

ARTÍCULO DOCTRINAL

**LA CONTROVERTIDA IDENTIFICACIÓN DE LAS ENTIDADES
COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL COMO SUJETO
ACTIVO DE DELITOS.**

Carlos José Martínez Mateo

Fecha de recepción: 31 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 14 de abril de 2020

**LA CONTROVERTIDA IDENTIFICACIÓN DE LAS ENTIDADES
COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL COMO SUJETO
ACTIVO DE DELITOS.**

**THE CONTROVERED IDENTIFICATION OF COLLABORATING ENTITIES
WITH SOCIAL SECURITY AS AN ACTIVE SUBJECT OF CRIMES.**

Carlos José Martínez Mateo

**Doctor en Derecho por la Universidad de Granada
Profesor de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social de la Universidad de Almería**

RESUMEN

Con la entrada de la LO 5/2010, el artículo 31 bis del CP y con la posterior entrada en vigor de la LO 1/2015, última reforma del Código Penal (Art. 31 bis 1 CP), se atribuye a las personas jurídicas, la responsabilidad penal directa e independiente respecto de sus propios administradores o directivos de la sociedad.

En el presente artículo, se analizará entre otros aspectos, la consideración como sujetos activos de delitos a las entidades colaboradoras con la Seguridad Social, así como el estudio de la responsabilidad penal directa e independiente de éstas, respecto de sus propios administradores o directivos. Para ello habrá que realizar un estudio sobre su naturaleza y su encuadramiento como sujeto activo de delitos al ser consideradas como “asociaciones privadas de empresarios sin ánimo de lucro creadas para colaborar con la

Seguridad Social en la gestión de ciertas prestaciones de carácter económico y asistencia sanitaria”.

ABSTRACT

With the entry of LO 5/2010, article 31 bis of the CP and with the subsequent entry into force of LO 1/2015, the last reform of the Penal Code (Art. 31 bis 1 CP), is attributed to legal persons, direct and independent criminal liability with respect to their own administrators or directors of the company.

In this article, among other aspects, the consideration as active subjects of crimes to entities collaborating with Social Security, as well as the study of direct and independent criminal liability of these, with respect to their own administrators or managers, will be analyzed. For this, it will be necessary to carry out a study on its nature and its listing as an active subject of crimes, as they are considered as "private associations of non-profit entrepreneurs created to collaborate with Social Security in the management of certain benefits of an economic nature and healthcare".

PALABRAS CLAVE

Mutuas, persona Jurídica, asociaciones, responsabilidad penal.

KEY WORDS

Mutual, legal person, associations, criminal responsibility

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN

2. CONSIDERACIONES GENERALES: LAS MUTUAS Y LAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL

2.1 LA CONTROVERTIDA IDENTIFICACIÓN DE LAS MUTUAS POR SU NATURALEZA JURÍDICA

3. LAS MUTUAS Y SU PAPEL GESTOR EN ESPAÑA:

3.1. MARCO GENERAL

3.2. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

4. LAS MUTUAS COMO GENERADORAS DE FACTORES DE RIESGO CRIMINÓGENOS

5. LAS RESPONSABILIDAD DE LA MUTUA

6. CONSIDERACIONES AL ART.31 bis

7. EL “COMPLIANCE PROGRAM” COMO CAUSA DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

8. CONCLUSIONES

9. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Con la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, con la entrada de la L.O 5/2010, el Art. 31 bis del CP pasó a regular la responsabilidad penal directa e independiente de las mismas respecto de sus propios administradores o directivos de la sociedad.

Esta norma, estableció una nueva configuración acumulativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dejando intacta la responsabilidad individual de las personas físicas que hayan delinquido en su seno optando, por tanto, por un modelo de doble incriminación.

De manera complementaria, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, vino a llenar las lagunas legales que se abrieron también sobre la forma en la que las personas jurídicas debían intervenir en el proceso penal derivadas de las citadas modificaciones.

En el presente artículo, se analizará desde una perspectiva transversal la personalidad jurídica de las mutuas y su adecuación a los requisitos del citado artículo 31 bis del CP. Estas entidades poseen una controvertida naturaleza que transcurre entre lo público y lo privado, pues siendo asociaciones de empresarios sin ánimo de lucro, han sido creadas para colaborar en el terreno público con la Seguridad Social a través de la gestión de prestaciones de carácter económico y de asistencia sanitaria.

