

Primer fallo del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas

Los expertos desmenuzan la sentencia

Una veintena de abogados analiza las virtudes y carencias de una sentencia que no ha podido entrar a examinar aspectos fundamentales

XAVIER GIL PECHARROMÁN

Los expertos en Derecho Penal consideran que la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de febrero de 2016 -la primera que emite el Alto Tribunal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas-, no resulta controvertida, aunque debido a las características de las empresas y al tipo de delito -tráfico de drogas-, han quedado muchas dudas legales por resolver y los propios magistrados han anunciado decisiones jurisprudenciales que habrá que adoptar en un futuro.

Un texto muy relevante

"Es una sentencia muy relevante, pues ofrece interpretaciones concretas sobre determinadas cuestiones como la defensa o representación en Sede Judicial de la persona jurídica. Sin embargo, al tratarse de un delito contra la salud pública no se han podido concretar principios generales aplicables de futuro, pues no va a ser este un delito de frecuente comisión por empresas, como señala el voto particular emitido por varios magistrados", comenta Beatriz Saura Alberdi, directora del departamento Penal y Compliance de Legal y Económico.

Cuatro aspectos relevantes

Antonio Camacho, fiscal en excedencia y Counsel de Penal Económico de Pérez-Llorca estima que a pesar de la complejidad técnica de la sentencia, resaltan cuatro aspectos relevantes: (i) la afirmación, como no podía ser de otra manera, de que todas las garantías propias del proceso penal son de total aplicación a las personas jurídicas; (ii) la sentencia discute la tesis de la Fiscalía General del Estado (FGE) de que la existencia de una política de prevención en la persona jurídica constituye una excusa absoluta, para estimar que, de existir esa política, nos encontraríamos ante la inexistencia misma de la infracción respecto de la persona jurídica; (iii) excluye la aplicación de la pena de disolución respecto de una de las personas jurídicas, sobre la base de que teniendo más de cien trabajadores, al aplicar dicha pena estos habrían de sufrir graves perjuicios no habiendo tenido ninguna relación con la comisión del delito; y (iv) finalmente, la sentencia va acompañada de un voto particular, que discute la tesis de que la acusación deba acreditar la inexistencia de una cultura de prevención de delitos en la persona jurídica para conseguir la condena de la misma, estimando que debe ser la persona jurídica la que alegue y acredite la preexistencia de esa cultura de prevención.

Condena sin 'provecho' de la sociedad

"Llama la atención que exista condena en un supuesto en el que no se produce provecho para la persona jurídica, dado que la actividad delictiva

Los expertos dan su opinión



“No se han podido concretar principios generales por la naturaleza del delito”

B. Saura, Legál&Económico



“Esta sentencia discute la tesis mantenida en su circular por la Fiscalía del Estado”

Antonio Camacho, Pérez-Llorca



“El delito se realiza con los medios de la sociedad, no delinque ella”

Martín Bilbao, B. Barrilero



“Es necesaria la ponderación del juez entre la actividad legal y la ilegal que realiza”

Óscar Morales, Uría Menéndez



“La inexistencia de delito puede ser declarado en la instrucción con un sobreseimiento”

Mar de Pedraza, De Pedraza A.



“La ausencia de cultura de respeto al Derecho no puede ser nunca una eximente”

Rodríguez-Sañagún, Ceca Magán

nada tiene que ver con la actividad empresarial de la persona jurídica, sino que se lleva a cabo una utilización de sus medios para cometer un delito contra la salud pública. Por otra parte, la Sentencia no se plantea la eficacia de mecanismos de prevención de delitos, dado que no existían en las sociedades condenadas. Sin embargo, es muy significativo el hecho de que la Sala se hace eco de la postura mantenida por la reciente Circular de la Fiscalía General del Estado, 1/2016 STS, por la cual ha de examinarse la "cultura ética empresarial" mantenida históricamente por la empresa, diferenciando esta de la de cada una de las personas físicas que la integran", dice Martín Bilbao Lorente, miembro del Equipo Directivo de la División Penal del Bufete Barrilero y Asociados.

Actividad legal e ilegal

La sentencia se refiere a la ponderación legal que debe realizar el juez entre la actividad legal o ilegal de la persona jurídica. Óscar Morales, socio de Uría Menéndez, explica que el Código Penal "obliga a realizar un ejercicio de ponderación entre la actividad lícita de la empresa y la actividad ilícita. Si la empresa es una tapadera para la comisión de delitos, deberá disolverse, y no procederá la disolución ni cuando se cometa un delito en su seno, ni cuando ello suceda en ausencia total de modelos de prevención del delito".

Inexistencia de la infracción

Mar de Pedraza, socia directora de De Pedraza Abogados, considera que la sentencia suscita un interesantísimo debate de tipicidad en el que personalmente comparte el criterio de la mayoría del Pleno de la Sala Segunda: "A nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción. Así, el establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización constituye el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Y, de esa forma, es una evidencia que la prueba de su concurrencia corresponde a la acusación, así como que la ausencia de este elemento del tipo objetivo puede ser declarada en fase de instrucción mediante el oportuno sobreseimiento. Lo que, sin duda, tiene un enorme impacto en la estrategia de la defensa", señala la letrada.

La acusación debe acreditar la ausencia de cultura ética

Miguel Ángel Rodríguez-Sañagún, socio del Departamento Mercantil y M&A de Ceca Magán, determina que la sentencia del Alto Tribunal se aparta de las directrices establecidas en la Circular 1/2016 de la Fiscalía, pues entiende que "la ausencia de una cultura de respeto al Derecho es un ele-

La propia naturaleza del delito juzgado ha impedido que se puedan aclarar muchas dudas que deja el Código Penal

Los magistrados del Alto Tribunal han anunciado en el texto que tendrán que adoptar importantes decisiones en un futuro

Existen tres posturas divergentes: de una parte la doctrina mayoritaria, la del voto particular y la de la Fiscalía General

La no disolución automática es la regla general y no la excepción, pero habrá que esperar a que se aborde la cuestión

mento integrador del núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica y no de una eximente, por lo que compete a la acusación acreditar la ausencia de dicha cultura ética corporativa”.

