 1.º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica».

⁵⁷ Por su parte, los Magistrados del voto particular opinan que ello quizás deba ser matizado, y que, en todo caso, tal cuestión no está todavía decidida definitivamente: la consideración de la minoría —aunque muy cualificada— de la Sala es que no debiera imponerse «a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia»; en otras palabras, el voto particular entiende que es la empresa la que debe aportar la prueba de lo que se ha venido en llamar su programa de *compliance*, mientras la mayoría apuesta porque sea la acusación la que demuestre que tal sistema de prevención no era eficaz. Y decimos que esta cuestión corre paralela a la temática que este primer Motivo de amparo está tratando, porque de forma similar al Voto particular de la sentencia de 29 de febrero de 2016, la jurisprudencia da por sentada —objetivamente— la responsabilidad civil subsidiaria, con un “*objetivismo ponderado*” se dice últimamente, y la ponderación reside precisamente en que exista prueba en contrario por parte de la defensa, en cuyo caso no habría que condenar por responsabilidad civil subsidiaria. En pocas palabras, el supuesto responsable civil subsidiario siempre lo es, a salvo de que precisamente prueba lo contrario, igual que pretendía el Voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016.

Para el voto particular el tratamiento que el tenor literal del art. 31 bis CP hace de los sistemas de control como

Sala 2ª, la 221/2016, de 16 de marzo, ya sin votos particulares, ha aclarado esta cuestión dejando constancia de que efectivamente ha de ser así, sin que puede objetivarse esta cuestión: lo mismo que venimos sosteniendo nosotros aquí en el sentido de que no puede objetivarse tampoco en modo alguno la responsabilidad civil subsidiaria de las empresas⁵⁸.

Si la sociedad mercantil alega como “eximente” tener el programa de cumplimiento —que puede ser tanto para cubrirla de responsabilidad penal o de responsabilidad civil, pues no hay ningún precepto que autorice a un tratamiento diferente—, no es cierto que la acusación deba probar un hecho negativo: deberá probar que el alegado programa —la alegada “eximente”— no ha sido eficaz, y ello con los elementos probatorios que tenga a su alcance, pues es siempre la acusación quien debe probar el delito o en su caso la responsabilidad civil directa o subsidiaria, según proceda, sin que quepan atajos probatorios como que se trata de responsabilidad civil subsidiaria cuasi-objetiva.

Cosa distinta es que, tras dicha prueba presentada por la acusación —o principio de “prueba” pues tal situación se producirá habitualmente en la instrucción de la causa—, la defensa que quiera exonerarse deba aportar por ejemplo el completo programa de cumplimiento, sus normas, su acreditación de la formación a los trabajadores, sus revisiones, etc., o las explicaciones que correspondan respecto de la responsabilidad civil subsidiaria, pero ello —insistimos— tras la presentación de indicios por parte de la acusación, de tal modo que —tras ellos, y nunca al revés— sólo entonces no se estará ante una inversión de la carga de la prueba hacia la defensa, sino ante el normal desenvolvimiento del juego de indicios y contraindicios en el proceso penal.

“eximente” parece obligarles a desplazar dichos sistemas de la cualidad —en el tipo objetivo— de la que quiere dotarlos la mayoría de la Sala como piedra angular de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; tanto desplazamiento —por no decir arrinconamiento—, que la consecuencia lógica de lo expuesto en el voto particular —esto lo añadimos nosotros— sería que la responsabilidad de la empresa vendría apuntada ya —existiría tipicidad— si un administrador o trabajador comete un delito en su seno, y el tener un programa de prevención de delitos es —a modo de eximente— el último resquicio para evitar la pena: la empresa deberá probar que el delito de su empleado se cometió pese a tal sistema de prevención de ilícitos penales. Como se ve, exactamente igual que quiere hacer ver la jurisprudencia —erróneamente, a nuestro juicio— respecto de la responsabilidad civil subsidiaria: se es responsable en principio —responsabilidad cuasi-objetiva, objetivismo ponderado—, salvo que se logre probar alguna excepción.

