



Los expertos desmenuzan la primera sentencia del Supremo sobre la responsabilidad penal de las empresas

Xavier Gil Pecharromán

16/03/2016 - 18:47

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



Interior del Tribunal Supremo. eE

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 responder y los propios magistrados han anunciado decisiones jurisprudenciales que habrá que adoptar en un futuro.

Consulte todo sobre la primera sentencia del Supremo sobre responsabilidad penal de las empresas en Iuris&Lex. La revista desgrana todo lo relativo al histórico fallo en su apertura.

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 destacables



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 absolutoria, 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 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-Sahagún, 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 elemento 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 multirreincidencia 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 multirreincidencia, 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 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 Iñigo 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".

El riesgo cero no existe



Estima Rocío Gil, directora del área de Compliance de Olleros Abogados, que "si bien es inapelable la exigencia por el legislador, por Fiscalía y por el TS de medidas de control eficaces e idóneas y, 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'



Ángel 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 Lupicinio 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 pronunciamientos. Es claro que la no disolución automática es la regla y no la excepción, porque así lo establece el propio código penal, pero parece que habrá que esperar sentencias posteriores para que la jurisprudencia se profile en este aspecto".

Cultura del respeto



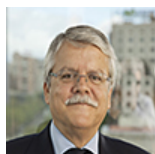
Manuel Camas, presidente de Gaona Abogados, estima que "en la propia sentencia hay tres planteamientos divergentes: el de la mayoría de los magistrados, el del voto particular y el de la Fiscalía General del Estado en su reciente circular 1/2016. Tendrá en el futuro que precisar el TS la distinción entre la inexistencia de infracción basada en la cultura de respeto al Derecho y la eximente. Desde luego parece necesario iniciar ese camino para no abocar a las personas jurídicas a la indefensión".

Derecho fundamental a la defensa



"No considero que pueda hablarse de un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria en la medida en que el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica es precisamente la ausencia del debido control o el defecto de organización que posibilita la comisión del delito. Al igual que ocurre con la persona física, ha de ser la acusación quien pruebe la culpabilidad del acusado, ya sea esta una persona física o jurídica, como es el caso, siendo así que a esta le asiste, al igual que a la persona física, el derecho fundamental a la defensa bajo la vigencia constante del principio acusatorio", afirma Berta Aguinaga, socia de Ontier en el área de Penal Económico.

Sin elementos de prueba



Indica Bernardo del Rosal, catedrático de Derecho Penal y of counsel de Clifford Chance, que "tiene razón el voto particular al señalar que no hay elementos subjetivos adicionales del tipo que exijan a la acusación demostrar, en cada supuesto enjuiciado, que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica. Su exigencia no tiene amparo legal y conlleva unos graves niveles de incertidumbre, porque habría que definir en qué consiste y cuándo se logra esa cultura y cuándo no existe, haciendo casi imposible la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas".

Debate sobre la naturaleza y los elementos



"La sentencia no zanja el debate sobre la naturaleza y los elementos que configuran la responsabilidad de las empresas. Al contrario, lo abre al más alto nivel como pone de manifiesto el voto particular suscrito por siete de los 15 magistrados que componen la Sala. Sin duda, el aspecto más conflictivo lo representa la relevancia que la sentencia mayoritaria otorga a la cultura de cumplimiento que se consagra como termómetro para medir la responsabilidad penal de las empresas. Hasta tal punto que su ausencia constituye el elemento nuclear del tipo y, por tanto, debe ser acreditado en cada caso por la acusación para que pueda prosperar su pretensión de condena. Y ahí surge la objeción de los discrepantes. El debate está servido y promete más secuelas", estima Ignacio Sánchez, counsel del Área de Litigios, Arbitraje y Penal Económico de la oficina de Hogan Lovells en Madrid.

Se impone la cultura del cumplimiento



Nieves Briz, socia y responsable de Gobierno Corporativo y Compliance de Jausas, razona que "la carga de la prueba es una cuestión polémica, como demuestra el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo y la discrepancia de opiniones entre esta resolución y la Fiscalía. Más allá de lo que pueda suceder en un procedimiento penal, todas las partes coinciden en la necesidad de que exista una cultura de cumplimiento en el seno de las organizaciones, y eso es lo que debe primar en la práctica".

