

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre diversos aspectos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

I. Introducción

Más de 5 años después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se introdujo en el ordenamiento español la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el pasado 29 de febrero, el Pleno del Tribunal Supremo se pronuncia, por primera vez, sobre aspectos relevantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en un fallo –la Sentencia núm. 154/2016 (en adelante "**la Sentencia**")– que condena a tres empresas, por su participación en delitos contra la salud pública, confirmando así la Sentencia de la Audiencia Nacional, excepto en lo referente a la pena de disolución impuesta a una de ellas.

La Sentencia –según su propia explicación– nace con la vocación de "*cumplir con las funciones nomofilática y de unificación doctrinal*" que tiene encomendadas la Sala, y por eso va más allá de lo que, en principio, el asunto suscitaba, pero también pone de manifiesto la enorme complejidad del tema al nacer con un voto particular concurrente de 7 de los 15 magistrados que forman el Pleno de la Sala de lo Penal.

Una de las cuestiones más controvertidas tiene que ver con un asunto esencial, cual es la de los elementos integrantes del tipo objetivo para poder pronunciarse sobre la responsabilidad penal de una empresa.

Contenido

- La ausencia de cultura de cumplimiento normativo como elemento del tipo objetivo
- El concepto de "*provecho*" o "*beneficio directo o indirecto*"
- Derecho de defensa de la persona jurídica y su representación por persona física, también acusada, en el mismo procedimiento
- Distinción entre persona jurídica instrumental o "*pantalla*" de aquella con actividad real
- Imprudencia de la imposición de la pena de disolución a una de las entidades condenadas

II. Los elementos del tipo objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

- Posición mayoritaria

La Sala analiza los presupuestos necesarios para apreciar responsabilidad penal de las personas jurídicas, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal ("**CP**"), son: (i) la comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete; y (ii) que las personas físicas autoras de dicho delito sean integrantes de la persona jurídica (representantes, administradores, directivos, empleados o dependientes).

Lo novedoso de la Sentencia es que añade un **presupuesto adicional como elemento del tipo objetivo: la ausencia de los adecuados mecanismos de control que revelen la falta, en la empresa, de una cultura de cumplimiento normativo, una cultura de respeto al Derecho, o una cultura ética empresarial, que ha facilitado la comisión del delito.**

La justificación para su inclusión como tal radica –según el sentir mayoritario de la Sala– en que el núcleo y fundamento último de la responsabilidad de la persona jurídica radica, precisamente, en la ausencia de las medidas de control adecuadas. Lo que no aclara la Sentencia es **qué es lo que debe de entenderse por ausencia de una cultura ética empresarial y si esa ausencia se confirma por el incumplimiento de los requisitos del artículo 31 bis, apartados 2 y siguientes, o por la ausencia de cualquier mecanismo de supervisión y control.**

Esta afirmación trasciende del plano estrictamente teórico y tiene como importante consecuencia práctica que obliga, a la acusación, a probar esa inexistencia de los instrumentos adecuados y eficaces para prevenir la comisión de delitos y, por tanto, esa falta de cultura de cumplimiento normativo.

- El criterio de la Circular núm. 1/2016, de la Fiscalía General del Estado (“La Circular”)

La Circular hace repetida y expresa mención a la necesidad de implantar una *"cultura ética empresarial"* o una *"cultura corporativa de respeto a la Ley"* en la gestión de las empresas, como referente esencial a la hora de explicar que el Legislador haya establecido la responsabilidad penal corporativa y, por eso, a la hora de cumplir con los requisitos previstos en el CP para que la empresa se pueda eximir de responsabilidad (apartados 2 y siguientes del vigente artículo 31 bis), entiende que estos han de ser expresión de esa cultura de respeto a la Ley.

Pero la Fiscalía no comparte el criterio mayoritario de la Sala, acerca de que la ausencia de una cultura de cumplimiento normativo sea un requisito del tipo objetivo, sino que entiende que la exención de responsabilidad penal sobre la base de la existencia de los programas de cumplimiento normativo tiene la naturaleza de una excusa absolutoria que, como tal, ha de ser probada por quien la alega; es decir, la empresa. A la acusación sólo le compete probar el delito de la persona física en las condiciones del artículo 31 bis, apartado 1.

- La crítica de los magistrados disidentes

Los magistrados firmantes del voto particular concurrente niegan que la *"ausencia de una cultura de respeto al Derecho"* constituya un elemento adicional del tipo objetivo.

De considerarlo así, se alterarían las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, configurando un régimen privilegiado de excepción en materia probatoria para las personas jurídicas que podría generar, incluso, *"un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas"*, sin mencionar las dificultades prácticas que supondría para la acusación la carga de probar un hecho negativo.

Los únicos elementos que han de ser probados por la acusación son los recogidos en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 31 bis, y la inclusión de nuevos elementos tan vagos e imprecisos como *"la ausencia de una cultura de respeto al Derecho"* resulta contrario al principio de certeza que *"exige que los supuestos a los que la ley atribuya una responsabilidad penal aparezcan descritos en el texto legal con la mayor precisión posible"*.