⁵⁸ STS, 221/2016, Penal, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:966): «La Sala no puede identificarse -insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro. Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el ius puniendi del Estado. (...) La imposición de penas a las personas jurídicas como la multa, la disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, la suspensión, la clausura de sus locales y establecimientos, la inhabilitación y, en fin, la intervención judicial (art. 33.7 del CP), exige del Fiscal, como representante del ius puniendi del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física».

Ejemplificativamente: en el asunto *Argentia Trust*⁵⁹, por citar un conocido caso en el que se debatió la carga de la prueba, la acusación no tuvo que probar el hecho ‘negativo’ de la ‘falta’ de trabajos realizados que justificaran la facturación del dinero —pues en efecto un hecho negativo no puede ser probado—, sino que se requirió a la acusación la prueba “positiva” de que el dinero salió de la entidad bancaria, la prueba ‘positiva’ de que las actas del Consejo de Administración no contenían la aprobación —“positiva”— del pago, etc., es decir, la positiva presentación de los indicios, que no fueron contradichos por explicaciones o contraindicios que la defensa, entonces sí, pero sólo entonces, debió haber presentado si quería exonerarse.

Con ello, nada se está añadiendo irregularmente al art. 120 del Código Penal, que no se añada a cualquier otro precepto del Código: al “matere a otro” del art. 138 del Código Penal también ha de ser adicionado que el comportamiento ha de caer allende de los casos de riesgo permitido, pues existen muertes que pueden ser conectadas causalmente a un sujeto, y de las que en cambio no responde, por ejemplo, en los casos de ausencia de imputación objetiva por auto-puesta en peligro, por acciones neutrales o porque el causante pueda ampararse en el principio de confianza. Nada puede objetivarse —ello conduciría a la denostada responsabilidad objetiva— y no existe ni un solo precepto que autorice a hacerlo tampoco para la responsabilidad civil subsidiaria.

Frente a la tradicional objetivación de la responsabilidad civil subsidiaria, la redacción del art. 31 bis del Código Penal debe ser entendida como una llamada de atención, en términos exonerantes también civiles —quien puede lo más, puede lo menos—; un pretendido objetivismo ha quedado francamente obsoleto y choca frontalmente con las nuevas corrientes del Derecho penal económico y de la empresa.

También a la persona física, igual que a las jurídicas hoy día, se le exige que, como correlato a su libertad de organizar, prevenga resultados lesivos en relación a tipos penales, y no por ello se dice que el responsable persona física deba responder civilmente de una forma cuasi-automática; no hay precepto alguno que establezca este tipo de excepciones. Abogar por la excepcionalidad sería una opción que, de ser consecuentes, sólo podría correr paralela a una similar intención respecto de la imposición de deberes de prevención a las personas físicas.

4. Resumen de conclusiones

Resumiendo lo dicho, sometemos a discusión científica las siguientes tesis:

I. En el ámbito que hemos querido que nos ocupe, el de la denominada responsabilidad civil *ex delicto*, las conclusiones de algún sector conducen a que no haya prácticamente margen de defensa: ante el delito de un empleado o directivo, en demasiadas ocasiones se pretende, de forma casi maquinal y automática, que la sociedad mercantil sea responsable civil subsidiaria. Sin más. Hasta la terminología es de despótica anticipación. Se habla de *la sociedad responsable civil subsidiaria*, sin peros, como con prisas por llegar a la condena: ese es el uso forense plenamente asentado; en resoluciones y escritos —«dese traslado a la responsable civil subsidiaria para calificación»—, en estrados —«tiene la palabra la defensa de la responsable civil subsidiaria»—, y hasta antes de ellos, en el pasillo, cuando el agente judicial llama a las distintas partes al juicio —«¿el responsable civil subsidiario, está?»—, etc. Más allá de lo terminológico, hay incluso posiciones muy consolidadas que impiden a la defensa *de la responsable civil subsidiaria*, que

⁵⁹ STS, 224/1998, Penal, de 26 de febrero.

cuestione el *factum* que supuestamente daría lugar, de haberse producido, a su responsabilidad.