Sigue las tendencias internacionales



"Aunque la Sentencia no fija jurisprudencia en materia de modelos de Compliance, al tratarse de un obiter dicta y ser además el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo en esta materia, sí que marca una tendencia perfectamente definida. Así, tras la reciente circular 1/2016, que hizo énfasis en la importancia de modelos de Compliance para generar una adecuada cultura corporativa, la Sentencia incide sobre ello hasta el punto de considerar este aspecto como el verdaderamente esencial, siendo dichos modelos un modo de plasmación de su existencia. Aunque este y otros extremos han provocado el voto particular de algunos magistrados, opuestos a que un término jurídico indeterminado como cultura corporativa determine una imputación penal, lo cierto es que sigue las tendencias que se observan a nivel internacional en esta materia", según Alain Casanovas Ysla, socio responsable de Compliance en KPMG Abogados.

No sólo afecta al Código penal



Finalmente, Antonio Montero, director del Departamento Tributario de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, afirma que "es preciso efectuar una revisión de los modelos de gestión implantados como consecuencia de la modificación operada en el CP en 2010 para adecuar los mismos a los cambios operados en 2015, que afectan, no sólo a la norma penal sino también, y de forma especialmente intensa, a la norma administrativa tributaria".

Aspectos de extraordinaria importancia

Ricardo Noreña, socio responsable de forensic de EY, sostiene que "la reciente Sentencia del Tribunal Supremo



154/2016 de 29 de febrero aunque no es muy representativa para el mundo empresarial porque viene a concluir sobre un entramado de personas y sociedades dedicados al tráfico de cocaína, donde según los hechos probados había un claro propósito de delinquir tanto en las personas jurídicas como en las personas físicas, sin embargo pone de manifiesto dos aspectos en mi opinión muy relevantes. El primero es que las multas pueden ser elevadas, en este caso asciende a 775 millones de euros y, en segundo lugar, el debate sobre si existe o no en las organizaciones sujetas a enjuiciamiento, un adecuado entorno de control destinado a prevenir delitos. Sobre el primer aspecto, destacar que las multas y los daños causados por actuaciones delictivas en el ámbito societario serán cuantiosos como viene ocurriendo en otros países de nuestro entorno, ya que es el principal elemento punitivo con el que se cuenta de cara a desincentivar este tipo de actuaciones en el ámbito societario. Sobre el segundo aspecto, me parece importante destacar que el elemento probatorio de si existe o no un adecuado entorno de control destinado a prevenir delitos es fundamental en los procesos ya desde la fase de Instrucción, ya que en el supuesto de que el delito sea cometido por un empleado o mando intermedio que no tenga la condición de administrador, es necesario demostrar la falta de control para acreditar que existe una responsabilidad en la persona jurídica en la parte acusadora. También de cara a la defensa y poder alegar la eximente o atenuante el elemento probatorio es fundamental, ya que debe existir un control efectivo en la organización destinado a prevenir delitos. En definitiva tanto la Sentencia como el Voto Particular a la misma vienen a poner sobre la mesa aspectos de extraordinaria importancia, y que deben ser objeto de un análisis profundo por su extraordinaria importancia para la sociedad".

PUBLICIDAD

[Aprende a invertir y a gestionar tu dinero. Cursos gratis en Self Bank. Apúntate.](#)

Otras noticias



Qué dividendos comprar para ganar y de cuáles es mejor desconfiar



Mercadona, abrumada: en una semana se han presentado 5.000...



En India, el precio de la orina de vaca está a punto de superar al de la leche



Un banquero en dificultades

Contenido patrocinado



Iberdrola, momento de comprar acciones a precio de derribo
(Estrategias de inversión)



¿Hasta cuándo se puede aprender un nuevo idioma?
(Babbel)



Los 10 parques más bonitos del mundo
(Tourse)



10 herramientas de gestión de proyectos para PYMEs
(LanceTalent)

Nuestros partners: **CanalPDA** | **Boxoffice** - Industria del cine | **ilSole** - English version | **Empresite: España** - Colombia | **Administradores y Ejecutivos** | **Ranking de Empresas**

recomendado por

Copyright 2006-2016, Editorial Ecoprensa, S.A. Queda expresamente prohibido, tanto directa como indirectamente, ceder o transmitir a terceros toda o parte de la información recibida o facilitar su acceso a la misma, sin la correspondiente licencia o autorización. | Política de Privacidad | Aviso Legal | Política de cookies | Cloud Hosting en Acens