

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 154/2016, de 29 de febrero [ROJ: STS 613/2016]

PRIMER PRONUNCIAMIENTO CONDENATORIO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La Sentencia 154/2016, de 29 de febrero, de la que es ponente don José Manuel Maza Martín, es la primera resolución condenatoria en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 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. El Tribunal Supremo aborda en ella cuatro de los aspectos problemáticos más fundamentales en la materia –en ocasiones, cabe decir, pronunciándose en concepto de *obiter dicta* sobre cuestiones que van más allá de sus funciones jurisdiccionales en relación con el caso enjuiciado–: el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la eximente prevista en el artículo 31.2 *bis* del Código penal (FJ. 8.º), el derecho de defensa de la persona jurídica (FJ. 8.º), las condiciones de imposición de la pena de disolución a la misma (FJ. 10.º) y la naturaleza del elemento *en beneficio directo o indirecto* del artículo 31.1 *bis* (FJ. 13.º). Contra el fallo condenatorio formula un voto particular el magistrado Conde-Pumpido Tourón, al que se adhieren seis magistrados más (Colmenero López de Luarca, Varela Castro, Jorge Barreiro, Del Moral García, Palomo del Arco, Giménez García), lo que pone de relieve la manifiesta discordancia entre las opiniones de los magistrados integrantes de la Sala, ya que son tan solo ocho (una muy ajustada mayoría simple) los votos que refrendan la sentencia. Para facilitar la comprensión del texto, cada cuestión a comentar se tratará por separado:

1. Fundamento de la responsabilidad y eximente del artículo 31.2 *bis*

La Sentencia entiende, siguiendo en este sentido a la Sentencia del Tribunal Supremo 514/2015, de 2 de septiembre, que cualquier pronunciamiento condenatorio en relación con la responsabilidad penal por transferencia vicarial de las personas jurídicas del artículo 31.1 *bis* habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal. Acto seguido, hace pivotar la responsabilidad penal de la persona jurídica –previa constatación del presupuesto inicial de dicha responsabilidad, esto es, la comisión de un delito por parte de la persona física integrante de la organización– sobre la existencia y también la 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 (manifestación, según ella, de una cultura de respeto al Derecho).

Así pues, para el Tribunal el núcleo de la responsabilidad penal de la persona jurídica lo conforma la ausencia de medidas de control adecuadas para la evitación de los delitos, algo que es independiente, en aras de eliminar cualquier resquicio que pueda conducir a una responsabilidad objetiva, tanto del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código penal de cara a la concurrencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del artículo 31 del Código como del cumplimiento de los requisitos concretados legalmente en forma de las denominadas *compliances* o modelos de cumplimiento. Según la Sentencia, la ausencia de tales controles integra un elemento de la tipicidad objetiva, cuya prueba incumbe a la acusación. En ello no sigue a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 (que, por cierto, tiene muy en cuenta), que le atribuye la naturaleza de una excusa absolutoria vinculada a la punibilidad.

Este aspecto es criticado por el Voto particular, que considera el fallo incongruente con la fundamentación de la sentencia y que, en una opinión que comparto, vincula este elemento (la ausencia de medidas de control) con la culpabilidad. Desde esta perspectiva, los presupuestos de la tipicidad objetiva de la responsabilidad de la persona jurídica se integran únicamente por los requisitos especificados en los párrafos a) y b) del artículo 31.1 *bis* del Código penal, siendo éstos, exclusivamente, los que deben ser probados por la acusación. La ausencia de mecanismos de control es, pues, expresión de la ficción que supone atribuir culpabilidad a la persona jurídica y que se cimienta, en tanto responsabilidad por imprudencia, en los principios generales de culpa *in eligendo*, *in vigilando* o, incluso, si se quiere profundizar más, *in constituendo* o *in instruendo*. Por consiguiente, la imputación subjetiva de la persona jurídica tendría lugar por imprudencia con el mismo fundamento que le ha atribuido la sentencia: la persona jurídica debe arbitrar mecanismos de control y éstos a su vez deben ser adecuados y funcionales para intentar evitar el delito. Lo anterior supone concluir, además, que la circunstancia prevista en el apartado 2 de dicho precepto debe considerarse como una eximente que opera en este plano, el culpabilístico, y cuya prueba debe corresponder necesariamente a la defensa.

2. Derecho de Defensa de la Persona Jurídica

En segundo lugar, la Sentencia resuelve sobre la posibilidad de que se plantee un conflicto entre los intereses de quienes en principio estarían legalmente llamados a llevar a cabo las funciones representativas de la persona jurídica (representantes y administradores) y los de la propia persona jurídica, especialmente cuando el representante o administrador de ésta sea el posible responsable de la infracción que da origen a su condena. En este caso, aunque el Tribunal a lo largo de la sentencia reconoce una hipotética afectación del derecho de defensa, no estima el motivo planteado con base en:

a) **La inutilidad práctica de la estimación del motivo:** razones de economía procesal fundan el que podría llamarse el motivo menos fuerte de la desestimación. Entiende el Supremo que declarar la nulidad de las actuaciones sería algo complejo e inadecuado, más aún cuando puede afirmarse la presencia plena del derecho de defensa de la persona jurídica a lo largo de todo el procedimiento en aras de seguir la estrategia más favorable para ella.

b) **La ausencia de la causación de un perjuicio a la persona jurídica:** el argumento «fuerte» que utiliza el Tribunal para desestimar el motivo trae causa en que la persona jurídica no ha concretado el perjuicio, constitutivo de la verdadera indefensión, que hubiera podido sufrir, de modo que no existe una lesión efectiva de su derecho. En cualquier caso, la Sentencia advierte a los Jueces Instructores y Juzgadores sobre la necesidad de velar por que esta conculcación no se produzca.