Por último, el voto particular critica la incongruencia interna en la que incurre la sentencia mayoritaria que utiliza como argumento para apreciar la responsabilidad penal de las personas jurídicas *"la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos"*, hecho que no ha sido objeto de debate en casación. Por otra parte, de haberse exigido de modo efectivo que la acusación probara la ausencia de una cultura de control, tal y como sugiere la mayoría de la Sala, la resolución final habría tenido que ser absolutoria.

Obviamente, la jurisprudencia venidera nos deberá aclarar cuál va a ser el criterio definitivo al respecto, pero lo que es indudable es la importancia y relevancia que los programas de prevención de delitos tienen para articular, de una u otra manera, la exención de responsabilidad de las empresas.

III. El concepto de "provecho" o "beneficio directo o indirecto" como requisito para apreciar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La comisión de un delito por una persona física integrante de la persona jurídica en el seno de ésta no da lugar, de forma automática, a atribuirle responsabilidad penal a la persona jurídica.

Un elemento adicional para apreciar tal responsabilidad es que el delito se haya cometido *"en provecho"* para la persona jurídica (según la redacción del CP tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) o *"en su beneficio directo o indirecto"* (según la redacción actual del CP).

La Sentencia interpreta, de forma unitaria, los dos conceptos y llega a la conclusión, coincidente con la contenida en la Circular, de que hacen referencia a ***"cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa" o "provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno se comete el delito"***.

Además, para apreciar la existencia de tal provecho o beneficio no haría falta que, efectivamente, se produzca, *"resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad"*.

De todas formas, el Tribunal Supremo apunta a que este aspecto habrá de resolverse casuísticamente y buscar la existencia de una verdadera relación ente el delito cometido y la obtención de ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto.

Lo que sí, queda claro es que se descartan posturas extremistas como las que sostienen la existencia de provecho por el mero hecho de haberse producido un ahorro económico para la persona jurídica que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de control.

IV. Derecho de defensa de la persona jurídica y su representación por persona física, también acusada, en el mismo procedimiento

A raíz de una alegada nulidad de actuaciones, por haberse omitido el trámite de última palabra para una de las personas jurídicas, representada en juicio por una persona física, también acusada, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de reflexionar sobre la problemática del conflicto de intereses procesales entre las personas físicas acusadas del delito y las personas jurídicas que sean representadas por esas mismas personas físicas.

Efectivamente, en la mayoría de los casos, la persona jurídica y la persona física investigadas o acusadas tienen intereses divergentes y contradictorios en el juicio, por lo que no resulta conveniente *“dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos”*, con el posible resultado de la conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica.

Dicha problemática no fue resuelta por la Ley Orgánica 37/2011, de 10 de octubre, sobre medidas de agilización procesal, que dejó al arbitrio de la entidad investigada o acusada para designar a su representante en el proceso penal. Por tanto, el Tribunal Supremo hace una advertencia a los órganos instructores y de enjuiciamiento para intentar impedir, en la medida de lo posible, que el representante en sede penal de la persona jurídica sea una persona con posición opuesta o contradictoria a aquella.

Lo cierto, sin embargo, es que subsiste la incógnita acerca de qué persona ha de representar a la persona jurídica en juicio y cómo tratar los supuestos de conflicto de intereses, la cual precisa ser remediada normativamente por el Legislador.¹

V. Distinción entre persona jurídica instrumental o “pantalla” de aquella con actividad real a efectos de apreciar la responsabilidad penal

La opinión mayoritaria de los magistrados del Tribunal Supremo, coincidente con la de la Circular, es que la persona jurídica estrictamente instrumental o de *“pantalla”* (entendida como aquella que carece de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, con el propósito de delinquir) ha de quedar al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis.

Así, solamente serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente y no las que han sido creadas como meros vehículos para cometer delitos, que además, carecen de una estructura organizativa y, respecto de las que es *“imposible ponderar la existencia de mecanismos internos de control y cultura de respeto o desafección hacia la norma”*.

VI. Improcedencia de la imposición de la pena de disolución a una de las entidades condenadas

Por último, el Tribunal Supremo revoca la pena de disolución de una de las entidades condenadas por considerar que la Audiencia Nacional no ha aplicado correctamente las reglas de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas por haber impuesto dicha pena sin atenerse a *“sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores”* [artículo 66 bis 1ª b) del CP].

1) A tal respecto, la Sala indica algunas de las soluciones previstas en Derecho comparado: (i) la designación por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de “defensor judicial” de la persona jurídica; (ii) la designación de un “órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica”; o (iii) que sea el propio “compliance officer” quien represente procesalmente a la persona jurídica.

CONTACTO

Clifford Chance

Paseo de la Castellana, 110
28046 Madrid
Tel.: +34 91 590 75 00

José Antonio Caínzos

Socio responsable de Litigios y Arbitraje
E: joseantonio.cainzos@cliffordchance.com

Bernardo del Rosal

Of Counsel responsable de Derecho Penal Económico
E: bernardo.delrosal@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, Spain
© Clifford Chance 2016
Clifford Chance S.L.

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.