2. CONSIDERACIONES GENERALES: LAS MUTUAS Y LAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL

Con la aparición de la LO 5/2010, aceptar a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social como sujetos activos de Derecho Penal, ha supuesto un giro conceptual inédito en la línea tradicional del pensamiento jurídico.

Para ZUGALDÍA, la afirmación de que las personas jurídicas son capaces de realizar acciones y actuar de forma culpable, es un hecho factible pues "...no es posible considerar que existe un único concepto válido de acción (como comportamiento humano voluntario) y un único concepto de culpabilidad (como juicio de base biosicológica).

Tales concepciones son posibles, pero no excluyen ni otros conceptos distintos de acción y de culpabilidad¹. Posteriormente, en julio de 2015 se dio un paso adelante con la entrada en vigor la LO 1/2015, última reforma del Código Penal (Art. 31 bis 1 CP).

Estas importantes modificaciones en materia de responsabilidad de la persona jurídica, introdujeron como eximente realización de programas de compliance penal. Unas estrategias que han sido diseñadas para reducir drásticamente el riesgo de comisión de delitos.

A tenor de lo expresado, las mutuas como entidades colaboradoras con el Sistema de Seguridad Social, se han configurado durante el siglo XX² como entidades creadas para la protección de los trabajadores, por ello y como tales el legislador penal les ha conferido el tratamiento de la responsabilidad propia de las personas jurídicas al quedar su identidad determinada por el cumplimiento de sus fines.

La Ley General de la Seguridad Social³ en su artículo 80.1⁴ define a las mutuas como " asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el registro especial dependiente de este, que tienen por finalidad colaborar en la gestión⁵ de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley". Para ello, y para el cumplimiento de sus fines (una vez constituidas), adquieren dicha personalidad jurídica y, por ende, responsabilidad civil y penal.

¹ Véase. ZUGALDÍA ESPINAR J.M, "Vigencia del principio *societas delinquere non potest* en el moderno Derecho penal". La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, 2001, ISBN 84-8442-433-2, págs. 243-368. P.259

² La razón de ser de las Mutuas de la Seguridad Social, tiene su origen en la siniestralidad de los trabajadores, siendo una de las lacras más importantes del mercado laboral español, por ello, su repercusión y conceptualización han sido siempre objeto de la búsqueda de una respuesta protectora a través del estudio y discusión mostrándose como una cuestión compleja.

³ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁴ Vid art.80.1 LGSS

⁵ Para SEMPERE NAVARRO estas entidades sólo colaboran o ayudan en las tareas de gestión, pero no gestionan, permanecen en un nivel distinto al previsto para las Entidades Gestoras ciñéndose su ámbito de colaboración al previsto en las normas de Seguridad Social. Véase. SEMPERE NAVARRO, A.V.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., en AA.VV., Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 62.

2.1 LA CONTROVERTIDA IDENTIFICACIÓN DE LAS MUTUAS POR SU NATURALEZA JURÍDICA.

Partiendo de esta idea, el legislador ha marcado a las mutuas una línea evolutiva en los últimos años, dónde, se les ha ido incrementando un más amplio margen de competencias, un mayor control y que ha contrastado con la tipificación de su responsabilidad. De manera desapercibida, la identidad de la mutua (como persona jurídico privada) ha corrido el riesgo tras el último anteproyecto de reforma⁶ de perder su razón de ser, pues las necesidades económico-sociales han hecho peligrar su naturaleza privada debido a la publicación progresiva de su labor.

Esta afirmación encuadra su fundamento en el citado art.80.2 LGSS⁷ el cual prescribe, que el objeto de las Mutuas es el desarrollo (por delegación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social), de una serie de funciones dentro de la Seguridad Social que vamos a enumerar a continuación y que son las siguientes:

- a) La gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora.
- b) La gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
- c) La gestión de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁶ Sin ir más lejos, el CES en su Dictamen 01/2014 sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley General de la Seguridad Social evitó el desastre en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social al no compartir el cambio de denominación de las mutuas dado por la Disposición adicional única del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social). Ello vino motivado pues esta medida resultó inadecuada en atención no sólo a su naturaleza, sino también al ámbito de las actividades que realizan. Vid. Dictamen 1. Sesión ordinaria del Pleno de 22 de enero de 2014 sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley general de la Seguridad Social en relación con del Pleno el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. <http://www.ces.es/documents/10180/1339655/Dic012014.pdf>

⁷ Vid. art.80.2 LGSS

d) La gestión de las prestaciones económicas por cese en la actividad de los trabajadores por cuenta propia⁸.

e) La gestión de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

f) Las demás actividades de la Seguridad Social que les sean atribuidas legalmente.

e) La gestión de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, así como las demás actividades y funciones de la Seguridad Social que les sean delegadas legalmente.

