



JURISPRUDENCIA COMPLIANCE

por Sonia Argemí i Valls y Manuel Montesdeoca de la Fuente

1 SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

742/2018, de 07/02/2019

Ponente: Luciano Varela Castro

2 SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

746/2018, de 13/02/2019

Ponente: Antonio del Moral García

3 SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

737/2018, de 05/02/2019

Ponente: Antonio del Moral García

4 SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

123/2019, de 08/03/2019

Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

5 SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

192/2019, de 09/04/2019

Ponente: Vicente Magro Servet

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

742/2018, de 07/02/2019

Ponente: Luciano Varela Castro

El recurso de casación resuelve la cuestión planteada por dos sociedades condenadas como autoras de un delito de estafa por simulación de solvencia y de operaciones mercantiles para el cobro de cantidades con cargo a línea de descuento concertada con una entidad financiera, las cuales mantenían en el recurso la improcedencia de que se condenase a las mismas, toda vez, que la persona física autora de los delitos, como directivo (realmente administrador de hecho de las mentadas sociedades), había fallecido durante la tramitación de la instrucción.

El motivo es rechazado con base en la siguiente argumentación que desarroola la sentencia en el fundamento de derecho segundo: “La cuestión de la exigencia de previa condena de una persona física, como presupuesto de la de una persona jurídica, no se acomoda al precepto que la recurrente invoca. En efecto el artículo 31.ter señala:

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Y es que el presupuesto de la condena de una persona jurídica lo fija el artículo 31 bis al determinar que:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Pero una cosa es que se exija la “constatación” de la actuación de esos sujetos personas físicas y otra que sea un presupuesto la previa “condena” de las mismas.

No se niega en este motivo que los actos en los que se funda la condena de la recurrente no se llevaran a cabo por personas con alguna de las calidades a que se refiere el precepto transcrito”.

En el Fundamento de derecho 3º la Sentencia analiza la posición del directivo fallecido en relación las personas jurídicas condenadas, indicando que “De lo anterior deriva que ... mantuvo de hecho el control de la gestión de las dos empresas tras dejar de figurar como administrador. Nos encontramos por ello ante uno de los delitos del artículo 31bis 1. a) del Código Penal, que algún sector de la doctrina denomina de directivos, frente al tipo de los de empleados a que se refiere la letra b del artículo 31 bis.1 del citado Código Penal. Lo que excluye la necesidad de especificar si ha intervenido o no un incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control referible solamente a estos últimos tipos penales.

El citado ..., según el hecho probado, actúa de tal manera –controla la gestión– que puede predicarse de él la condición típica de actuar no solamente como autorizado para tomar decisiones, sino más exactamente como persona que ostenta facultades de organización y control dentro de la misma, ya que esa ostentación no se condiciona en el texto legal a la previa existencia de un acto formal de atribución de tal poder. Ni siquiera el recurrente hace de ello cuestión.

De lo que deriva que el engaño y en general el comportamiento de ese sujeto legitima la atribución del hecho típico a la persona jurídica recurrente. Ya que por su cuenta se actuó y en su beneficio se llevaron a cabo los actos engañosos y la obtención de lucro.

En ningún caso se alega por la recurrente la concurrencia de un supuesto de los de exención de responsabilidad de la persona jurídica a que se refiere el artículo 31 bis en sus apartados 2 y 3.”.

Finalmente, resulta reseñable igualmente lo afirmado por la Sala en el Fundamento de Derecho 5º, en el que se resuelve y desestima el recurso de una de las dos personas jurídicas condenadas sobre la base de a) infracción del artículo 251 bis del Código Penal por no ser típico el comportamiento, en la medida que por esta sociedad no se adeudó nada a la financiera que se dice perjudicada y b) error en la valoración probatoria al apartarse del resultado de la pericia que excluye la condición de deudora de la recurrente respecto de la entidad bancaria que se proclama perjudicada.