Disolución de la sociedad

Gabriel Castro, socio del área Penal de Garrigues, indica que debe producirse alguno de los dos supuestos previstos en el artículo 66 bis, bien que estemos ante un supuesto de *multireincidencia* previsto en el artículo 66.5º del Código Penal o que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. 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. El Supremo lo que dice es que siendo una empresa con una actividad real, con más de 100 trabajadores y no concurriendo el supuesto de *multireincidencia*, le reprocha a la sentencia de instancia que no se haya hecho una adecuada ponderación entre la actividad legal desarrollada en su seno y la comisión del delito, por lo que, ante la ausencia de motivación en ese sentido, acuerda dejar sin efecto la pena de disolución, dejando como única pena la de multa. Esta no es una cuestión controvertida.

Eliminar el escarnio público

La sentencia advierte de la dificultad de la prueba del ejercicio del debido control por parte de la compañía para evitar la condena. Lo que debería llevar al legislador a definir con mayor detalle el contenido y alcance de los modelos de cumplimiento penal, aunque sea en las leyes mercantiles, tal y como sugiere la reciente Circular 1/2016 de la Fiscalía. Muy interesante, desde el punto de vista jurídico penal la discusión que evidencia el voto particular concurrente, a tenor de la cual una mayoría considera el debido control como elemento del tipo que permitirá a las empresas eludir el escarnio público del proceso penal y salir de la investigación penal en fase inicial de la instrucción si se acredita que la empresa cuenta con un modelo de cumplimiento válido, sin tener que esperar a la celebración del juicio oral y la aplicación de la circunstancia eximente”, asegura Adrián Dupuy, socio de Procesal de PwC Tax and Legal Services.

Falta de medidas preventivas

Apunta Inigo Gómez, director general de Gobercom, que la ausencia de medidas preventivas “no avocan a la disolución automática de la empresa, pero cabe preguntarse si ante el perjuicio reputacional y las cuantiosas multas más de 750 millones en el supuesto de la sentencia estudiada, no van a significar de facto la desaparición de la propia empresa y su inviabilidad”.

Los expertos dan su opinión



“En la sentencia de Instancia no se ha hecho una ponderación de la actividad legal”
Gabriel Castro, Garrigues



“El legislador debería definir con mayor detalle los modelos de cumplimiento”
Adrián Dupuy, PwC T&L S



“La cuantía de la multa y el coste reputacional pueden hacer desaparecer la empresa”
Inigo Gómez, Gobercom



“Peligrosa ambigüedad en los términos ‘eficacia’ y ‘control’ de las medidas de control”
Rocío Gil, Olleros Abogados



“No se valora la posibilidad de aplicar la pena de intervención judicial”
Eduardo Tornero, Kerner Legal



“Se trata de evitar las ventajas indirectas del delito para la sociedad que delinque”
Angel Serret, BDO Abogados

El riesgo cero no existe

Estima Rocío Gil, directora del área de Compliance de Olleros Abogados, que “si bien es inaplicable la exigencia por el legislador, por Fiscalía y por el TS de medidas de control eficaces e *itónneas*, a pesar de la peligrosa ambigüedad de estos términos, esta eficacia no debe ser equiparada a riesgo cero, o con consecuencia de evitación de la conducta. Así lo refleja ya el Alto Tribunal con la matización “en lo posible”. A mi juicio, lo que deberá acreditar la persona jurídica para quedar exenta de responsabilidad es la existencia de concretos instrumentos de control que, por su naturaleza e implementación en la compañía, no sólo tendrían que haber sido suficientes para evitar el resultado de haber sido respetados, sino que además evidencian un auténtico interés de la organización por gestionar los riesgos penales que le afectan”.

Intervención judicial

“El TS no ha podido valorar la posibilidad de la aplicación de la pena de intervención judicial como sustitutiva de la disolución y, por ello, ha tenido que excusarla, precisamente porque la acusación no formuló dicha pretensión. Pero la sentencia sí dice que para otras ocasiones semejantes se podría considerar la oportunidad de aplicarla. Entiendo que tanto el Supremo como el legislador tratan la pena de intervención judicial más como un sustitutivo de otras penas y como remedio de salvaguarda de los derechos de los trabajadores o de los acreedores de la empresa acusada que como una pena propiamente dicha”, dice Eduardo Tornero, socio director de Kernel Legal.

‘Beneficio’ por ‘provecho’

Angel Serret, director de Procesal en BDO Abogados entiende que “lo que el legislador ha pretendido con la nueva redacción del artículo 31 bis, que sustituye la expresión en su *provecho* por la del *beneficio directo o indirecto*, es aclarar las dudas que la anterior redacción suscitaba y ampliar los beneficios que para la persona jurídica la acción delictiva pueda conllevar a ventajas indirectas e incluso intangibles, tales como puedan ser los beneficios reputacionales o de mejora de posición competitiva”.

Un fallo que aún no sienta jurisprudencia

Luis Manuel García, socio de Derecho Corporativo y Cumplimiento Normativo de Lupicino Internacional Law Firm, matiza que “lo primero, es necesario señalar que esta sentencia del Tribunal Supremo no sienta todavía una jurisprudencia definitiva, y además siete de los 15 magistrados no la han apoyado, por lo que hay que tomar con cautela sus pronunciamien-