A tenor de lo expresado, hoy día, las mutuas siguen ostentando una discutida naturaleza que, aunque privada corre el riesgo (debido a sus evoluciones) de no encajar en el tipo del art.31 bis del Código penal pues las demandas sociales las someten a importantes reestructuraciones para seguir realizando una labor de colaboración de inestimable valía en el campo de gestión pública del sistema de Seguridad Social con un régimen competencial⁹ cada día más amplio.

No obstante, en la actualidad, la inexistencia de fondos por la grave depresión que sufrió la economía de mercado en la primera década del siglo XXI, ha hecho que el legislador se haya planteado una serie de dudas sobre la realidad¹⁰ de la personalidad jurídico privada de estas entidades, algo que no sólo afectan a cuestiones de contenido como puedan ser bien su régimen de financiación, sino también a cuestiones dogmáticas trascendentales como cuál es, en verdad, la naturaleza jurídica que las informa y si esta es encuadrable a efectos de responsabilidad de las personas jurídicas en el tipo del art 31 bis del Código Penal.

⁸ En este sentido, estas prestaciones se recogen ampliamente en el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, que supuso un paso adelante respecto a su antecesora, la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se estableció un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

⁹Más ampliamente MORENO DE LA VEGA Y LOMO, F., "Una nueva dimensión para la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como entidad colaboradora del sistema de seguridad social". (RI §412158). Revista Iustel N° 29-30 Junio 2012

¹⁰ Señala SANZ CASADO, P.P (www.fraternidad.com) que "Los enormes costes derivados de los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y enfermedades comunes, restan competitividad a la empresa española, factor éste fundamental para el desarrollo económico".

3. LAS MUTUAS Y SU PAPEL GESTOR EN ESPAÑA:

3.1. MARCO GENERAL

Tal como se ha descrito anteriormente, las Mutuas, por su singularidad, realizan una serie de cometidos entre lo público y lo privado “que contribuyen positivamente a la economía y a la sociedad”¹¹, ese “asociacionismo voluntario de empresarios”, fue una carta de naturaleza preexistente antes de la estructuración de nuestro sistema de Protección Social.

Con todo lo expuesto, existieron intentos de acabar con la naturaleza jurídico privada de las mutuas y por ende su inclusión el art. 31 bis del Código Penal, mediante el estudio de la publicación del patrimonio histórico de las mutuas, (uno de los signos característicos de su identidad dotado de a la vez de una “evidente indefinición”¹²). Estas actuaciones y otras han ido dirigidas al completo acoso y derribo de unas asociaciones privadas de empresarios, que han llegado a convertirse en el paradigma de la discrecionalidad de la Administración.

En un proceso de adaptación donde comenzaron a principios del siglo XX como entidades de asociación libre (creadas por los empresarios), las mutuas se han ido también ampliando en su responsabilidad así como en sus compromisos con la protección del seguro de accidentes de trabajo, con la finalidad de contribuir a la resolución de las muchas dificultades que en esta gestión se generan en el ámbito de la relación empresario-trabajador-mutua, sin que ello implique favorecer determinados grupos de interés en detrimento de otros y en un constante proceso de colaboración¹³ con las políticas del sistema de la Seguridad Social.

La gestión eficiente que realizan las mutuas, las ha llevado paradójicamente a que el legislador destruya cualquier innovación y mejora sobre su funcionamiento, permitiendo

¹¹ Aportando competitividad a las empresas (tan necesaria en estos momentos), colaborando en la gestión de prestaciones de Seguridad Social, garantizando el mejor servicio posible a los trabajadores minimizando los costes de la cobertura de las contingencias que gestionan, y posibilitando la creación de empleo, como mejor forma de hacer sostenible un sistema de Protección Social.

¹² Un ejemplo es la redacción dada al Artículo 84 LGSS 2015 sobre Patrimonio y régimen de contratación.

¹³ El éxito de esta colaboración en la gestión de prestaciones de Seguridad Social de las mutuas ha sido posible gracias a la continua aplicación, mantenimiento, mejora y desarrollo de las técnicas de gestión y organización empresarial propias de la esfera privada, que serían de difícil implantación en Entidades Públicas, lo que se revela como hecho diferencial fundamental, frente a la gestión pública de dichas prestaciones.

por ejemplo que, los recursos económicos que sobren de la colaboración en la gestión de las mutuas se aporten a los Fondos de Prevención y Rehabilitación y de Reserva de la Seguridad Social.