En su razonamiento, la Sala señala: “lo que se afirma (la recurrente) no contradice el relato de lo probado ya que la sentencia no proclama que la recurrente sea deudora ex contractu sino ex delicto. De ahí que la contabilización de los resultados en clave jurídico privada de los actos relativos a descuento no es la razón de la imputación de la responsabilidad penal, ni de la civil que deriva de ésta.

Ya la propia sentencia de instancia advirtió de que: “Nos resulta sumamente difícil, a efectos de autoría del delito, distinguir entre una y otra empresa, cuyos objetos sociales vienen a ser muy similares, máxime cuando las dos tenían pólizas de descuento con ..., los recibos se remitían en nombre de cualquiera de las dos y, lo que parece más importante, tanto una como otra eran las auténticas titulares de las cuentas corrientes en donde ... cargaba los recibos en la creencia errónea de que se trataba de cuentas correspondientes a los clientes de las dos empresas Estamos, por tanto, ante un caso de coautoría, en el que nada tiene que ver que una empresa haya funcionado en el mercado mejor que la otra, pues recordemos que ... está concursada y actualmente en liquidación.

Es decir, las dos personas jurídicas son condenadas como coautoras. Y esa coautoría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Código Penal les hace solidariamente responsables frente a terceros que son los perjudicados, con independencia del beneficio o no obtenido por el coautor. Ciertamente en la relación entre ellos debiera establecerse, como ordena dicho precepto la cuota que debe asumir cada coautor. No lo hizo así la sentencia de instancia y nada se formula al respecto en los recursos que solamente protestan la responsabilidad frente al perjudicado. Por lo que nuestra decisión solamente ha de referirse a la responsabilidad frente a la financiera perjudicada como fruto de la actuación de la que la recurrente es coautora.

No habiendo error probatorio y siendo la responsabilidad derivada del perjuicio causado por el actuar delictivo y no de la deuda mercantil, el motivo se rechaza.”

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

746/2018, de 13/02/2019

Ponente: Antonio del Moral García

La sentencia resuelve el recurso planteado por una persona física y otra jurídica que habían sido condenadas como autores responsables de un delito contra la Hacienda Pública, concurriendo la atenuante muy cualificada de reparación del daño y la atenuante simple de dilaciones indebidas, y que impuso:

A la persona física, representante legal de la persona jurídica, la pena de cuatro meses de prisión y multa de 90.000 €, así como la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de dos años.

A la persona jurídica a la pena de 200.000 € de multa e Inhabilitación para obtener subvenciones o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de dos años.

Se condena, asimismo, al pago proporcional de las costas causadas.

Se decreta la entrega definitiva a la Hacienda del Estado de las cantidades ya ingresadas en relación con el Impuesto de Sociedades de la entidad jurídica del ejercicio 2010.

El recurso plantea dos cuestiones de interés, en relación a la petición de modulación de la multa. En primer lugar, se alega por el recurrente qué a raíz de la reforma del Código Penal del 2.012, en su artículo 310 bis, la cuantía de la multa será un tanto y no el doble como le fue impuesta. Asimismo, el recurso incide en que la sentencia no tiene en cuenta la posibilidad de moderar dicha cuantía, en consideración a que la multa se impone, en realidad, doblemente; esto es, a la persona física y a la jurídica.

Este motivo fue admitido por la Sala, en el fundamento de derecho quinto de su sentencia, al señalar que “la concurrencia de sendas multas impuestas respectivamente al administrador social como autor (art. 31) y a la sociedad a la que representa, en virtud del art. 31 bis, obliga a una modulación de las cuantías según disponía el inciso final del art. 31 bis. 2 CP - (actual art. 31 ter 1) para evitar un total desproporcionado en relación a la gravedad del único hecho castigado.

Ese imperativo legal se intensifica cuando el administrador es, a su vez, socio de la entidad. Más aún si es el socio mayoritario o, no llegando a serlo, tiene una posición relevante o significativa.

