

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Primera pena firme por delinquir la empresa

La sentencia multa con 775 millones de euros, disuelve dos sociedades y salva del cierre a una tercera por tener actividad real y 100 empleados

XAVIER GIL PECHARROMÁN

El Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (TS), en su primera sentencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de 29 de febrero de 2016, condena, por primera vez, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y confirma las condenas impuestas por la Audiencia Nacional a tres empresas por su participación en delitos contra la salud pública, en concreto en el tráfico de más de 6.000 kilos de cocaína que viajaba escondida en maquinaria objeto de importación y exportación entre España y Venezuela.

La Sala establece que el hecho de que la estructura y el cometido lícito de la persona jurídica, de la empresa, sean utilizados por la persona física integrante de la misma para cometer el delito de la que es autora no significa obligadamente, así como tampoco la carencia absoluta de medidas de prevención del delito, que la misma tenga que ser disuelta.

Una novedad importante a tener en cuenta, es que la sentencia, de 29 de febrero de 2016, modifica la pena de una empresa, excluyendo la disolución de la misma, debiendo a que cuenta con una plantilla de más de cien personas, "que no tienen que sufrir los graves perjuicios de dicha medida", pero confirma que la sociedad debe pagar una multa de 775 millones de euros.



Los magistrados critican la normativa que rige la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas, aunque lo descarta en el caso en litigio, en que en situaciones futuras donde puedan producirse conflictos de intereses procesales entre las personas físicas acusadas del delito y las personas jurídicas que sean representadas por esas mismas personas físicas, lo que podría originar una conculcación efectiva del derecho de defensa de la empresa.

Todas las empresas, grandes o pequeñas, están afectadas por esta normativa. Las penas aplicables, que tienen todas la consideración de graves van desde una multa por cuotas o proporcional al valor del delito hasta disolución de la persona jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva.

Posibilidad de indefensión

La posibilidad de indefensión inicial que supondría el que la representación en juicio de la persona jurídica la hubiera ostentado una persona física también acusada y posteriormente condenada como autora del delito originario, a lo que se añadiría la irregularidad consistente en la simultánea asunción de la defensa de la persona física y la jurídica por el mismo abogado, no resulta aplicable en las sociedades pantalla, carentes de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos.

Considera la sentencia que mantener la imposición de la pena de disolución de semejan- te



persona jurídica de acuerdo con los preceptos ya citados, esencialmente el 66 bis del Código Penal (CP), tiene así mismo su reflejo en el hecho de la absoluta inutilidad de la repetición de las actuaciones para dotarla de una defensa adecuada, máxime si entendiéramos que nuestro Legislador equipara el enjuiciamiento de esta clase de entidades, formalmente dotadas de personalidad jurídica pero sin contenido real más allá que la finalidad de su utilización para la comisión del delito, con aquellas otras con existencia real y, por ende, para las que la disolución sí que supone un castigo con contenido efectivo.

En esta sentencia, de la que es ponente el magistrado Maza Martín, pide a jueces y tribunales que traten de evitar riesgos de ese tipo para proteger el derecho de defensa de la persona jurídica. Y sugiere al legislador que "remedie normativamente" este tipo de situaciones.

Requisitos para que haya delito

Como presupuesto inicial, dice que debe constatar la comisión de delito por una persona física integrante de la persona jurídica, que en este caso ejercían como administradores de hecho o de derecho de la misma. Además, se requiere que las empresas hayan incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos, lo que se llama en el argot jurídico planes de *compliance*.

"Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal, ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física derecho como fuente de inspiración de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas jurídicas 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 tendientes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos", dice la sentencia.

La resolución diferencia entre empresa con actividad real y las que califica como sociedades pantalla, carentes de cualquier actividad lícita y creadas exclusivamente para la comisión de hechos delictivos. Estas, han considerarse al margen del régimen de responsabilidad penal del

en el seno de aquella, ha sido posible o facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al

Se requiere que las empresas hayan incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia para evitar los delitos

Las penas tienen todas la consideración de graves y van desde una multa por cuotas hasta la disolución de la sociedad

El término ‘provecho’ se refiere a cualquier clase de ventaja, incluso de expectativa o mejora de posición ante competidores

El voto particular dice que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción probatoria

artículo 31 bis del CP, sin perjuicio de que en el caso de autos se considere de utilidad mantener las penas de disolución y multa impuestas.