No obstante, el modelo mutualista, en competencia, sigue siendo un recurso económico óptimo para prestar servicios públicos, ya que con este modelo se consigue trasladar todo el excedente a los ciudadanos/consumidores (empresarios y trabajadores) al propio Estado vía empleo y otras importantes aportaciones económicas, y se evitan los costes derivados de las ineficiencias de lo público, por un lado, y los necesarios rendimientos de una organización netamente mercantil, por el otro.

La necesidad de una normativa acorde con las demandas económicas y sociales de nuestro país, debe seguir reforzando la naturaleza privada de las mutuas colaboradoras (entidades que desde 1900 son Sociedad Civil en estado puro¹⁴), tan necesitada en una auténtica democracia, garantizando la no injerencia de la Administración en las mismas y preservándoles a futuro de los intentos intervencionistas de aquellos que sólo ven en estas entidades una parcela económica más a dirigir y controlar a su libre albedrío.

En en futuro, tras la presente crisis mundial del COVID -19 veremos si, el legislador, opta por una senda coherente con los principios liberales, permitiendo que las mutuas, como entidades de naturaleza privada con responsabilidad propia que sean dirigidas y gestionadas por sus empresarios asociados sin la injerencia de la Administración.

¹⁴ Para DE DIEGO HERNÁNDEZ, en este sentido, “quizás resulte difícil el no quedarse anclado a las situaciones vividas, confundiendo la añoranza de que “cualquier tiempo pasado fue mejor” con el deseo de impedir que otros se adapten a las exigencias de una sociedad moderna y avanzada, por entender que con este progresar se disfrazan actuaciones alarmantes, escandalosas y de abuso, lo que es consustancial a la necesidad de “no reconocer como bueno lo que no es propio”, ni tan siquiera cuestionarlo por lo que de avance pueda suponer, pasando por alto una vez más la gestión basada en objetivos y optimización del resultado que las mutuas han sabido con maestría conjugar durante más de un siglo de su existencia”. Véase <http://bit.ly/1jQhYeF>; Blogs de Tribuna DE DIEGO HERNÁNDEZ, M . "Mutuas de accidentes de trabajo: la entelequia de la dialéctica".

3.2. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La colaboración en la gestión¹⁵ constituye seguramente la forma más significativa e intensa de participación privada en el Sistema público de Seguridad Social, sin que agote, no obstante, esta relación cooperativa entre Entidades Gestoras públicas y sujetos privados¹⁶.

Puede pensarse muy acertadamente que tiene una dimensión más institucional esta participación más genérica de los interesados en el Sistema de Seguridad Social, de representación de los intereses de los empresarios y los trabajadores, a través de sus asociaciones y sindicatos, en los órganos rectores de las distintas Entidades Gestoras de la Seguridad Social¹⁷, y está prevista igualmente para las Mutuas, en sus Comisiones de control y seguimiento¹⁸.

No menos en una interpretación más extensiva, la participación en el Sistema de Seguridad Social es de carácter privado, también en algunos casos está prevista, con carácter obligatorio, en otras muchas actuaciones en las que se desarrolla la relación jurídica de Seguridad Social. Paradigmáticamente en relación con las empresas, obligadas al aseguramiento de sus trabajadores, y con éstos, también con sujeción activa y pasiva al Sistema¹⁹.

¹⁵ Debe resaltarse con importancia que en todo caso, la colaboración en la gestión de la Seguridad Social (objeto de regulación en los arts. 67 y siguientes de la LGSS), se refiere, como se dijo, a la gestión, en sentido estricto, de la acción protectora, esto es, a las actuaciones relativas a la comprobación de la concurrencia de las contingencias o situaciones protegidas de que se trate y de sus requisitos o condiciones de acceso y mantenimiento, y al reconocimiento y dispensación de las correspondientes prestaciones, y su control.

¹⁶ En este sentido, tanto el art. 129.1 de la Constitución, como el 4.2 de la LGSS, prevén la participación de los «interesados» en el Sistema de Seguridad Social, como fórmula más amplia y también diferenciada de la colaboración en la gestión en sentido estricto.

¹⁷ Vid Art. 69 LGSS y RD 3064/1978, de 22 de diciembre

¹⁸ Arts. 32.3 y 37 RD 1993/1995, de 7 de diciembre, y Orden de 2 de agosto de 1995) y, con no idéntico alcance, en sus Comisiones de prestaciones especiales (arts. 32.4 y 65 RD 1993/1995).