Los partidarios de lo anterior apenas si lo explicitan: cuando uno busca la justificación, descubre que unas sentencias remiten a otras —«*como ya tiene dicho la jurisprudencia de esta Sala...*»—, esas otras a otras y así *ad infinitum*; una suerte de anclaje inamovible en el pasado, como si la verdadera y única justificación fuese realmente que la jurisprudencia dice haberlo hecho así siempre.

II. La tesis del trabajo ha sido clara y la repetimos una vez más: un programa de cumplimiento preventivo y eficaz logra el mantenimiento de la persona jurídica en el ámbito del riesgo permitido, de manera que ni le serán imputables responsabilidades penales, ni —por lo que a nuestro estudio interesa— le serán atribuibles responsabilidades civiles subsidiarias objetivamente, cuando en su programa la empresa haya comprobado esta clase de riesgos civiles, lo cual no resultará complicado.

III. El trabajo ha dado hasta ocho razones que justifican la anterior conclusión:

1.^a Hay que tomar razón, pero de verdad, de un axioma que es tan repetido e indiscutido como, a lo que se ve, en gran parte inaplicado: la responsabilidad civil *ex delicto* —directa o subsidiaria— no pierde su carácter civil por el hecho de que sea pedida dentro de un proceso penal. Es evidente que resultaría absurdo que los órganos no especializados en el ámbito civil (los jueces y tribunales de lo penal) dieran un tratamiento distinto a la pretensión, distinto al que precisamente darían los órganos especializados (los civiles). Máxime, cuando históricamente parece que una de las principales razones —o incluso quizás la única— para el tratamiento conjunto de lo civil en el proceso penal español, una *rara avis*, obedece a una motivación sin peso jurídico alguno: a que los primeros códigos penales del proceso codificador fueron ya los de temprana fecha de 1822, 1848 y 1870, es decir, anteriores al primer Código Civil que fue de 1889, de suerte que, como la materia penal codificada no tenía todavía un correlato civil al que poder remitirse, la decisión fue incluir unas breves pautas reguladoras de las cuestiones civiles en el propio Código Penal. Y hasta hoy.

Pues bien, la jurisprudencia civil de la responsabilidad civil *ex delicto*, es decir, la jurisprudencia especializada, dispone que dicha responsabilidad no es objetiva, ni mucho menos. Más que una cuestión de objetividad, es una cuestión de carga de la prueba. La jurisdicción civil admite la práctica de pruebas liberatorias del empresario siempre y cuando acrediten un comportamiento diligente. Conforme a la teoría del riesgo construida por la Sala 1^a del Tribunal Supremo, no es que la sociedad responda siempre y en todo caso, como parece haber (mal)interpretado la jurisdicción penal, sino que, o bien ha de probarse su negligencia, o bien, para actividades extraordinariamente peligrosas y en una suerte de posición de garante por injerencia, acontece una inversión de la carga de la prueba con presunción *iuris tantum* de la culpabilidad de la empresa o sujeto que creó tales riesgos, en tanto no acredite que obró con la diligencia debida para evitar o prevenir el daño. No más.

2.^a En todo caso, aunque entendiésemos —con una cierta minoría discrepante— que todas las normas, incluyendo las que disciplinan la responsabilidad civil *ex delicto* establecidas en el Código Penal, deben participar de la función propia de esta otra rama del ordenamiento jurídico, mayor motivo tendremos para atacar una responsabilidad civil automática y vicaria en esta última jurisdicción. En efecto, si ya hemos visto que resulta improcedente aceptar la objetivación automática de la responsabilidad civil delictual por ser incompatible con los principios y

fundamentos propios del Derecho civil, con más razón deberíamos rechazarla en el supuesto de admitir que aquella se ampara en fundamentos penales, pues precisamente lo que el art. 31 bis ha proclamado es que la responsabilidad penal de la persona jurídica queda exonerada si sus programas de cumplimiento son eficaces.

