

Alcance de la responsabilidad penal de la persona jurídica según el Tribunal Supremo

Ángel Carrasco Perera y Jesús Almarcha Jaime

Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

1. Las dos primeras sentencias en materia de *compliance*

El 29 de febrero del 2016 salió a la luz la primera sentencia¹ emitida por el Tribunal Supremo que analiza en profundidad varios aspectos relacionados con la responsabilidad penal de la persona jurídica a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015. El caso enjuiciado concierne a una red de tráfico de drogas y blanqueo de capitales conformada por varias personas físicas que, a su vez, son administradores de hecho o de derecho de varias personas jurídicas por medio de las que cometían los delitos. De las tres personas jurídicas acusadas, sólo una consigue no ser penada con la disolución, principalmente porque a su cargo tenía unos cien trabajadores, aunque ello no la exime del pago de la multa de 775,6 millones de euros, cuyo abono podría fraccionarse (*ex art. 53.5 del Código Penal o CP*).

Asimismo, el 16 de marzo del 2016 fue publicada la segunda sentencia² del Tribunal Supremo en esta materia. El caso de autos se refiere a un delito de estafa cometido por una inmobiliaria en su intermediación en la compraventa de un inmueble. El vendedor comunicó el precio de venta fijado para el inmueble, del cual se detraerían los honorarios de la agencia, mientras que ésta pactó un precio superior con

el comprador, apropiándose de la cuantía que restaba entre el precio fijado con el vendedor y el efectivamente pagado por el comprador. La inmobiliaria se exoneró de la responsabilidad penal (cierre temporal de las instalaciones y pago de una multa de 24 000 euros) porque no fue informada de su imputación en la primera fase del proceso.

2. Lo que sostiene la doctrina del Tribunal Supremo

Las sentencias del Tribunal Supremo no contienen una doctrina que pueda conocerse con la claridad deseada, y ello ocurre en aspectos esenciales del problema de la responsabilidad penal de las sociedades. Con carácter general, la doctrina de estas sentencias es como sigue:

- *Igualdad jurídica*: el Tribunal Supremo establece la igualdad jurídica de las personas físicas y jurídicas en relación con el respeto de los derechos y garantías constitucionales como principios que informan el derecho penal, debiéndose tratar a unas y otras en términos equivalentes.
- *La responsabilidad independiente*: el régimen de responsabilidad rector en estos supuestos es el de la responsabilidad

¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 154/2016, de 29 de febrero (JUR 2016\42685).

² STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 221/2016, de 16 de marzo (JUR 2016\56612).

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

independiente; es decir, la única relación entre la persona física y la persona jurídica es la necesidad de que la primera cometa el delito para que la segunda pueda llegar a ser culpable, pero ello no implica *per se* que la persona jurídica deba ser condenada. En consecuencia, será necesario analizar si la persona jurídica cumplió diligentemente las exigencias legales.

- *El tipo objetivo*: la responsabilidad de la persona jurídica descansa en el establecimiento de medidas y métodos de control eficaces que eviten la comisión de infracciones delictivas por quienes actúan en su ámbito organizativo. Por tanto, el tipo objetivo será la ausencia de las medidas de control adecuadas para evitar la comisión de delitos, las cuales evidenciarían una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma y de respeto al Derecho.
- *El «beneficio directo o indirecto»*: en cuanto a la exigencia típica del «beneficio directo o indirecto» del artículo 31 *bis* del Código Penal, el tribunal entiende que tal beneficio se manifiesta en cualquier tipo de ventaja, incluso la mera expectativa o la mejora del posicionamiento en el mercado o, en su caso, la propia subsistencia de la persona jurídica. Este último supuesto es el propio en las personas jurídicas «pantalla», cuyo beneficio se manifiesta en la propia existencia. Asimismo, la no consumación del delito intentado que pretendía la obtención de un beneficio implica *per se* el cumplimiento típico por mera expectativa.
- *La exoneración de la responsabilidad*: una vez delimitado el tipo objetivo, sólo cabrá exoneración cuando existan medidas de control eficaces y adecuadas. Es probable que el tribunal no identifique «medidas de control» con la existencia necesaria de un «programa de *compliance*». Asimismo, el tribunal matiza que no tiene cabida la idea de exigir

una «cultura de cumplimiento» (esto es, que dentro de la organización exista un verdadero respeto al programa de *compliance* o de respeto a la ley por todos los actores) como la contenida en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, pues establece un régimen de responsabilidad objetiva que no tiene cabida en nuestro sistema.