¹⁹ Así, en materia de encuadramiento (arts. 342 y 138 y ss. LGSS), financiación y recaudación de las cotizaciones (arts. 18 y 141 y ss. LGSS), mejora de las prestaciones y contingencias (art. 53 LGSS), o íntegra asunción de algunas prestaciones (art. 218 LGSS), en su caso como consecuencia de un previo incumplimiento (art. 369 y 370 LGSS). Pero también en relación con otros sujetos privados, en materia de gestión recaudatoria (arts. 3 y ss. RD 1451/2004, de 11 de junio) o de concierto descentralizador, especialmente en la asistencia sanitaria (art. 258 LGSS).

4. LAS MUTUAS COMO GENERADORAS DE FACTORES DE RIESGO CRIMINÓGENOS

Careciendo de ánimo de lucro, actuando mancomunadamente, y con solidaridad, se ha reiterado que la principal misión de las mutuas es el desarrollo, (por delegación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social) de unas funciones²⁰ que van destinadas finalmente al mantenimiento del bienestar de los trabajadores y, por ende, el incremento de la productividad empresarial.

Toda la actividad de estas entidades, va encaminada a su desarrollo²¹ y a la posterior colaboración en la gestión de la Seguridad Social. Ésta se desenvuelve en relación con la distribución de la riqueza a través de varias prestaciones, es, por lo que su contabilidad se rige por el Plan General de Contabilidad de la Seguridad Social²², debiendo declarar datos de su gestión ante el Tribunal de Cuentas.

Tras lo expuesto, y debido al gran papel económico que desempeñan en la colaboración con la gestión del Sistema de Seguridad Social, las mutuas, como un tipo de organización más, pueden ser objeto de aplicárseles la concepción filosófica de ser “generadoras por sí solas de factores de riesgo criminógenos” que incrementen las posibilidades de un comportamiento individual desviado, pues el mundo actual de los negocios incrementa

²⁰ En este sentido, "las mutuas deben actuar para que la población ocupada esté disponible, en perfectas condiciones de salud, para trabajar ,para lo que han de intentar evitar las causas de las bajas, y asistirlos con urgencia en el caso de que se materialicen, además de para evitar los costes humanos y sociales derivados de las Contingencias que cubren, para evitar los efectos negativos que tiene sobre sus propias cuentas de explotación, sobre las cuentas de gastos de las empresas y sobre las cuentas de la Seguridad Social".

²¹ Para su desarrollo, gestionan cuotas del sistema que periódicamente le son transferidas por la Tesorería General de la Seguridad Social. Para el mismo objeto tienen adscritos bienes inmuebles de la Seguridad Social, que están inscritos a nombre de dicho Servicio Común de la Administración de la Seguridad Social, como titular del patrimonio único de la misma.

²² Véase resolución de 9 de mayo de 2012, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifica la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social, aprobada por Resolución de 1 de julio de 2011.

exponencialmente tales factores²³. En principio, se distingue entre criminalidad de empresa y criminalidad en la empresa²⁴.

Así, la presión que se ejerce sobre directivos y trabajadores para alcanzar los objetivos marcados por la dirección de la mutua, puede provocar que tales directivos y empleados puedan tomar en consideración infringir las normas con la finalidad de alcanzar ciertos objetivos fijados, por ejemplo, exigir reintegros a la Seguridad Social, por presuntas tarifas indebidamente imputadas, realizar actividades lucrativas que no pueden incluirse en la gestión colaboradora de la Seguridad Social desarrollada por las Mutuas etc.

Esta es la razón por la que las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, son sometidas a un control que cada año es realizado por la Intervención General de la Seguridad Social (IGSS). El informe de auditoría, fruto de esta labor, será el documento destinado a expresar una opinión profesional sobre los estados contables de la Mutua Colaboradora a partir de los datos que ésta ofrezca.

Para hacer frente a la necesidad de involucrar a las empresas asociadas, autónomos adheridos, altos directivos y empleados de la mutua en la prevención de comportamientos delictivos, existen dos mecanismos eficaces dados por:

-La amenaza de la aplicación de la consecuencia jurídica del delito a la mutua como persona jurídica, (que de una manera u otra siempre acabará teniendo incidencia en el resultado económico de un ejercicio)

-Las “Compliance Program” de las que se hablará posteriormente, las cuales son la respuesta de la mutua a la reforma del Código Penal de 23 de diciembre de 2011 y que va destinada a la implementación de sistemas de prevención del delito. Estas normas de carácter interno, establecidas en esta entidad, suponen un corta-fuegos que impide o mitiga el riesgo de la comisión de delitos, exonerando a la mutua de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

²³ Rescatado de: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4746-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas:-sociedades-delinquere-et-puniri-potest/> Fecha de consulta 10/01/2020

²⁴ Vid. SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas de la dogmática jurídico penal y de la política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, Trad. Brucker y Lascurain, ADPCP, 1988, página 570 y 571.