3.^a La jurisprudencia penal ha apuntado, aunque muy tímidamente, la solución exonerante civil de los programas de cumplimiento. Y así, a pesar de la consolidada tendencia objetivadora, es cierto que la jurisprudencia penal, bien leída, en ocasiones también ha rechazado un objetivismo acerbo, en particular respecto del art. 120.3.º CP. Hemos citado *supra* numerosos ejemplos de ello; a ellos nos remitimos. Aunque en menor medida, también hay supuestos en el mismo sentido respecto del art. 120.4.º CP.

4.^a La solución que aquí proponemos, supone simplemente respetar el tenor literal del núm. 3.º del art. 120 CP, así como realizar una interpretación sistemática del núm. 4.º, junto al art. 31 bis. Poco pedimos: al menos que se aplique el tenor literal de los preceptos. Y así, el art. 120, *v.gr.* en su modalidad del n.º 3.º, exige una serie de requisitos, en particular la infracción de reglamentos, que deben ser respetados en la aplicación del precepto. Y del número 4.º del mismo artículo, otro tanto: desde una perspectiva *sistemática*, ya fuera de las fronteras del art. 120 pero dentro del Código Penal. Carece por completo de sentido que, *ex art.* 31 bis, la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica encuentre fundamento en la instauración de controles, pero sin embargo se pretenda que tal circunstancia carezca de trascendencia para determinar la responsabilidad civil derivada de ese mismo delito.

5.^a Los programas cumplimiento pueden ser amplios. Amplísimos. Todo lo amplios que la empresa desee; el esfuerzo de prevención que la persona jurídica desee implementar está a su disposición. Cuanto más amplios mejor. Motivo éste de alegría para el legislador, y para todos los operadores jurídicos.

Así las cosas, el programa puede tener, entre otras, como extensión, intentar impedir que acontezcan ilícitos incluso en los ámbitos civil o administrativo, mediante directas disposiciones (y sanciones) en sus políticas internas. En estos casos, en los que los programas de cumplimiento estén diseñados para exonerar precisamente también la responsabilidad civil, ¿qué hacemos, condenamos no obstante? ¿Les damos ese triunfo inmerecido a las tesis objetivistas de la responsabilidad civil?

6.^a Otra razón: si los programas de cumplimiento no exonerasen civilmente, ello desincentivaría radicalmente su instauración, justo lo contrario de lo pretendido por el legislador y jurisprudencia. Existen precisamente destacadas resoluciones del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, que animan a la extensión de los modelos de cumplimiento a riesgos más allá de los generadores de responsabilidad penal corporativa —modelos *ad intra*—, como forma de evitar riesgos de toda índole. De esta manera, si el Tribunal Supremo, con razón, propicia modelos generalistas de cumplimiento, el lógico corolario es la protección igualmente frente a la responsabilidad civil *ex delicto*. De otro modo, sus palabras serían papel mojado.

7.^a Como fundamento para tesis objetivadoras, la jurisprudencia suele citar necesidades para con las víctimas que incumbirían a un Estado social y democrático de Derecho, poniéndose obviamente el énfasis en la parte “social” del mismo. Hemos reproducido *supra* ejemplos de ello.

Pues bien: incluso si aceptásemos que al final el único fundamento —pretendido— para la

objetivación de la responsabilidad civil es una razón de Estado —social (y democrático) de Derecho—, pues —perdónesenos— que pague el Estado. Debe plantearse en el debate seriamente, como alternativa, la creación de una suerte de fondos de carácter social que cubrieran los pagos, en los casos que correspondiera. En pocas palabras, un sistema que pagase a las víctimas, pese a la insolvencia del causante y para los casos en los que el supuesto responsable civil subsidiario no fuese tal. Un sistema a la manera del Fogasa y, en sentido parecido del Frob.