- *La carga de la prueba*: corresponde a la acusación probar primeramente que concurren las circunstancias necesarias para que exista responsabilidad penal de la persona jurídica, pues sobre aquélla reside la carga de la prueba. Por tanto, no existe una presunción *iuris tantum* de la existencia de un defecto organizativo con la simple acreditación de la comisión del hecho delictivo por la persona física.
- *El derecho de defensa autónomo*: el Tribunal Supremo considera que es notorio e importante el problema concerniente a la confusión del ejercicio de aquel derecho en la persona física que precisamente es autora del delito originario. Ello se debe a que tal persona física puede utilizar esa posición en su propio beneficio de tal forma que intente transmitir a la persona jurídica toda la responsabilidad (por ejemplo, no colaborar con la justicia, instar a que la reparación indemnizatoria recaiga principalmente sobre la persona jurídica, influir en la estrategia de defensa, etc.).

El problema no ha sido resuelto por el legislador y tampoco puede ser resuelto por el tribunal, aunque éste insta al primero para que establezca una solución (por ejemplo, mediante la implantación de un «defensor judicial» de la persona jurídica, la atribución de la defensa al oficial de cumplimiento o a un órgano colegiado) y exige a los jueces que durante la celebración del juicio velen por la autonomía del derecho de defensa de la persona jurídica y su no vulneración, pues implicaría indefensión³.

³ Seguramente el método más sencillo para dar solución al problema sea el de la atribución de un abogado distinto del de la persona física, en lugar de nombrar un defensor judicial o formar un órgano colegiado.

Ahora bien, el ejercicio de la defensa de las personas física y jurídica por un mismo sujeto no da lugar al automatismo de vulneración del derecho de defensa, sino que la persona jurídica deberá acreditar y probar los perjuicios que tal situación le ha generado.

- *Personas jurídicas instrumentales o «pantalla»*: respecto a las personas jurídicas que son creadas con el único fin de cometer el delito y, por tanto, no tienen una actividad lícita, el Tribunal Supremo aclara que por sí mismas carecen de métodos internos de control de cumplimiento normativo al ser su finalidad precisamente lo contrario. Su propia finalidad agota su existencia *ex artículo 31 bis* del Código Penal, no siendo posible atribuirle responsabilidad penal, sino que lo más apropiado es la disolución directa de la persona jurídica declarando su inexistencia y comunicando al Registro correspondiente la anulación, conforme el artículo 129 del Código Penal.

Por tanto, una persona jurídica «pantalla» ni tiene derecho de defensa ni responsabilidad, pues no existe. Sólo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente.

- *Ponderación de la pena aplicable*: en relación con la ponderación de la pena aplicable, concretamente la pena de disolución de la persona jurídica y el pago de la multa, ambos concernientes a su posible extinción, en la primera sentencia el Tribunal Supremo utiliza el artículo 53.5 del Código Penal para sopesar la pena aplicada a la persona jurídica que, al margen de la actividad ilícita, también tenía una actividad lícita que

daba trabajo a unas cien personas. Entiende el tribunal que en estos casos debe velarse por la protección de los trabajadores o el interés general, pues lo contrario implicaría hacer recaer sobre ellos las consecuencias del ilícito. Asimismo, también deja abierta la vía a la utilización del mecanismo de intervención judicial *ex artículo 33.7g* del Código Penal en supuestos análogos.

3. La controversia más allá de la doctrina del Tribunal Supremo

3.1. ¿Existe responsabilidad objetiva de la persona jurídica en caso de la comisión del delito por una persona física del artículo 31 bis.1a del Código Penal?

La sentencia del Tribunal Supremo, a diferencia de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, no distingue entre el régimen de exención de la responsabilidad penal de una persona jurídica dependiendo de si el delito ha sido cometido por un administrador o representante legal (art. 31 *bis.1a* CP) o por un subordinado (art. 31 *bis.1b* CP). Más bien se refiere siempre a la persona física en términos generales, por lo que se suscita la duda de si el programa de cumplimiento tendrá el mismo efecto eximente en ambos casos.

Creemos inferir del contenido de las sentencias que la aplicación de un sistema de responsabilidad distinta e independiente, aunque cumulativa, y la inexistencia de diferenciación entre ambos casos planteados implican que resulte indiferente el estatus de la persona física dentro de la persona jurídica y que se valore para ambos casos de la misma manera el efecto eximente del programa de cumplimiento⁴. A mayor abundamiento,

⁴ «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 en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas 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, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos».

«[...] la tipicidad de la intervención de la persona jurídica recurrente, que no estriba exclusivamente en la comisión del delito contra la salud pública atribuida a sus administradores, de hecho y de derecho, infracción que opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno, sino en esa existencia de la infracción cometida por la persona física unida a la ausencia del debido control que le es propia a la jurídica».

el supuesto de hecho del primero de los casos enjuiciados corresponde a varios administradores de diversas personas jurídicas, lo que atribuye más verosimilitud a esta interpretación.