5. LA RESPONSABILIDAD DE LA MUTUA

Las Mutuas, poseen una estructura ejecutiva compuesta por una Junta General, Junta Directiva y el Director Gerente²⁵. En términos de responsabilidad, el artículo 91.4 de la LGSS establece que “los miembros de la Junta Directiva, el Director Gerente y las personas que ejerzan funciones ejecutivas serán responsables directos frente a la Seguridad Social, la mutua y los empresarios asociados de los daños que causen por sus actos u omisiones²⁶ contrarios a las normas jurídicas de aplicación, a los estatutos o a las instrucciones dictadas por el órgano de tutela, así como por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa grave”.

La redacción del citado precepto, establece en su inciso 4º que la responsabilidad de los miembros de la Junta Directiva posee carácter solidario, y de ella estarán exentos aquellos miembros que prueben que, no habiendo intervenido en la adopción o ejecución del acto, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a él.

Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, (mediante la responsabilidad mancomunada regulada en el artículo 100.4 de citado texto normativo), responderán directamente de los actos lesivos en cuya ejecución concurra culpa leve o en los que no exista responsable directo. Asimismo, responderán subsidiariamente en los supuestos de insuficiencia patrimonial de los responsables directos.

²⁵ Véase Art. 85 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

²⁶ Estas acciones y omisiones comprendidas en los respectivos ámbitos funcionales o de competencias, se tienen como actos propios.

6. CONSIDERACIONES AL ART.31 bis

De todo lo expuesto anteriormente, las mutuas por su naturaleza y definición se consideran personas jurídicas de naturaleza privada susceptibles de aplicación del art. 31 bis CP. La adecuación de este concepto de mutua como persona jurídica a la literalidad del citado artículo, es una tarea que debería comenzar por estudiar previamente las muy variadas respuestas doctrinales dirigidas a resolver la cuestión planteada por este artículo; todas ellas ofrecen criterios indiscutibles, pero también desventajas de carácter político criminal, aunque siempre podría pensarse otro sistema operativo que fuese “más útil, práctico, razonable jurídica y funcionalmente que otro”²⁷.

El punto de partida que ha resuelto el Código Penal, ha sido la distinción de la llamada “criminalidad de empresa”, de la criminalidad en la empresa”.

La primera trata de manera exclusiva los modos en que se resuelven casos de verdadero contenido de dañosidad social y que son cometidos por una persona jurídica también llamada asociación o empresa u organización), en cuanto a la segunda, para SCHÜNEMANN²⁸ la criminalidad en la empresa, está conformada por aquellos daños causados por colaboradores de la empresa a la misma o a otros colaboradores, y no la suma de delitos económicos cometidos a partir de una empresa.

Estas consideraciones doctrinales cristalizan en la lectura del Art.31 bis CP, donde se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en este caso las mutuas) tanto:

- a) Por los delitos cometidos en su propio nombre o por cuenta de éstas, o aquellos cometidos en su beneficio directo o indirecto por sus representantes legales.
- b) Por aquellos cometidos, “en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos

²⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Derecho Penal. Parte General. Addenda a la obra, Tomo II, Volumen I, Dickinson, 2008, página 9.

²⁸ SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas de la dogmática jurídico penal y de la política criminal aca de la criminalidad de empresa”, Trad. Brucker y Lascrain, ADPCP, 1988, página 570 y 571.

por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso” (Art.31bis.1. b).

En estos incisos, se observa que el requisito del “beneficio directo o indirecto” constituye un elemento subjetivo del Art 31 bis.CP, consistente en el ánimo de la persona jurídica, (es decir la mutua) de proporcionarse una “ventaja”²⁹, a través de la comisión u omisión de una acción antijurídica culpable y punible realizada por su representante, administrador o subordinado jerárquico en el seno³⁰ de la misma entidad.

Partiendo de la línea de este citado artículo, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016³¹, señala la continuidad [en la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis en sus letras a) y b)], de dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica.

El primer hecho de conexión (letra a) lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad “un sistema de responsabilidad vicarial, por transferencia o por representación” y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas o “culpabilidad por defecto de organización” (letra b). En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica.