Si fuese socio único se produce un cambio cualitativo en tanto que esa situación comportará que las dos penas de multa en definitiva sean soportadas por la misma persona individual (una, directamente; la otra, indirectamente al disminuir el patrimonio de la sociedad mercantil de la que es exclusivo titular). En ese concreto supuesto surgirá una problemática de mayor enjundia: afectaría a principios como el non bis in idem.”

En este punto, la Sala se plantea si el mandato conferido de modular las cuantías puede superar el mínimo legal; o, por contra, queda vedada esa eficacia extraordinaria, llegando a la conclusión que la pena que se impondrá, al administrador, de forma directa o indirecta (por ser cotitular de la sociedad responsable), no puede pasar el límite establecido como pena del delito.

A esta conclusión se llega a partir del criterio teleológico de interpretación de la norma, indicando sobre esta cuestión:

“En el plano de una interpretación teleológica, muchos comentaristas sugieren que la previsión está pensando en personas jurídicas de escasas dimensiones o, más aún, en supuestos, como el presente, en que la persona física penalmente responsable es también socio mayoritario o muy relevante de la mercantil. De esa forma, se arguye, se armoniza la duplicidad, a veces más formal que material de sujetos responsables con la prohibición del bis in idem. De ahí que el código fije como parámetro o referente de la buscada proporcionalidad la suma de las cuantías respectivas de las multas.

Si partimos de esa óptica, podremos colegir como criterio esclarecedor de enorme valor práctico una premisa: la multa total que realmente llegue a sufrir el administrador condenado, de forma directa (por venirle impuesta a él como responsable del delito) o indirecta (por ser cotitular de la sociedad también responsable penalmente), no debe sobrepasar el máximo previsto para el concreto delito objeto de condena (en el caso del delito de defraudación tributaria, el séxtuple de lo defraudado: art. 305 CP ; para la persona jurídica sería en este caso el doble: art. 310 bis reformado en 2015). Ese -el séxtuple- sería el techo infranqueable, que no deberían superar ambas multas si el responsable penal fuese titular del 99%, v.gr. de la Sociedad.

En cuanto al suelo, si se estima que se pueden desbordar los umbrales mínimos fijados, la suma de ambas multas habría de superar siempre el mínimo (el tanto en este caso: art. 310 bis) por cuanto nunca debería admitirse que la dual responsabilidad penal (persona física y persona jurídica) suponga de facto una atenuación. Si se admite la excepcional disminución por debajo del mínimo legal cuando así lo aconseje el principio de proporcionalidad, procederá muy significadamente cuando lo imponga la necesidad de respetar el non bis in idem por superponerse la condición de administrador condenado a la de titular mayoritario de la sociedad (orillamos ahora el supuesto de que fuese el único titular, que lleva a un campo de discusión diferente)”.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de aplicar atenuantes para la consiguiente reducción de la pena, la Sala concluye que la atenuante de reparación del daño puede también aplicarse a la sociedad investigada; sin embargo, considera que es dudoso que pueda aplicarse al de dilaciones indebidas también a la sociedad investigada. En todo caso, considera el Tribunal que *“lo que no admite controversia es que esa circunstancia -retrasos- puede y debe ser tomada en consideración en cualquier caso a efectos de graduar la pena dentro del marco legal (arts. 66 y 66 bis CP).”.*

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

737/2018, de 05/02/2019

Ponente: Antonio del Moral García

En el caso visto por la sentencia que nos ocupa, los hechos por los que se condena al recurrente fueron calificados como delito continuado de apropiación indebida. El acusado, trabajador de banca, aprovechó su cargo dentro de la entidad financiera para distraer cantidades de una empresa que era cliente de dicha entidad y que también era cliente particular suyo, porque dicho empleado le llevaba la contabilidad. El acusado aprovechaba la mecánica interna de la entidad para duplicar pagos, y reintegros en efectivo, y así apropiarse de 153.453€, entre los años 2.003 a 2.011.

Dicha posición de trabajador de la entidad y a la vez de la empresa perjudicada le daba un doble carácter al acusado, el cual abusó de la confianza de ambas empresas. En este sentido, la Sentencia, en su fundamento jurídico quinto, frente a uno de los motivos de impugnación contenidos en el recurso presentado por la entidad financiera, condenada como responsable civil subsidiario, considera:

“Que la confianza más significadamente quebrantada fuese la otorgada por la querellante no incide en la condición de responsable civil subsidiario de la entidad ex art. 120.4º CP. El criterio de la relación jurídica prevalente no repercute en el surgimiento y mantenimiento de la condición de tercero responsable civil de aquella industria y negocio por cuenta de la cual actuaba el autor. En la actividad desplegada en su comportamiento delictivo atraía ambas condiciones: era ciertamente comitente de la perjudicada, però también empleado de la entidad bancaria. No podía haber llevado a cabo la conducta tal y como la desarrolló si no fuese desde esa posición de empleado del banco y abusando de las funciones que tenía asignadas en ese concepto. El acusado se relacionaba frente a la perjudicada no solo como dependiente suyo, sino también como empleado del banco. La bifronte condición superpuesta no desvanece ni eclipsa el lazo del que nace la responsabilidad civil subsidiaria.”

Dado que la entidad recurrente cuestiona que en el caso de autos concurra realmente un supuesto de actuación de su empleado en su condición de tal, la Sentencia comentada tiene ocasión de precisar, para reafirmar la responsabilidad civil de la entidad por los actos de su empleado, que *“la potestad de control y dominio del Banco se extiende a establecer mecanismos internos que permitan detectar actuaciones irregulares de sus propios empleados y, en todo caso, responder de los perjuicios ocasionados por estos últimos cuando realizan servicios que se encuentran en el ámbito de lo que es propio al Banco”.*

El fundamento jurídico séptimo se ocupa de justificar la desestimación de otro de los motivos de impugnación de la entidad recurrente, que discute la efectiva concurrencia de responsabilidad civil por parte la entidad financiera al entender que hay concurrencia de culpa con la propia entidad perjudicada, que también habría sido negligente respecto de la actuación del trabajador, que lo era de ambas entidades. En relación con esta posible compensación de culpas y con la necesidad de imputar a la entidad bancaria una responsabilidad civil derivada de delito, se desprende que el hecho de haber incurrido en una posible negligencia por parte de la perjudicada, por su confianza en su trabajador (al fin que también trabajador de la entidad bancaria), la Sala se pronuncia con contundencia, al señalar lo siguiente:

“La concurrencia de algún grado de negligencia por parte de la perjudicada ni excluye la responsabilidad civil del tercero ni la disminuye.” Continúa la Sentencia señalando las diferencias entre la concurrencia de culpas desde el

punto de vista civil y el penal.

“A este respecto puede traerse a colación el análisis que de este punto efectuaba la STS 300/2014, de 1 de abril, reiterado en la STS 721/2018, de 23 de enero de 2019:

Pero sea cual sea la opinión que se tenga sobre ese tratamiento legal, lo cierto es que en nuestro ordenamiento la responsabilidad civil nacida de delito tiene un régimen especial y diferente, en puntos a veces no despreciables, del régimen general de la culpa extracontractual: arts. 1092 y 1093 del Código Civil. Hay que estar a lo dispuesto en el Código Penal. Y en el Código Penal el art. 114 es un precepto inescindible. La responsabilidad civil subsidiaria es estrictamente vicaria de la responsabilidad civil del responsable penal. Es un espejo de ella. El responsable civil subsidiario responde de lo mismo que el responsable penal, aunque solo en defecto de éste. No caben diferenciaciones en el alcance de sus respectivas responsabilidades civiles en virtud de factores como éste (la culpa de la víctima no tendría relevancia en relación a la conducta dolosa, pero sí repartiría el daño en relación al tercero cuando hay culpas concurrentes). Y no se exige constatar en concreto la presencia de culpa de ese tercero civil responsable”. (énfasis añadido).”

Habiendo comenzado por la exposición de la desestimación de los motivos de oposición presentados por la entidad financiera, merece una especial consideración final, uno de los motivos alegados por la persona física condenada por el delito de apropiación indebida y referidos a los programas de compliance. En contestación, desestimando el motivo alegado, la Sala señala en su fundamento jurídico tercero lo siguiente:

“En otro orden de cosas, incluye el recurrente unas consideraciones sobre el valor de los compliance Su relación con el asunto que analizamos no se adivina. A partir de la introducción de un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, esos Corporate Compliance, en la terminología anglosajona, pueden operar como causas exoneradoras de la responsabilidad penal de la persona jurídica; pero no pueden afectar en principio ni a las responsabilidades civiles; ni menos aún a la responsabilidad penal de las personas físicas responsables de delitos dolosos cometidos en el seno de una empresa.”

En consecuencia, aclarado el papel y los efectos del corporate compliance en el procedimiento penal, el trabajador acusado, no puede servirse del Programa de Cumplimiento normativo, para exonerarse de la responsabilidad penal, ni tampoco de la responsabilidad civil derivada del delito.

**SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO
123/2019, de 08/03/2019
Ponente: Miguel Comenero Menéndez de Luarca**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, ahora recurrida, condenó a la persona física y a la jurídica, como autores penalmente responsables de seis delitos contra la Hacienda Pública: dos por defraudación en el Impuesto de Sociedades; dos por defraudación del I.V.A. y dos por defraudación en el I.R.P.F., todos ellos en los ejercicios de los años 2.011 y 2.012.

Se recurre en casación ante el Tribunal Supremo alegando indefensión a la hora de citar a las partes como persona jurídica o como representante de la misma. La persona jurídica compareció en el juicio oral a través de la persona física designada, pero lo hizo en calidad de testigo y, por lo tanto, sin poder acogerse al estatuto jurídico y consiguientes garantías del procesado.

Según el punto 3 del fundamento jurídico primero de la sentencia comentada: *“de lo anteriormente expuesto resulta que los derechos de la persona jurídica, como acusado en el proceso penal, no fueron respetados en la forma correcta. La falta de citación del representante designado para el proceso, para su comparecencia en el acto del juicio oral, le supuso a la persona jurídica la imposibilidad de prestar declaración, con los derechos inherentes a la posición de acusado, así como de hacer uso de la última palabra en ejercicio del derecho de autodefensa”.*

Aunque el Tribunal también valora en su resolución que ninguna de las partes dio cuenta ni alegó esta circunstancia antes de la apertura del plenario, considerando que, tal y como recoge la STC 128/2017, *“para que la indefensión alcance dimensión constitucional, es necesario que sea imputable y que tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan”*, termina por estimar el motivo de impugnación.

Señala la Sala, en la motivación de su resolución, que la persona jurídica, en el acto de juicio oral fue representada y defendida por los mismos profesionales que lo hacían para la persona física acusada, y ello habría puesto de manifiesto la existencia de intereses contrapuestos, que, por otra parte, ya habían sido apreciados en fase de instrucción, sin que nada hiciera pensar que éstos hubieran desaparecido.

En definitiva, según la Sala, *“ha de apreciarse un déficit relevante en las condiciones en las que la persona jurídica compareció y pudo desarrollar su defensa en el plenario, y no solamente por no haber sido adecuadamente citada la persona especialmente designada para su representación en la causa penal, sino también porque fue representada procesalmente por la misma Procuradora y defendida por el mismo Letrado que actuaban en representación y defensa de otro acusado con el que se había apreciado la existencia de intereses contrapuestos, lo que en el caso, dadas las circunstancias, bien pudo haber causado un déficit en la defensa. Apreciación, que como hemos dicho más arriba, no es irrazonable, teniendo en cuenta que el acusado persona física era titular solamente del 51% de la sociedad, correspondiendo el otro 49% a otros cuatro socios; que todos ellos formaban parte del consejo de administración; que dos de ellos eran, junto con aquel acusado, administradores mancomunados, siendo necesarias dos firmas; y que no habían sido acusados en la causa”.*

La Sala aprecia, igualmente que la nulidad de la sentencia y del juicio oral debe extenderse también al otro

acusado; es decir, a la persona física, con la finalidad de evitar cualquier asomo de indefensión para esta persona física, máxime cuando las consecuencias negativas que han de afectarle no se limitan al ámbito de la responsabilidad civil, sino que se extienden a su posible responsabilidad penal.

“Además, a diferencia de otros casos en los que las consecuencias para la persona jurídica son de orden civil, lo cual ha permitido justificar su no intervención en algunos aspectos penales, en los casos de responsabilidad penal, la determinación de la existencia del delito antecedente imputado a la persona física, es un elemento necesario para establecer las consecuencias de orden penal que afectarán a la persona jurídica, lo que justifica su presencia y posibilidad de intervención en las cuestiones relativas a esa materia. En consecuencia, a efectos de evitar cualquier asomo de indefensión, la anulación de la sentencia y del juicio oral se extiende a ambos acusados, debiendo celebrarse un nuevo juicio en el que sea citado correctamente el representante especialmente designado por la persona jurídica, debiendo facilitarse la posibilidad de que la persona jurídica pueda designar nuevos Procurador y Letrado, diferentes de los que representen y defiendan al acusado Amador, designándose de oficio, si fuera pertinente.”

Lo realmente relevante de esta sentencia en el ámbito de los programas de cumplimiento normativo es que la Sala, con ocasión de la argumentación de la extensión de los efectos de la anulación a la persona física, analiza la responsabilidad penal de la persona jurídica, descartando la existencia de un delito de modalidad omisiva por la mera inexistencia de programas de cumplimiento normativo. De tal manera que, para que una sociedad sea condenada será necesario la comisión de cada uno de los delitos por los que viene imputada la sociedad hayan sido cometidos por una persona física, siendo la condena por alguno de esos delitos incluidos en el artículo 31 del Código Penal.

“Por lo tanto, a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica. A ésta le concierne, pues, no solo lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la inevitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta.”

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

192/2019, de 09/04/2019

Ponente: Vicente Magro Servet

En el caso objeto de la sentencia ahora analizada, se pone de manifiesto que la ausencia de un programa de “compliance” empresarial facilitó la comisión de los delitos de estafa y falsedad. La persona física acusada, abusando de la confianza que habían depositado en ella los socios de la mercantil, para la que labores de gestión económica y de relación con las entidades bancarias con las que la sociedad trabajaba, realizó reiterados actos de falsificación documental, obteniendo así un enriquecimiento propio.

La trabajadora o gestora financiera de la entidad fue condenada por la Audiencia Provincial de A Coruña: *“como autora penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en relación de concurso medial con un delito continuado de estafa agravada por razón de abuso de firma, por razón de la cuantía y por abuso de relaciones personales entre víctima y defraudador, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”* y a indemnizar a la mercantil defraudada de las cantidades apropiadas.

Según los hechos declarados probados, la acusada pasaba a la firma de uno de los socios documentos de reintegro de efectivo del Banco en el que figuraba una cantidad que después cambiaba por otra superior, quedándose con la diferencia. La suma defraudada pasó desapercibida a los socios pues se alteró la realidad documental unido a la ausencia de programas de cumplimiento normativo de compliance.

La acusada alega en su recurso casacional la vulneración de varios derechos, como el de presunción de inocencia; el de error en la valoración de la prueba; aplicación indebida de los preceptos reguladores de los tipos penales por los que era acusada (por aplicación indebida de los arts. 392 en relación con el artículo 390.1 número 1º y número 2º y el artículo 74 del Código Penal; en relación de concurso medial, artículo 248.1 en relación con el artículo 250.1 circunstancias 2ª, 5ª y 6ª CP); inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas; y, finalmente, como infracción por quebrantamiento de forma, por no haberse tenido en cuenta la contradicción entre los hechos que se consideran probados, y se consignan como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo. Todos ellos son rechazados y se mantiene la Sentencia de instancia.