Con independencia de haber desestimado el motivo, el texto de la resolución es oscilante en lo que se refiere a la vulneración de carácter material del derecho de defensa, que finalmente reconoce de forma implícita. Debe destacarse que en este caso la indefensión no tiene su origen en una incorrecta actuación *stricto sensu* del órgano jurisdiccional que ha conocido del caso, sino en la defensa simultánea por parte del mismo abogado de intereses contrapuestos durante el proceso: por una parte, los de la persona jurídica y, por otra, los de la persona física administradora o representante de la misma, algo impensable si se tratase de dos personas físicas. En cualquier caso, aunque el Tribunal desestima el motivo, en cierta medida palia las consecuencias que ello haya podido tener al excluir la pena de disolución impuesta por la Audiencia a una de las personas jurídicas y mantener únicamente la de multa, fundamentando que «los intereses de la persona jurídica, que son también los de [los trabajadores, que] pudieran no haber sido defendidos con la máxima diligencia por aquel que fue llamado a hacerlo». A esta última cuestión se dedica el punto siguiente.

3. Reglas de determinación de la pena: la pena de disolución

El tercer aspecto sobre el que se pronuncia la Sentencia es el relativo a la incorrecta aplicación por la Audiencia de las reglas de determinación de la pena a la hora de condenar a una de las personas jurídicas recurrentes a su disolución. En realidad éste no era un motivo alegado en el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de dicha parte procesal, aspecto éste conocido por el Tribunal pero en relación con el que considera oportuno pronunciarse por dos razones: por una parte, la falta de motivación de la sentencia dictada por la Audiencia, que no explica el criterio usado para declarar la procedencia de la sanción y, por otra parte, una implícita voluntad humanitarista dirigida a evitar las devastadoras consecuencias que para los trabajadores

de la empresa supondría la disolución de ésta (afirma, concretamente, que éste es un «extremo sobre el que resulta de gran importancia pronunciarnos puesto que se trata de una empresa que, según se nos dice, daba empleo a más de cien trabajadores que habrían de sufrir los graves perjuicios derivados de semejante castigo»).

Concretamente, la Sentencia recurre al artículo 66 *bis* 1.^a del Código penal, sobre reglas de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas, para recordar que éstas deberán aplicarse, con carácter general y entre otros aspectos, ateniendo a sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente a sus efectos sobre los derechos de los trabajadores. A tal efecto, indica que 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 un delito no significa obligadamente su disolución, debiéndose tener en cuenta como criterio de ponderación la preponderancia de su actividad legal sobre el delito cometido en su seno. Ello a los efectos de lograr una aplicación de la pena proporcional tanto a la gravedad del actuar culpable de la persona jurídica como a los intereses de los terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad. En cualquier caso, sugiere a los órganos jurisdiccionales como mejor opción en estos casos imponer la pena de intervención judicial del artículo 33.7 g), pena que, por cierto, no aplica.

Valorando el criterio apuntado y que se trata de una empresa que realiza una actividad lícita en el mercado y que está compuesta por más de cien trabajadores, el Tribunal excluye la aplicación de la pena de disolución de una de las personas jurídicas (Transpinelo, S. L.) al considerar su carácter totalmente desproporcionado en relación con la gravedad del hecho y las devastadoras consecuencias que su desmantelación podría acarrear a sus trabajadores (FJ. 10.^o). En cambio, la mantiene en relación con otra de las personas jurídicas (Geormadrid Machinery, S. L.) al tener ésta un carácter estrictamente instrumental o pantalla, carente de cualquier actividad lícita, y haber sido creada exclusivamente para la comisión de hechos delictivos (FJ. 11.^o).

Especial interés y novedad tiene este apartado desde una perspectiva procesal, en tanto en cuanto el Tribunal desestima en su integridad el motivo de infracción de ley planteado por la parte al considerar la calificación jurídica de la Audiencia completamente correcta e, incluso, obvia, pero a la vez decide desvincularse de la pena impuesta por ésta hasta el punto de excluir su aplicación al supuesto concreto. Sin duda, debe reseñarse que se trata de una condena inferior y favorable al reo en la que en ningún caso se impone una pena más grave a la solicitada por las acusaciones (tal y como indica el artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

4. Interpretación de la expresión *en beneficio directo o indirecto*

La última cuestión relevante sobre la que se pronuncia la Sentencia es la relativa a la interpretación de la expresión *en beneficio directo o indirecto* de la entidad que sustituyó a la de *en su provecho* en la redacción original del artículo 31.1 *bis*. El Tribunal

interpreta ambos términos como sinónimos y afirma que hace alusión a cualquier clase de ventaja provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica, incluyendo en él tanto la mera expectativa o aspectos tales como la mejora de la posición respecto de otros competidores. Siguiendo esta vez la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, atribuye a esta locución una naturaleza objetiva concretada en una tendencia a conseguir un beneficio para la persona jurídica sin que sea necesario que efectivamente se logre este objetivo, resultando a este fin suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Ello, concluye, obliga a los Tribunales a matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja. En cualquier caso, personalmente me importa reseñar que se está ante una conducta tendencial que no precisa de un resultado concreto y que debe valorarse de forma objetiva y *ex ante*.

María Isabel MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO
Profesora Ayudante de Derecho penal
Universidad de las Islas Baleares
isabel.montserrat@uib.es