En cuanto al primero, con arreglo a este sistema, se atribuye en virtud del Art.31.bis.1.a), responsabilidad penal a la persona jurídica debido a la previa actuación delictiva de una persona física, siempre que se evidencie un hecho de conexión entre la persona jurídica y la física, es decir, (trasponiendo este caso a nuestro objeto de estudio), ha de existir una relación de dependencia necesaria entre la mutua y el actuar del miembro/s de la Junta general, directiva, o director gerente o de aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de dicha entidad, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la misma u ostentan facultades de organización y control, lo que, en términos de la autoría del representante, equivale a actividad "en representación"³².

En cuanto al segundo modelo, la Fiscalía, siguiendo lo establecido en el Art.31 Bis.1. b) describe un sistema de “culpabilidad por defecto de organización”. Conforme al mismo

²⁹ Vid. STS 154/2016 de 29 de febrero

³⁰ Vid. STS 455/2017, de 21 de junio

³¹ Véase Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

³² Rescatado de: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx>

existe una imputación propia de la persona jurídica que aparece cuando la misma ha quebrantado los deberes de supervisión, vigilancia y control, apartándose de las exigencias del buen ciudadano corporativo. “Desde esta perspectiva, es el quebrantamiento del debido control el presupuesto legitimador de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, de suerte que para imputar a la persona jurídica responsabilidad penal por delitos cometidos por los empleados de la misma por defecto de control previo, será preciso la existencia de un previo deber de garante, no siendo concebible, desde este punto de vista, la infracción del deber de garante de la persona jurídica sin previa infracción del citado deber de garante por parte del directivo de la misma”³³.

De todo ello, se desprende que la comisión del delito vendrá motivada por no haberse ejercido sobre ellos la debida supervisión, vigilancia y control, atendidas las concretas circunstancias del caso. No obstante, la Fiscalía entiende que, “estos deberes son exigibles a las personas a que se refiere la letra a) y no directamente a la persona jurídica. Se trata por tanto de un incumplimiento de las personas físicas, por dolo o imprudencia grave, y no una culpabilidad por “defecto de organización” de la persona jurídica”³⁴.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas seguirá siendo exigible por el Art. 31 ter, incluso aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

En este sentido, la disposición establece que en los casos de “conurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas”³⁵. En todo caso el Tribunal Supremo³⁶

³³Rescatado de: <https://elderecho.com/algunas-reflexiones-sobre-los-supuestos-de-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-el-codigo-penal-el-concepto-de-buen-ciudadano-corporativo-en-el-marco-de-una-cultura-de-cumplimiento>. Fecha de consulta 14/01/2020.

³⁴ Véase Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

³⁵ Véase Art. 31 ter CP.

³⁶ STS 742/2018, de 7 de febrero de 2019.

exige la "constatación" de la actuación de personas físicas, pero no la previa "condena" de las mismas para condenar a una persona jurídica.

A tenor de lo expresado, esta responsabilidad penal de la persona jurídica no excluirá en ningún caso a la de la persona física, sino que tendrá naturaleza acumulativa.

7. EL "COMPLIANCE PROGRAM" COMO CAUSA DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

La reforma sin precedentes del Código Penal que aportó la LO 1/2015, incluía como causa de exención de la responsabilidad para las personas jurídicas, (la mutua) la creación de programas preventivos de compliance penal, los cuales se configuran como una herramienta eficaz para anular o reducir de manera drástica el riesgo de comisión de delitos. La Norma UNE-ISO 19600 define "compliance" como el resultado de que una organización cumple con sus obligaciones, siendo así que una de las facetas del compliance es la vigilancia, la supervisión y el control por parte de la compañía: vigilancia, supervisión y control sobre directivos, sobre empleados y sobre terceros que se relacionan con la empresa³⁷.

La finalidad de este cometido reside en que, estas entidades colaboradoras con la Seguridad Social deben disponer en todos sus centros de un eficaz sistema de prevención de delitos donde, con una metodología adecuada, (basada en un proceso de identificación y análisis), se estudien e integren múltiples estrategias para disminuir o anular el índice de incidencia de delitos en todos los procesos y actividades, así como las medidas de control para mitigarlos.

Para hacer posible este proyecto, la mutua debe contar de un canal de denuncias eficaz conforme a la norma UNE 19601, con cláusulas específicas para reducir el riesgo penal, y con un profundo análisis y conocimiento de sus grupos de interés a los que también debe trasladar las buenas prácticas y la necesidad de adoptar medidas preventivas y efectivas y evitar, así, posibles conductas ilícitas.