3.2. *¿Exonera automáticamente un programa de compliance en caso de cumplir los requisitos del artículo 31 bis.5 del Código Penal?*

Consideramos que la respuesta implícitamente dada por el tribunal debe ser negativa, puesto que la sentencia enfatiza la obligación de las personas jurídicas de implantar en su seno medidas de control eficaces y adecuadas para impedir la comisión de delitos. Pero ello no implica que la existencia de un programa de cumplimiento normativo suponga *per se* una causa de exclusión automática de la responsabilidad penal, pues tal programa deberá someterse a un juicio de valor subjetivo del tribunal que dictamine si efectivamente las medidas contenidas en el programa son eficaces y adecuadas. A ello se suma el hecho de que en las personas jurídicas de pequeño o mediano tamaño será difícil instaurar un programa de cumplimiento por razones logísticas y económicas, lo que conllevará que deba aplicarse también un juicio valorativo de las medidas de control existentes, aunque no conformen un verdadero programa de cumplimiento⁵.

3.3. *¿Es necesario el programa de compliance en personas jurídicas de pequeño y mediano tamaño?*

Entendemos que la respuesta del tribunal es negativa. El Tribunal Supremo

es consciente de que en determinados casos habrá ciertas personas jurídicas que, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no podrán implantar debidamente un programa de *compliance*. A ello debe sumarse la concepción de que el programa no exime de la responsabilidad de forma objetiva, sino que será necesario un juicio de valor subjetivo por parte del juzgador, no sólo del programa, sino de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos en general⁶.

3.4. *¿Qué ocurre si no se sabe quién cometió el delito dentro de la persona jurídica?*

El Tribunal Supremo fundamenta el régimen de responsabilidad penal por el hecho propio de la persona jurídica precisamente en el contenido del artículo 31 *ter* del Código Penal, el cual establece claramente que no es preciso que se individualice al actor del hecho delictivo para que la persona jurídica pueda resultar responsable penalmente. Ello es igualmente aplicable a los supuestos en los que la persona física fallezca, se sustraiga del derecho a la acción de la justicia, o concurren circunstancias que afecten a su culpabilidad.

Así, en la segunda de las sentencias el Tribunal Supremo recalca que «[s]on, por tanto, dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados».

⁵ «Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 *bis* 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física».

⁶ «Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas *compliances* o “modelos de cumplimiento”, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar».

Con todo, y aunque las sentencias nada digan, no basta que el delito sea cometido por un miembro anónimo de un grupo posible de autores cualesquiera. El delito tiene que haberlo cometido necesariamente alguien en quien concurran los elementos subjetivos de imputación a que se refiere el artículo 31 *bis* del Código Penal. Por ejemplo, tiene que probarse que haya sido cometido (necesariamente) por un representante y por alguien en nombre o cuenta de la compañía. Y, en el supuesto del artículo 31 *bis.1b* del Código Penal, deberá tratarse (probablemente) de alguien que hubiera actuado en el ejercicio de funciones o actividades sociales y de alguien del que podría derivarse un beneficio directo o indirecto de la compañía.

4. ¿Tiene sentido?

Resulta cuando menos cuestionable la practicidad de la imposición de la pena de multa en supuestos como el enjuiciado en la sentencia de 29 de febrero. Las sociedades disueltas no tendrán que pagarla, precisamente por ser «pantalla» y por haber sido disueltas. La única sociedad que se mantiene en vida tendrá que hacer frente a una cuantía pecuniaria que raramente no implicará su extinción *de facto* por razones económicas y por el propio perjuicio reputacional al que se verá sometida. *Cui prodest?* Porque queda claro que los administradores de hecho o de derecho fueron condenados por su propio delito y no es imaginable que puedan sufrir una aflicción adicional por la multa que se impone a la sociedad, que muy bien se les podría haber impuesto a aquéllos como medidas accesorias. Quienes sufren por

la pena no son los socios, ya desinteresados de la compañía, sino el resto de las partes interesadas o *stakeholders*, y muy principalmente sus trabajadores.

5. Aspectos destacables del voto particular a la sentencia de 29 de febrero del 2016

A la sentencia le sigue un voto particular al que se adhieren siete de los quince magistrados, los cuales, a pesar de compartir el fallo de la resolución, no están de acuerdo en varios aspectos. En síntesis, son los siguientes:

- *La ausencia de una cultura de control como elemento del tipo objetivo:* para los firmantes del voto particular, la «cultura de cumplimiento», a la que hacía expresa mención la Fiscalía General del Estado en su circular, constituye un elemento del tipo objetivo inherente a su núcleo típico (no es un elemento adicional) y fundamentado en la culpa *in vigilando* o *in instruendo*.
- *El privilegiado régimen de la carga de la prueba en personas jurídicas:* no es conforme a Derecho que la acusación deba probar en todo caso la responsabilidad de la persona jurídica por cuanto la doctrina jurisprudencial viene defendiendo que las circunstancias eximentes deben acreditarse tanto como el hecho delictivo y, por tanto, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación. En caso de faltar tal base racional, la consecuencia es la asunción de la responsabilidad (*v. gr.*, STS 1068/2012, de 13 de noviembre).