

LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD A LAS COMUNIDADES DE REGANTES.

José Pascual Broch Almela- Abogado

Las actuaciones que generan responsabilidad

La realización de una actividad propia conlleva que, en ocasiones, ya sea de modo causal o por negligencia, o en otras ocasiones intencionadamente, se cause un perjuicio o daño a otros y que como consecuencia de ello surja la obligación de repararlo.

Este es el origen de la responsabilidad, y las Comunidades de Regantes, aunque con una actividad específica y determinada, no estamos exentas ni de causar daños a terceros, o incluso a los propios comuneros, ni de ser objeto de reclamaciones por tal motivo; y ello en cualquiera de los sectores o ámbitos en los que la sociedad en general y más particularmente la administración se desenvuelven: el civil, el penal, y el administrativo en sus diversas vertientes, sobre todo la labora y la fiscal, sin olvidarnos de la relativa a la protección de datos.

Toda actividad es susceptible de generar en su desarrollo un incumplimiento, que puede generar un daño, y con ello la obligación de repararlo. Sin entrar ahora en el tratamiento de las responsabilidades que pueden generarse en los ámbitos laborales y fiscales o tributarios, que tienen unos regímenes específicos y generalmente están asociados a la idea de infracción-sanción por incumplimiento, interesa más abordar los otros tipos de responsabilidad que pueden derivarse en el ejercicio de la actividad por la Comunidad de Regantes: la penal y la civil derivada del ilícito penal o de la propia actividad de la Comunidad y que se englobará en la denominada responsabilidad patrimonial de la administración, y que se aplica tanto a los actos generados en las relaciones de derecho público como privado.

Este tipo de responsabilidad patrimonial puede nacer de la mayoría de actividades de la Comunidad que sean susceptibles de generar un daño, ya sea a tercero o al propio comunero, y la exigencia de una eventual responsabilidad patrimonial o indemnizatoria será reclamable por los medios establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley 39/2015, y los principios indemnizatorios fijados por la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público.

No obstante, ahora y por su trascendencia nos vamos a referir a continuación de la responsabilidad penal y la civil subsidiaria que puede afectar a la Comunidad.

La Responsabilidad Penal.

La responsabilidad penal surge por la comisión de un hecho que la ley penal califica como delito. Si además como consecuencia del delito se genera un daño, nace también la obligación de indemnizarlo. La Responsabilidad civil derivada de delitos se regula en el Código Penal en los arts.109 a 122; y en el Código Civil en los arts.1089 y 1092.

La Penal, es una responsabilidad netamente personal y generalmente por actos propios, por lo que en un principio sólo era exigible a las personas físicas, no a las jurídicas, si bien po-

dían los administradores o directivos ser condenados por las actuaciones realizadas en el seno de la entidad.

Si bien esta situación se mantiene y además se introdujo el art 31 del Código Penal para los supuestos de los llamados delitos cualificados, en los que necesariamente cuando sean cometidos por una persona jurídica ha de condenarse a la persona física que realiza el acto, la novedad más importante en lo referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 que introduce un artículo 31.bis -ratificando la ya introducida en la reforma del Código Penal de 2010- y se regulan al completo los supuestos y condiciones en los que se puede condenar penalmente a una persona jurídica, al tiempo que se introduce y amplía la posibilidad de exoneración y atenuación de responsabilidad mediante la aplicación o implantación de un sistema de prevención de delitos o "compliance", y regula su contenido y alcance.

El precepto dice lo siguiente en sus dos primeros párrafos.

Artículo 31 bis.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

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

Se establece después en el Código Penal un catálogo tasado de delitos a los que aplicar esta responsabilidad, por lo que no todos los del código penal pueden ser cometidos por una persona jurídica, pero sí gran parte de ellos pueden afectar a las Comunidades de Regantes.

Se regulan también las penas específicas como la suspensión de actividad, multa, intervención etc., y finalmente se establece la posibilidad de eximirse si se aplica un sistema de prevención de delitos.

La posible exigencia de responsabilidad penal a las Comunidades de Regantes.

Por lo que a las Comunidades de Regantes se refiere, como corporaciones de derecho público, se plantea la cuestión de la aplicabilidad de esos sistemas de cumplimiento normativo penal cuestión que está directamente relacionada con el hecho de si están incluidas o no en los supuestos de exclusión previstos en el art 31 quinques del Código Penal.

O sea, si las Comunidades de Regantes pueden ser penalmente responsables o no y si como corporación de derecho público que administra el recurso del dominio público hidráulico por disposición legal, art. 82 de la Ley de Aguas, las Comunidades de Regantes están o no incluidas dentro del citado art. 31 quinquies del Código Penal.

Dice lo siguiente: 1. *Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.*

De manera que la Comunidad de Regantes, como corporación de derecho público y ejerciendo las funciones públicas de administración del dominio público hidráulico, **en principio deberían estar comprendidas dentro de la exclusión siempre que los delitos se hubieran cometido precisamente en el ámbito de esa esfera de función pública delegada; pero no en los supuestos de actuación exclusivamente privada.**

Esta parecía ser la interpretación más lógica tras la reforma del Código Penal y la que ofreció la FISCALIA GENERAL DEL ESTADO en su Circular 1/2011 sobre determinadas entidades jurídicas como los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio, especificando que, **en todo caso, habría que realizar un análisis jurídico casuístico para su imputación.**

No obstante, tras la reforma del Código Penal de 2015 cambia el panorama al haberse excluido de las exclusiones del anterior art. 31 bis a los partidos políticos y sindicatos por la Ley Orgánica 7/2012, antes excluidos de responsabilidad penal. **Ello hace repensar a la Fiscalía General el papel de las Corporaciones de Derecho Público y así lo expresa en la CIRCULAR 1/ 2016 SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORME A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LA L.O. 1/2015.**

En síntesis, diremos que:

- Se confirma que las personas jurídicas pueden ser responsables penalmente y se concreta el catálogo de delitos por los que pueden responder y los presupuestos de su responsabilidad: delitos cometidos por representantes administradores y empleados, por cuenta de la persona jurídica o en el desempeño de su actividad social y en beneficio directo o indirecto de aquella
- Se fijan los supuestos en que las personas jurídicas responsables pueden quedar exentas en determinados supuestos: implantación efectiva de un sistema de prevención de los delitos. puede funcionar como atenuante en algunos casos.
- Se establecen unos supuestos de exclusión en el art 31 quinquies para la administración pública
- Por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016 se establece la interpretación de lo anterior: incluye a las corporaciones de derecho público dentro de las personas jurídicas penalmente responsables: es decir no les aplica la exclusión del art.31 quinquies
- El alcance de la exoneración de responsabilidad penal por la implantación del sistema lo es a la persona jurídica en si,

no a sus órganos de administración o representación pues como tales forman parte de aquella. Sus integrantes serán o no responsables penales a título individual si han participado en la comisión del delito; pero una cosa es la responsabilidad de la persona jurídica, con sus penas específicas, y otra la responsabilidad penal previa y necesaria de representantes o empleados para poder estimar la de la persona jurídica, pero son independientes.

- La responsabilidad civil sigue su camino específico. Puede ser directa ex art. 116.3 Código Penal si hay condena, o subsidiaria ex art. 120 Código Penal, si no existe responsabilidad penal; sin perjuicio del régimen general de responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos no incluidos en el art. 31 bis, que se cometan dentro de su ámbito.
- Que no haya responsabilidad penal en la persona jurídica, no significa que no pueda haberla civil. Dos Motivos. Uno por el limitado catálogo de delitos incluidos dentro del ámbito del Art. 31 bis, pues el resto de las figuras delictivas siguen el mismo régimen anterior y el del resto de delitos que puedan cometerse en el seno de la entidad. Y por otro lado por la responsabilidad subsidiaria para el caso de que los penalmente responsables (directivos o empleados) no atiendan la responsabilidad.

La conveniencia de aplicar un sistema de prevención: El Código Ético y de Buen Gobierno como paso inicial.

Aunque **personalmente me inclino por la interpretación que se ofrecía de la exclusión a las personas jurídicas públicas tras la reforma de 2010 y que por tanto las Comunidades de Regantes deberían acogerse a dicha exclusión cuando ejerzan sus funciones públicas**, (como hoy mantiene también un sector doctrinal, básicamente sobre otras corporaciones de derecho público, Colegios Profesionales y Cámaras de Comercio), **lo cierto es que nos encontramos con dos obstáculos para ello:**

- La falta de previsión normativa al respecto, que determinaría la necesidad de acreditarlo.
- La postura de la Fiscalía contraria a la exclusión, que le llevaría a efectuar la acusación en todo caso.

Por otra parte la implantación de un sistema como el regulado o previsto por el art. 31.bis, no difiere en el fondo del reivindicado y propugnado por FENACORE como CODIGO DE BUEN GOBIERNO para las Comunidades de Regantes, que con las necesarias adaptaciones exigidas por la norma penal, puede servir de base para la efectiva implementación de un sistema de cumplimiento normativo, pues ni es necesario que se llame Compliance, ni que responda a los contenidos de la Norma elaborada por AENOR con la finalidad de atender el contenido del art. 31 bis, la UNE 19601 siguiendo los pasos de la ISO 19600 internacional.

Lo cierto es que en el caso de las Comunidades de Regantes se ha de atender a su especificidad, y la implantación de un sistema de prevención basado en el Código de buen Gobierno puede servir no solo para evitar las nefastas consecuencias de una eventual condena penal, sino también para salvaguardar la gestión de la Comunidad y a su Junta de gobierno y sobre todo para ofrecer la necesaria transparencia y confianza a los comuneros. ■