³⁷ Rescatado de: <https://elderecho.com/algunas-reflexiones-sobre-los-supuestos-de-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-el-codigo-penal-el-concepto-de-buen-ciudadano-corporativo-en-el-marco-de-una-cultura-de-cumplimiento>. Fecha de consulta 13/01/2020.

Estas entidades deben obtener una certificación de su sistema de gestión de compliance penal, y, desde la fecha, someterse anualmente a auditorías realizadas por un tercero independiente³⁸, como es la certificadora EQA (European Quality Assurance), garantizando la fiabilidad, eficacia y transparencia en el cumplimiento de los requisitos.

Estas fases de auditoría externa anuales, tras la evaluación, debe constatar que el sistema de gestión de compliance penal de la mutua cumple con los requisitos de la Norma UNE 19601. Esta disposición normativa es una herramienta eficaz para articular los sistemas de prevención de riesgos penales, promoviendo el cumplimiento con la Ley.

Las evaluaciones con los auditores acreditan el fuerte compromiso explícito y público de la entidad con la mejora continua de su sistema de gestión de compliance penal, con la prevención de la comisión de delitos y la reducción del riesgo mediante el impulso de una cultura ética, de cumplimiento y respeto de la ley.

8. CONCLUSIONES

Las Mutuas, sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades, que le sean legalmente atribuidas, y como entidades colaboradoras con la Seguridad Social, forman parte del elenco de sujetos susceptibles de incurrir en la responsabilidad penal en los términos del Art. 31 bis 1 CP, en base a las siguientes previsiones:

1º Las mutuas poseen reconocida personalidad jurídica pues, el art. 80 LGSS, las incluye como “asociaciones privadas de empresarios (...), sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley”. Son, por tanto, personas jurídico-privadas que por ser asociaciones y carecer de ánimo de lucro poseen una naturaleza perteneciente al ámbito del Derecho Civil.

Dicha naturaleza es la que deja al margen a estas entidades de la enumeración del Art. 31 quinquies CP, pues no tienen identidad en el Estado, no pertenecen a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, ni son Organismos Reguladores, Agencias ni Entidades Públicas Empresariales, organizaciones internacionales de derecho público, ni ejercen potestades públicas de soberanía o administrativas, pues aunque tengan

³⁸ La LO 1/2015 establece pormenorizadamente cuales ha de ser los requisitos que deberán cumplir estos modelos, así como la figura del compliance officer, como órgano de supervisión y control de los mismos.

participación en el desarrollo, de ciertas actividades de carácter público descrito en el anterior apartado de “consideraciones generles”, están sometidas en su actuación al Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

En definitiva, las mutuas no pertenecen al sector público administrativo donde quedan encuadrados los organismos autónomos, las entidades estatales de derecho público y los consorcios, conforme se establece en la Ley 40/2015, de de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

2º Las mutuas como personas jurídicas son imputables, pero podrían ser consideradas al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis si tras su constitución y autorización, careciesen de cualquier actividad lícita habiendo sido creadas para exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos.

9. BIBLIOGRAFÍA

CES. Dictamen 1. Sesión ordinaria del Pleno de 22 de enero de 2014 sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley general de la Seguridad Social en relación con del Pleno el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. <http://www.ces.es/documents/10180/1339655/Dic012014.pdf>

DE DIEGO HERNÁNDEZ, <http://bit.ly/1jQhYeF>; Blogs de Tribuna "Mutuas de accidentes de trabajo: la entelequia de la dialéctica".

MORENO DE LA VEGA Y LOMO, F., "Una nueva dimensión para la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como entidad colaboradora del sistema de seguridad social". (RI §412158). Revista Iustel N° 29-30 Junio 2012

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Derecho Penal. Parte General. Addenda a la obra, Tomo II, Volumen I, Dickinson, 2008.

SANZ CASADO, P.P (www.fraternidad.com)

SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas de la dogmática jurídico penal y de la política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, Trad. Brucker y Lascurain, ADPCP, 1988.

SEMPERE NAVARRO, A.V.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., en AA.VV., Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003

ZUGALDÍA ESPINAR J.M, “Vigencia del principio *societas delinquere non potest* en el moderno Derecho penal”. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, 2001, ISBN 84-8442-433-2

LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se estableció un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

Resolución de 9 de mayo de 2012, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifica la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social, aprobada por Resolución de 1 de julio de 2011.

Constitución española 1978. BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978

Real Decreto 1993/1995 de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social

Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.