El hecho de que la estructura y el cometido lícito de la persona jurídica sean utilizados por la persona física integrante de la misma para cometer el delito de la que es autora no significa obligadamente, así como tampoco la carencia absoluta de medidas de prevención del delito, que la misma tenga que ser disuelta. En el caso de una sociedad *partalla* en la que está ausente uno de los elementos o requisitos que configuran la base para la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica como es que el delito cometido por la persona física reporte alguna clase de *provecho* para la entidad. Considera el Supremo, que se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates.

Por ello considera que desde ahora que ese término de *provecho* (o *beneficio*) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., *provechosa* para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete.

Dicen los magistrados que cuando, como en el caso en litigio, las ganancias cuantiosas que obtienen los autores del ilícito contra la salud pública no es que favorezcan la subsistencia de la entidad sino que justificarían su propia existencia si, como se dice, se trata de una mera *empreesa partalla* constituida con el designio de servir de instrumento para la comisión del delito como su única finalidad, hay que concluir en que se cumple el referido requisito sin posible réplica.

Necesidad de motivación

La sentencia determina que para llegar a la disolución es preciso que el tribunal requiera, cuando menos, motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre la relevancia diferente de su actividad legal y el delito cometido en su seno, en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad.

Para la imposición de la pena de disolución se requiere que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, añadiendo el precepto que “se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal, según se regula en el artículo 66 bis b) del CP. Por ello, considera que la sentencia recurrida, de la Audiencia Nacional, en este caso carece de motivación en orden a valorar la procedencia de esta sanción, a la vista del que no se hace alusión alguna a este aspecto. Por ello, dictamina que debe procederse a la exclusión de dicha pena de disolución de la persona jurídica, dejando subsistente tan sólo la pena de multa correctamente impuesta en el mínimo legalmente posible.

En otras ocasiones semejantes, no en ésta en la que no se formuló por la acusación pretensión alguna al respecto, se podría considerar también la oportunidad de aplicar la pena de intervención judicial de la persona jurídica que, según el artículo 33.7g) del CP tiene como principal finalidad “salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que

se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”. Mecanismo que, así mismo, viene contemplado en el inciso el 5 artículo 53.5 del CP para aquellos supuestos en los que se produce el impago de la multa, en el plazo señalado, por la persona jurídica a ella condenada.

Voto discrepante

La sentencia cuenta con el voto particular concurrente de siete de los 15 magistrados del Pleno, que comparte el fallo de la resolución pero discrepa de parte de la doctrina que recoge. Así, considera que, en el caso de las personas jurídicas, altera las reglas probatorias aplicables con carácter general para la apreciación de circunstancias eximentes, estableciendo que las acusaciones acrediten el hecho negativo de la no concurrencia de instrumentos eficaces para la prevención de delitos, constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo.

Consideran los magistrados que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo 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, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos. Y, en todo caso, sobre la base de lo alegado y aportado por la empresa, deberá practicarse la prueba necesaria para constatar la concurrencia, o no, de los elementos integradores de las circunstancias de exención de responsabilidad preventivas en los párrafos segundo o cuarto del artículo 31bis, en el bien entendido de que si no se acredita la existencia de estos sistemas de control la consecuencia será la subsistencia de la responsabilidad penal.

Desde la reforma la reforma del CP de 2010 introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que implica que ésta pueda ser responsable penalmente si cualquiera de sus empleados comete un delito, debiendo responder por ello. Sin embargo, son muchos los negocios que aún no cuentan con una estrategia en este sentido ni con un *compliance officer*, encargado de la prevención.

La ‘excusa absoluta’ queda descartada, al no haber delito

La sentencia del Tribunal Supremo da la razón a la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado en muchos aspectos, pero no obstante, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, ese texto considera que la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una ‘excusa absoluta’ vinculada a la punibilidad, afirmación que el magistrado Maza Martín considera discutible, ya que una ‘excusa absoluta’ parte, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye. A su juicio, la presencia de mecanismos adecuados de control supone la inexistencia misma de la infracción. Circunstancia que lo que persigue no es otra cosa que posibilitar la pronta extinción de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que “no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente”.