Sin duda, lo más destacable en relación con el compliance es el serio aviso que hace la Sala a las empresas sobre las consecuencias derivadas de la inexistencia de Programas de Prevención de delitos en las empresas y la importancia de éstos para evitar pérdidas y, por tanto, por sus efectos beneficiosos para los resultados económicos de aquélla. Estas consideraciones ya habían sido realizadas por la Sala en otras sentencias suyas, lo que se recoge y recuerda en la que ahora comentamos y se citan las SSTS 316/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 2036/2017 y S.T.S. 365/2018 de 18 Jul. 2018, Rec. 2184/2017).

Así pues, **la ausencia de un compliance ad intra** en el sector empresarial provoca la existencia de estos delitos de apropiación indebida, estafa, administración desleal y falsedades, como consta en las dos sentencias de esta Sala antes citadas al no poder concebirse la obligación del art. 31 bis y ss CP desde el punto de vista ad extra tan solo, para evitar esa responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que el sector empresarial debe ser consciente de que el modelo del cumplimiento normativo lleva consigo una evitación de los tipos penales antes citados al hacer desaparecer los modelos tradicionales de confianza y relaciones personales que en el seno de una empresa

degradan “el debido control” entre los órganos operativos que deben ejecutar decisiones en la empresa, tanto gerenciales, y de administración, como económicas y de pagos y cobros, porque está acreditado que la relación de los mecanismos de control en la empresa y el exceso en la confianza por las relaciones personales puede dar lugar en algunos casos a abusos que den lugar a que si la ausencia de control es prolongada, como aquí ha ocurrido, el resultado de la responsabilidad civil sea elevado. Tan es así, como la propia recurrente argumenta en su defensa la elevada suma que se le reclama, y cómo era posible la falta de detección del desfase, lo que, precisamente, viene motivado por esas relaciones personales, hasta que una auditoría detecta estas irregularidades que, finalmente, son denunciadas.

Estos tipos penales antes citados se dan con frecuencia en el sector empresarial auspiciados, precisamente, por la ausencia de mecanismos de control ajenos y extraños a los que conforman la relación entre sujetos que se aprovechan de esas relaciones personales y aquellos que les facultan y autorizan para realizar operaciones que entrañan riesgo para la empresa por la disponibilidad económica y de gestión de quienes los llevan a cabo. Precisamente, el compliance ad intra ajeno a esas relaciones personales y de confianza entre concedentes del poder y sus receptores evitaría, o disminuiría el riesgo de que estas situaciones se produzcan en el seno de las empresas.

Con el compliance ad intra en el seno de la empresa estas situaciones que aquí se han dado resultan de un alto grado de imposibilidad de ejecución, ante los controles que en el cumplimiento normativo existen y, sobre todo, de un control externo, aunque dentro de la empresa, pero ajeno a los propios vínculos de confianza interna que existen que son los que facilitan, al final, estos ilícitos penales.”

En definitiva, y como resumen, si no existe un control interno hacia las personas que tienen conferido el poder de dirección o la realización de actividades relevantes en una empresa existe el riesgo de que, bajo el abrigo del abuso de las relaciones personales, se lleven a cabo actos tan graves y perjudiciales como los descritos; es decir, firmas en blanco, alteración de órdenes de pago de nóminas que, posteriormente no se contabilizaban y alteración de los extractos remitidos por la entidad bancaria, lo que mostraba a los socios un estado de la cuenta que no se correspondía con la realidad.

Se contempla así el compliance como un elemento no sólo dirigido a evitar la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, sino como instrumento esencial de control de su propia actividad, en evitación que actos delictivos que tengan como perjudicada a la propia organización empresarial.