



JURISPRUDENCIA COMPLIANCE

**SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 121/2017
DE FECHA 23/02/2017**

Ponente: Monterde Ferrer, Francisco.

El caso enjuiciado versaba a la falta de alta de cotización y de alta en la Seguridad Social de nueve trabajadoras extranjeras dedicadas a la actividad de alterne en un pub.

La Sentencia del Supremo confirma la condena para el administrador único de la entidad que explota el club y declara a ésta como responsable civil subsidiaria.

En el recurso de casación se alega que en la sentencia no se resuelve nada sobre la circunstancia de que la sociedad mercantil titular de la explotación no haya sido acusada como entidad obligada a cursar el alta de las personas consideradas trabajadoras, los hechos y la responsabilidad por tal omisión. Y se llama la atención sobre que fue a dicha mercantil, y no al recurrente como administrador de la misma, a la que sancionó la inspección de trabajo por la falta de alta de las trabajadoras, como consta en el acta obrante a los folios 23 a 30.

El fundamento de derecho segundo de la sentencia desestima el motivo porque "El art. 851.3 de la LECr, señala que: *"También podrá interponerse el recurso de casación por la misma causa, cuando no se resuelva en ella (la sentencia) sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y de la defensa."*

"El recurrente –considera la sentencia- parte de un planteamiento equivocado. Ya vimos los términos en que la defensa del recurrente planteó sus conclusiones provisionales y definitivas. Además, la entidad Paradela SL. no puede ser acusada por este delito a tenor del art. 31 bis CP. El art. 318 no se remite al art.31bis. Lo que hace - mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por Lo 5/2010- es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del art. 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal.

Dice así el art. 318 CP: " Cuando los hechos previstos en los artículos de este título (Título XV, de los delitos contra los derechos de los trabajadores) se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código."

De hecho, ha sido frecuente la crítica doctrinal sobre la no inclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el listado de delitos en los que cabe opere el art. 31bis.

Además, -como apunta el Ministerio Fiscal- la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa conforme a los (arts. 31bis y ter) CP."

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, SENTENCIA Nº 374/2017
DE FECHA 24/05/2017, RECURSO Nº 1729/2016.**

Ponente: Luciano Varela Castro.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que condena a Messi, por tres delitos fiscales contra la Hacienda Pública, por desviar el pago obligado del I.R.P.F. por los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen, los cuales fueron cedidos a sociedades sitas en paraísos fiscales a través de contratos ficticios.

Según los Hechos Probados de la Sentencia de la A.P. de Barcelona, el jugador no realizó la correspondiente declaración de la renta de los años 2007 a 2009. Para ello, previamente en el año 2005, inició la estrategia de ceder sus derechos de imagen a sociedades radicadas en paraísos fiscales. A la vez, estas empresas formalizan contratos de explotación de su imagen a sociedades radicadas en países sin convenio de doble imposición con España. Así el jugador tenía unos ingresos sin pasar por la Hacienda española.

A pesar de que el jugador, mantuvo una estrategia de defensa basada en el desconocimiento de la tributación fiscal de los ingresos, la Sala concluye que no es un error de tipo ni de prohibición, ni se puede esconder detrás de la responsabilidad del artículo 31 CP; señalando la sentencia que el jugador sabía al firmar los contratos que ello le llevaba *“inexorablemente al insolidario resultado de la defraudación fiscal”*.

En cuanto al argumento esgrimido por el jugador de que confió el tema fiscal a asesores de su entera confianza, la Sala afirma que dicho argumento solo sería asumible si estuviéramos en un caso de *“ineludible «delegación», de quienes están en un escalón a favor de subordinados lo que se traduce en que queden excluidos de responsabilidad penal, si aquella confianza resulta legítima. Incluso, cuando la responsabilidad penal puede atribuirse, en los específicos casos así tipificados, a la persona jurídica, ésta puede resultar exenta de esa responsabilidad penal. Pero, eso sí, cuando la confianza en el gestor que actúa por ella se antecede de las precauciones del artículo 31 bis 2 del Código Penal*.

Pero, cuando la pluralidad de sujetos concurrentes a la producción delictiva se manifiesta en una especie de «asociación» horizontal, fuera del marco de una organización económica o jurídica compleja, y que puede dar lugar a responsabilidades penales plurales, ya de coautoría ya de participación, resulta extraño el concepto mismo de delegación. La «distribución de funciones» entre los partícipes acarrea entonces acumulación de responsables criminales. En ningún caso exoneración de ninguno.”

En este sentido la Sala considera que también los acusados deberían haber sido acusados, pues el jugador acudió a ellos para evitar el pago de impuestos, en consecuencia, para cometer el delito. Los asesores deberían haber sido acusados como cooperadores. Indica la Sentencia: *“Cuando acude al despacho profesional no es para que éste le informe sobre cuál sea su obligación tributaria y cómo darle adecuado cumplimiento, sino para que le indiquen cómo lograr eludirlo, pues solamente desde este designio se comprenden los actos materialmente ejecutados por el acusado”*

La Sala es unánime en el castigo que se le impone al jugador y a su padre, excepto en considerar el delito fiscal como continuado o como tres delitos fiscales independientes. Le impone al padre una rebaja por haber devuelto la cantidad defraudada antes de juicio. Al jugador la Audiencia Provincial ya le había rebajado la pena, por resarcimiento del daño.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 455/2017 DE FECHA 21/06/2017

Ponente: **Juan Saavedra Ruiz.**

La Sentencia confirma la dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, por la que se condena al Consejero Delegado de una sociedad mercantil como autor responsable de un delito de malversación de caudales públicos; al quedar demostrado que dicho directivo (consejero delegado y propietario del 87,95% de las participaciones) se apropió el dinero que le fue entregado en el marco de ayudas públicas concedidas por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para la persona jurídica a la que representaba.

En consecuencia, la misma se vio obligada a presentar concurso necesario de acreedores por no poder asumir todas las deudas a las que había caído la empresa.

Las sentencia resuelve la vulneración del principio acusatorio que se alega como infringido en el recurso por cuanto no se ha perseguido penalmente ex **artículo 31 bis CP** a la persona jurídica, hoy acusación particular, en quien concurre la cualidad de beneficiaria de las subvenciones, sosteniendo lo que podríamos denominar un impropio litisconsorcio pasivo necesario.

Según la Sala ello “carece de fundamento si tenemos en cuenta que la responsabilidad penal de la persona física (administrador o representante legal o persona que actúe individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica) es autónoma de la del ente social; además la pretensión de haberse vulnerado el principio acusatorio por defecto tampoco es sostenible pues no existe el derecho a la condena de otro; y, por último, como señala el Ministerio Fiscal en su informe “los comportamientos de la persona física (acusado), no se realizaron en beneficio directo o indirecto de la sociedad, como exige el **sino en todo caso en su perjuicio**”, con cita de la **STS 154/2016**.”

El motivo octavo del recurso denuncia por la vía del artículo 849.1 LECrim la indebida aplicación del artículo 308 , 31 e inaplicación del 31 bis, todos ellos CP .

Sostiene el motivo que el acusado ha sido condenado como autor del delito del artículo 308.2 en base al artículo 31 CP “sin que se haya condenado a la persona jurídica”, de forma que si el delito mencionado tiene naturaleza de especial propio y solo puede ser cometido por el que recibe la subvención, que tiene la obligación de devolverla o justificarla, ésta es la única obligada. Objeta también la infracción del primero de los artículos en la medida que no ha quedado acreditada la conducta típica realizada por el acusado porque para ello sería necesario conocer el proyecto para el cual se aprobó dicha subvención sin que ello conste en la causa. También afirma el desconocimiento de la subvención por parte del Tribunal siendo la primera a fondo perdido y la segunda un préstamo con un plazo de devolución de quince años y la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones no ha declarado quebranto alguno del fin por el que se dio la subvención, por lo que se ha aplicado indebidamente el artículo 308 CP Igualmente objeta la fijación de la responsabilidad civil declarada.

La sentencia desestima el motivo con el argumento de que *“Efectivamente, la autoría del acusado, -que según el hecho probado era propietario y consejero delegado de la sociedad subvencionada y dispuso de las ayudas públicas recibidas, con independencia del retorno a la sociedad de las cantidades dispuestas, lo que es indiferente para la consumación del delito que tiene lugar cuando se aplican a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida-, corresponde a la extensiva prevista en el artículo 31 CP*.

Este artículo tiene su antecedente en el 15 bis derogado que fue introducido por la reforma de 25/06/1983, precisamente con el fin de evitar las lagunas punitivas que se daban en los delitos especiales propios relacionados con las personas jurídicas, cuando se requiere para poder imputar la autoría que concurren ciertas cualidades o condiciones personales en el sujeto activo que en algunos supuestos delictivos, como es el caso, solo se daban en la persona jurídica, pero no en la persona física que actuaba como su representante o administrador (como también es el caso). Para cumplimentar el principio de legalidad y

solventar los problemas que suscitaba alguna jurisprudencia que cubría las lagunas legales con criterios de analogía “contra reo”, se dio vida al artículo 15 bis, integrado en sus aspectos sustanciales en el actual artículo 31 CP. Sin embargo, ello no significa que para ser considerado autor del delito correspondiente baste con ocupar el cargo de administrador o representante de la sociedad vinculada al hecho delictivo, sino que además es preciso que el imputado incurra en una acción u omisión, siempre que en este último caso ocupe la posición de garante y se den los restantes requisitos del artículo 11 CP que aparezca recogida en el tipo delictivo que se le atribuye. Esta doctrina ha sido corroborada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (STC 253/1993).

Las condiciones para la aplicación del tipo de autoría por extensión de la del artículo 28 prevista en el que comentamos concurren en el caso enjuiciado. Ya hemos señalado que el acusado es propietario de la sociedad subvencionada y además consejero delegado, de la prueba practicada se deduce además que como tal disponía de los fondos de la sociedad; concretamente de las cantidades transferidas por la Administración, lo que significa que conocía su procedencia y finalidad, que no obstante ello no fueron aplicadas a los fines previstos en la resolución administrativa correspondiente y que la sociedad fue declarada en concurso necesario de acreedores por auto de 01/10/2012 como también se refleja en el hecho probado. Estos hechos son suficientes para subsumir la conducta del ahora recurrente en el tipo de autoría aplicado incluso aunque admitiésemos la comisión por omisión puesto que como propietario y consejero delegado era garante del buen fin del proyecto subvencionado. Es más si fuese cierto que las cantidades subvencionadas hubiesen retornado a la sociedad es inexplicable que no hubiesen sido invertidas en la consecución de los proyectos adjudicados.”

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 583/2017 DE FECHA 19/07/2017

En esta Sentencia, la Sala resuelve varios recursos interpuestos contra la Sentencia de la Audiencia Nacional 29/2016, de 15 de julio

Ponente: Antonio del Moral García

El acusado, junto con sus familiares, iniciaron un entramado familiar y empresarial, con la intención de introducir en el mercado el dinero procedente de sus actividades ilícitas relativas al tráfico de sustancias estupefacientes, también protegiendo el patrimonio adquirido, para evitar la incautación por la justicia. La sentencia declara responsables penales a varias personas jurídicas, imponiendo penas que van desde multa al cierre de locales comerciales y suspensión de actividades hasta incluso la disolución jurídica y mercantil de una de las entidades.

El Alto Tribunal, repasa los elementos esenciales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Todo ello, según las pautas incluidas en el artículo 31 del CP, tanto en la redacción vigente en la fecha de la comisión del delito, así como de la posterior reforma del artículo. Recalca los requisitos por los que se puede condenar a una persona jurídica: actividad ilícita de los directivos de la persona jurídica; consecución de un beneficio directo o indirecto para aquella; y la ausencia de un programa de prevención de delitos.

“Se han acreditado –dice la sentencia- todos los elementos necesarios para que surja la responsabilidad penal de una persona jurídica . La atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica, se ajusta, en efecto, a las exigencias contenidas en el art. 31 bis, tanto según la redacción vigente en el momento de los hechos, como en la emanada de la reforma de 2015.

a) Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho: actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable en el art. 301 CP que es precisamente una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas (art. 302 CP ; que en ese punto, por otra parte se adelanta a lo previsto en la propuesta de Directiva de 21 de diciembre de 2016 sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal).

b) Concorre un innegable provecho o beneficio directo para la sociedad: Amadeo Pio realiza sucesivas inyecciones de dinero a la empresa, para introducir en el circuito económico lícito ganancias provenientes del tráfico de drogas; y adquiere para la Sociedad vehículos y maquinaria con metálico de idéntica procedencia.

c) Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito. No exige esto aquí demasiados comentarios a la vista del panorama al que nos enfrentamos. Ni siquiera se hace necesario evocar lo que sobre este punto y en relación a esta entidad lo que razonó la STS 154/2016 . Es patente que en una empresa cuyos únicos administradores cometen de consuno dolosamente una infracción penal actuando en nombre de la entidad con la colaboración de la mayor parte de los titulares formales del capital social (también condenados por conductas dolosas), no es dable imaginar otra hipótesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo. Lo destaca la sentencia de instancia: sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implantasen medidas para prevenir sus propios propósitos y planes.”

La sentencia es de interés porque analiza varios problemas procesales en relación al derecho de defensa de la persona jurídica.

Una de las sociedades condenadas planteó la nulidad del juicio al no concedérsele la última palabra, obligando a retrotraer el procedimiento bien al trámite final, bien al comienzo del juicio oral.

La Sala desestimó el motivo con los siguientes argumentos, recordando el enfoque que daba a esta cuestión la STS 154/2016, de 29 de febrero:

“Nos enfrentamos - dice la Sala- ante un importante problema que la LO 37/2011, de 10 de Octubre, sobre medidas de agilización procesal, que introdujo las reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal consideradas pertinentes para adaptar la regulación adjetiva a la presencia de la persona jurídica como eventual autora de delitos, no resolvió en su día.

Se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que

se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor.

La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. art. 31 quáter b) CP).

En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación.

Cuando además, de acuerdo con lo previsto en el art. 31 ter CP (anterior art. 31 bis. 2 CP), la persona jurídica responderá "...aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" y, según apartado 3 del mismo precepto, incluso ante el "...hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia...".

Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de "defensor judicial" de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al "director del sistema de control interno de la entidad" (el denominado también como "oficial de cumplimiento"), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por

esta Sala.

Sin embargo nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones...».

Preservando esas consideraciones generales que se vuelvan a asumir, ha de precisarse que su proyección al caso ahora examinado carece de viabilidad: difícilmente pueden apreciarse intereses contradictorios entre una empresa con forma de Sociedad limitada y una de las concretas personas físicas condenadas a quien la sentencia atribuye la total titularidad de facto de la mercantil; o aquellas otras que ostentan la mayoría de su capital social, al menos formalmente.

Dos órdenes de argumentos -uno en un nivel subjetivo y otro material- apuntalan la necesaria desestimación del motivo al que se han sumado otros recurrentes

a) Por una parte en el plano de identificar los reales intereses de la persona jurídica,....

Nos hallamos, ante una persona jurídica que viene a identificarse con personas físicas acusadas.

Por tanto no hay intereses contrapuestos. Terceros afectados por la pena impuesta a la persona jurídica (empleados, v.gr.), lo estarían igualmente por la condena del titular único de la empresa individual. No por eso han de ser traídos al proceso.

b) Desde el punto de vista material o de fondo, es decir desde la necesidad de indagar en qué medida puede anudarse algún género de indefensión a esa supuesta omisión (un trámite formal de última palabra a una persona jurídica que estaba defendida por letrado, cuyos titulares reales eran parte en el juicio, y que no había designado a nadie diferente para ostentar su representación, designación que en todo caso correspondía a esos propietarios reales también partes en el proceso y que por tanto lo conocían de sobra su existencia y vicisitudes), las conclusiones no pueden ser más contundentes: ninguna indefensión ha podido producirse.

Frente a la jurisprudencia más antigua que consideraba que la desnuda constatación de la ausencia de ofrecimiento al acusado del derecho a manifestar lo que conviniera al término del juicio bastaba para provocar la nulidad (STS 891/2004 entre otras) es doctrina común hoy que solo cuando esa omisión ha supuesto una efectiva privación de un medio de defensa con contenido real será planteable un desenlace anulatorio. Básica en este punto es la STC 258/2007, de 18 de diciembre : tras razonar que una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento sólo alcanza relevancia constitucion-

al cuando produzca un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien la denuncie, concluye que la vulneración del derecho a la última palabra no se debe configurar como una mera infracción formal desvinculada de la comprobación de que se ha generado una indefensión material. Argumentar sobre esa indefensión material es carga procesal del recurrente. Solo habrá indefensión material con relevancia cuando no sea descartable que el trámite omitido hubiera sido decisivo en términos de defensa, en el sentido de que hubiera podido determinar un fallo diferente. Nada de eso se aduce aquí: ¿qué alegato distinto al efectuado por la defensa hubiese hecho un eventual representante procesal de la empresa que no se hubiese formulado ya o hubiese aparecido en el informe de la defensa o en las manifestaciones de quienes eran los titulares de la persona jurídica? Es patente el carácter puramente formalista y retórico de la queja.

La STS 490/2014, de 17 de junio, ante una protesta semejante (e incluso menos débil pues se trata de queja esgrimida por el acusado persona física), sienta este criterio: “... la queja es más formal que sustancial. No se alega indefensión material. Para que el motivo pudiese tener alguna viabilidad tendría que alegarse en qué hubiese variado su defensa de haber contado con esa difícilmente posible traducción “simultánea”. Nada se dice al respecto. Solo se sugiere que no pudo hacer uso con eficacia de su derecho a la última palabra. Pero no se explica por qué; es decir, no se dice qué es lo que hubiese dicho ahora que ya está en condiciones de conocer la sentencia y sus argumentos. Ni siquiera cuando tras la condena puede conocer las razones esgrimidas, arguye que de haber conocido el contenido de alguna declaración hubiese hecho una alegación que omitió precisamente por no habersele informado de la misma. La nulidad exige una efectiva indefensión que ni se preocupa de intentar justificar. ¿Hubiese dicho algo distinto en el momento de su derecho a la última palabra? ¿Qué? Este es el momento de demostrar que se vio efectivamente reducida su posibilidad de defensa.”.

AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO PENAL, SECCIÓN 3ª, AUTO Nº 351/2017 DE FECHA 15/09/2017.

Ponente: Barreiro Avellaneda, María de los Ángeles.

Caso Bankia por delito de falsedad contable.

La Sala confirma el sobreseimiento respecto del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y la imputación de Deloitte, S.L., que era la auditora, pues en los informes de auditoría emitidos para salir a Bolsa, se refleja una situación que no concuerda con la real de Bankia, dándole una apariencia de solvencia de la que carecía.

El Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional revoca el sobreseimiento del procedimiento en relación con la auditora Deloitte,. La Sala, admite parcialmente el Recurso interpuesto por la Confederación Intersindical de Crédito, y deja sin efecto el sobreseimiento de la sociedad consultora Deloitte, con el siguiente argumento:

“..., excluir la responsabilidad penal porque el vínculo entre el Sr. Pedro y Deloitte es de autonomía profesional, no puede tener acogida. Nos señala el artículo 10 de la Ley 19/1988., de 12 de julio, de

Auditoría de Cuentas, vigente hasta 1 de julio de 2011 que versa sobre las sociedades de auditoría tenía la siguiente previsión en su apartado 3: «la dirección y firme de los trabajos de auditoría realizados por una sociedad de auditoría de cuentas corresponderá, en todo caso, a uno o varios de los socios auditores de cuentas o a auditores de cuentas que pueden ejercer la actividad de auditoría en España y que estén designados por la sociedad, de auditoría para realizar la auditoría en nombre de la sociedad». Es decir, socio y sociedad constituyen la misma unidad jurídica, de modo que la firma cuenta con un Control de Calidad Interno, y un Manual de Cumplimiento Normativo que comprende Políticas generales para todas las líneas de servicio, y se alega que existen Políticas de nivel 2 para la línea de auditoría. Planteamiento teórico que por el momento no puede dar lugar a aplicar la exención de responsabilidad prevista en el artículo 31 bis 2 del Código Penal, al desconocerse el grado de cumplimiento de esas políticas en el supuesto, pese a la incuestionable colaboración de la firma Deloitte explicando el tratamiento para detectar ilícitos penales, como se articula en el escrito de impugnación del recurso de apelación y en dos anteriores.”

A fin de poder acreditar el beneficio directo o indirecto que el art. 31 bis exige para declarar la responsabilidad penal de una persona jurídica: El Auto determina el posible interés indirecto de la sociedad auditora en mantener al cliente.

El voto particular de uno de los componentes de la Sala se opone al sobreseimiento del caso para la cúpula del Banco de España y la CNMV. Aquella señala que: *“Existen indicios múltiples, concurrentes y razonables de criminalidad que permiten inferir que los máximos dirigentes del Banco de España y la CNMV avalaron y propiciaron con pleno conocimiento la falsedad contable más que detectada previamente a la salida a Bolsa de Bankia, a sabiendas del grave perjuicio que con ello se iba a causar a los inversionistas, que era evidente iban a ser minoritarios, en estada de inversores”*. Finalmente, no se les imputó ningún delito, pues, ni el uno ni la otra, decidieron la salida a Bolsa de la entidad bancaria, ni tampoco intentaron aparentar solvencia donde realmente no existía.

Para ello la Sala manifiesta que: *“La ley penal no castiga la ausencia de actividad de la autoridad competente”*.

En este sentido la Sala, en línea con el juez instructor, considera que la elaboración de las cuentas es una obligación “exclusiva y excluyente” de los Administradores y la actuación del Banco de España como órgano supervisor nunca podría encajar en términos penales de cooperación o complicidad.

**SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 2498/2018,
DE FECHA 28/06/2018**

Ponente: **Vicente Almagro Serve**

Hechos probados:

El acusado, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de administrador único de la entidad Hispanoucrán, constituyó en fecha 13 de febrero de 2007, junto con la sociedad italiana Energy Coal Spa, al 50% de participaciones sociales cada una de ellas, la empresa denominada Carbuastur S.L., actualmente Energy Fuel Asturias S.L., con domicilio social en C/ Lepanto s/ n de San Juan de Nieva - Castrillón- y cuyo objeto social era la comercialización de combustibles sólidos, productos carboníferos, que en la práctica se conducía a la adquisición de carbón de importación, procedente principalmente de Ucrania, cuyo almacenaje se verificaba en las instalaciones de la Sociedad, ubicadas en el Puerto de Avilés, bajo el marco de depósito aduanero. El acusado, en su condición de administrador de la entidad por la que percibía una retribución, que en el año 2012 ascendió a 55.413 euros, cargo que pese a ser solidario con el otro administrador, quien no percibía retribución alguna, ejercía de manera individual, al encontrarse éste permanentemente en Italia, llevaba a efecto toda la gestión ordinaria y diaria de la empresa, causa por la que durante el periodo comprendido entre su nombramiento y su cese, por escritura pública otorgada en fecha 31 de agosto de 2013, cometió numerosas irregularidades en la gestión de la misma con el consiguiente perjuicio económico para Energy Fuel Asturias y así: 1.- Durante este periodo y sin el consentimiento del otro administrador solidario, procedió a realizar disposiciones en efectivo de "caja" y transferencias a su cuenta bancaria personal sin justificación alguna de su destino; asimismo periódicamente y sin conocimiento del otro administrador se fueron realizando transferencias bancarias a su cuenta personal por importe de 1.000 euros mensuales, ascendiendo el importe total a la suma de 126.976,96 euros. 2.- De idéntica manera y sin conocimiento ni autorización del otro administrador, procedió a domiciliar en las cuentas de la sociedad las facturas de sus gastos personales, correspondientes a sus teléfonos móviles, los de su familia -pareja e hijo-, sus empresas, a la televisión -gol televisión- de pago, cuotas de afiliación al partido político Foro Ciudadanos y de un club de fútbol, Sporting de Gijón, ascendiendo su importe a un total de 19.154,07 euros. 3.- En fecha 8 de marzo de 2010 el acusado como administrador de la sociedad recibió por parte del cliente, Emergicar S. L., la suma de 85.000 euros en metálico, ingresando en la cuenta de la sociedad la cantidad de 82.000 euros, restando por ingresar los restantes 3.000 euros, sin causa justificada. 4.- En fecha 22 de junio de 2009 el acusado constituyó una garantía en nombre de la sociedad en relación con la operación de un préstamo solicitando en el año 2006 por la empresa Sumara&Holtz, de la que era accionista y administrador único el acusado, operación que llevó a efecto sin conocimiento ni autorización del otro administrador.

La empresa Energy Fuel Asturias, S.L., tenía alquiladas unas instalaciones en el depósito aduanero del Puerto de Avilés, donde se almacenaba el carbón procedente de Ucrania y clasificaba para su posterior venta a los clientes, con unas ventajas fiscales por razón de tratarse de carbón procedente de países no pertenecientes a la Unión Europea y donde se prohibía, por ello, el almacenamiento de mercancías nacionales. El acusado sin conocimiento ni autorización del otro administrador procedió a

utilizar dichas instalaciones para su uso personal, introduciendo carbón nacional procedente del Alto Bierzo, mezclándolo con el allí existente, con lo cual conseguía ofrecer a sus clientes -de la entidad Hispanoucrán S.L.- un producto de mejor calidad a un precio más bajo y, por el contrario, el mezclarse ambos carbones Energy Fuel vendía a sus clientes un producto de peor calidad a un precio más alto, todo ello con el consiguiente perjuicio para la empresa con quejas y pérdida de alguno de sus clientes y la correspondiente multa que le impuso la Agencia Tributaria de 606.770.99 euros más 92.534,13 euros en concepto de recargo y 11.683,86 euros en concepto de intereses de demora al detectar

"incumplimiento de las obligaciones a que quedan sujetas las mercancías sometidas a derechos de importación como consecuencia del régimen de depósito aduanero ... y que no habría presentado declaraciones de importación ni había ultimado el régimen de acuerdo con la normativa aduanera comunitaria". Finalmente el acusado procedió a quedarse con unos 9.040,16 toneladas de carbón suministradas por el socio Energy Coal Spa a Energy Fuel Asturias.

Calificación por el El Mº Fiscal:

-El ministerio público modificó sus conclusiones, calificando definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de administración desleal del art. 295 del Cº Penal , en su redacción vigente al tiempo de los hechos, y un delito de apropiación indebida de los arts.252 en relación con el art. 250.1 y 5 del Cº Penal , en su redacción vigente al tiempo de la comisión de los hechos, considerando autor de los mismos al acusado, para quien, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitó la imposición de 3 años y 6 meses de prisión con la accesoria legal correspondiente por el delito de administración desleal, y la pena de 5 años de prisión con la accesoria legal y multa de 12 meses a razón de 20 euros día por el delito de apropiación indebida; asimismo interesó que el acusado indemnizara a Energy Fuel Asturias S.L. en la cuantía de los perjuicios causados realmente a la misma.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Seccc 2ª)

La Audiencia condenó al acusado como autor penalmente responsable de: 1.- Un delito continuado de apropiación indebida, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de dos años y nueve meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de 10 meses de multa a razón de 20 euros-día, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Cº Penal en caso de impago y 2.- Un delito de administración desleal, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de tres años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; imponiendo como responsabilidad civil ex delito la obligación al condenado de indemnizar, a la entidad Energy Fuel Asturias S.L. -antigua CARBOASTUR- en la suma de 2.043.877,01 euros, más los intereses legales del art. 576 de la L.E.Civil.

Recurrida la sentencia en casación la Sala Segunda del Tribunal Supremo conforme explicita en el Fundamento Jurídico 10º, aprecia que se ha penado por separado la continuidad delictiva en la apropiación indebida de la administración desleal y que la esencia del art. 74 CP debe llevarnos a

considerar la condena conjunta de la continuidad delictiva de ambos delitos con una condena de cuatro años de prisión en lugar de la condena por separado de los ilícitos cometidos de apropiación indebida y administración desleal, considerando más acorde con la realidad este marco punitivo.

Lo interesante de la sentencia en materia de Compliance es que en el fundamento de derecho UNDÉCIMO de la Sentencia que analiza el décimo motivo del recurso por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la LECR, en relación con el 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva, en que el recurrente trata de fundar básicamente en que no existe prueba de cargo que pueda sustentar una sentencia condenatoria, para lo que ha planteado hechos probados alternativos entendiendo que de la pericial no se evidencia la ilicitud objeto de condena, y que la pericial que aportó es clara prueba de descargo de la tenida en cuenta por el Tribunal y documentos tanto respecto a la falta de pesaje del carbón y la ausencia de una prueba clara y directa de esa pretendida apropiación de 9.040 toneladas de carbón por parte del recurrente; como con respecto al destino de las cantidades por las que se le condena por apropiación indebida al sostener el recurrente que resulta absolutamente coherente y se compadecen con el desenvolvimiento habitual de sociedades del sector que habitualmente existen diversos gastos, tales como sobresueldos, comisiones, gastos de "representación" de difícil justificación documental y que por ello no aparecerían reflejados en la contabilidad; **la Sala después de analizar la reiterada doctrina del propio Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba para desvirtuar dicha presunción, para concluir que si ha habido prueba de cargo, y que el proceso de valoración de prueba del Tribunal no es arbitrario ni no ajustado a la práctica de la prueba,** pues la prueba de cargo con la que ha contado el Tribunal se refiere a datos evidentes, y que pese a que el recurrente pretenda justificar cada uno de los pasos que ha dado - pero que constituyen ilícitos penales- aun entendiendo que para cada actuación había una justificación y que todo ello se había realizado al amparo del asentimiento del administrador solidario, cuando la confianza del otro administrador societario con el recurrente es lo que dió lugar a la situación creada con perjuicios económicamente evaluables y que consta en la pericial, y apropiaciones de dinero sin justificar correctamente, ***añade obiter dicta que: "la justificación que ahora otorga el recurrente a cada uno de sus movimientos dista mucho de adecuarse a un normal desenvolvimiento de lo que se espera de un administrador societario que cumpla con los deberes y funciones que exige el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Además, de haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo externalizado no se habrían dado estas circunstancias, o de haberse producido se habrían detectado de inmediato. Lejos de ello, la ausencia de un control adecuado y de una vigilancia ad intra por profesionales compliance officer no hubiera dado lugar al estado actual de la cuestión con perjuicios evaluables y el recurrente renunciando a sus cargos en las escrituras que refirió que no tienen otro efecto más allá de una voluntaria desvinculación de la sociedad, pero sin efectos exoneratorios de responsabilidad penal."***