8.^a Frente a la tradicional objetivación de la responsabilidad civil subsidiaria, la redacción del art. 31 bis del Código Penal debe ser entendida como una llamada de atención, en términos exonerantes también civiles —quien puede lo más, puede lo menos—; un pretendido objetivismo ha quedado francamente obsoleto y choca frontalmente con las nuevas corrientes del Derecho penal económico y de la empresa.

5. Bibliografía

DE ÁNGEL YÁGÜEZ (1995), *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Cívitas, Madrid.

BACIGALUPO ZAPATER (2011), *Compliance y Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor.

BAJO FERNÁNDEZ (1978), «Fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del art. 22 del Código penal. Importancia de su determinación (sentencia de 22 de noviembre de 1976)», *RdPu*, (72), pp. 707 ss.

BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE (2010), *Derecho penal económico*, 2010, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/SERRANO-PIEDECASAS (2007), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Civitas, Cizur Menor.

DÍEZ PICAZO (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.

FEIJÓO SÁNCHEZ (2012), «Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares», *Perspectiva Penal Actual. Revista de investigaciones jurídico-penales*, (1), 2012, pp. 61 ss.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (2000), *Introducción al Derecho Penal*, Ramón Areces, Madrid.

GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016), «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora», *La Ley*, (8724), pp. 1 ss.

——— (2016), «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, (8830), pp. 1 ss.

——— (2015), «Fundamentos de la responsabilidad de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de la responsabilidad penal de las*

personas jurídicas, 2ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor.

———(2015), «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor.

GUILLÉN SORIA/LAMO RUBIO/SOTO NIETO/GARCÍA VICENTE (1998), *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Bosch, Madrid.

HORTAL IBARRA (2014), «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.

LARA ORTIZ (2013), «Responsabilidad civil derivada de delito, ¿base para la construcción de la responsabilidad de las personas jurídicas?», *Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, (8), pp. 1 ss.

LLAMAS POMBO (2004), «La mal llamada (y peor entendida) responsabilidad civil ex delicto», *Práctica de Derecho de Daños-La Ley*, (19), pp. 1 ss.

MAGALDI PATERNOSTRO (2011), «De la responsabilidad civil y su extensión. Arts. 109 a 115», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal Parte General*, Marcial Pons, Madrid.

MAGALDI PATERNOSTRO (2018), «Algunas cuestiones en torno a la llamada responsabilidad “civil ex delicto”», *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, (7), pp. 91 ss.

MAGRO SERVET (2020), «La responsabilidad civil subsidiaria de la empresa del art. 120 CP en los casos de eficaces programas de cumplimiento normativo», *La Ley Compliance Penal*, (1), pp. 1 ss.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2019), *Derecho penal. Parte General*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC (2020), *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ORTIZ NAVARRO/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ/QUINTANAR DÍEZ (dir.) (2020), *Elementos de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PACHECO (1881), *El Código Penal*, t. I, 5.ª ed., Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Madrid.

PANTALEÓN PRIETO (2021), «¿Es la responsabilidad civil ex delicto imprescriptible?», *Almacén de Derecho*, 2021 (disponible en: <https://almacendederecho.org/es-la-responsabilidad-civil-ex-delicto-imprescriptible>)

———(1993), «“Perseverare diabolicum”- (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», *Jueces para la Democracia*, (19), pp. 6 ss.

———(1983), «Comentario a la sentencia de 28 de enero de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (1), pp. 103 ss.

QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA (2002), *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, Aranzadi, Pamplona.

SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE (2006), «Causalidad y responsabilidad», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2016), «Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJÓO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 629 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2001), «¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.

YZQUIERDO TOLSADA/REGLERO CAMPOS (coords.) (2008), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 4.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor.

YZQUIERDO TOLSADA (1997), *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid.