

# ATP

## AGRUPACIÓN TÉCNICA PROFESIONAL

**EMITE INFORMACIÓN IMPORTANTÍSIMA**

El pasado Diciembre de 2015, mediante la emisión de un escrito poníamos en su conocimiento la trascendental información relativa al

**PROTOCOLO OBLIGATORIO DE  
PREVENCIÓN PENAL EN LAS EMPRESAS**

Como continuación a esta citada misiva, (*que al final volvemos a adjuntar*), publicamos con todo rigor desde los Gabinetes Jurídicos de la Agrupación Técnica Profesional - ATP - el

**« Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo  
sobre el Protocolo de Prevención Penal »**

## COMUNICADO DE PROTOCOLOPREVENCIONPENAL.COM

### ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº154/2016 DE 29 DE ENERO DE 2016.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo supone un paso importante en materia de compliance, cumplimiento normativo o Protocolo de Prevención Penal, ya que permite a las empresas y a los asesores en este ámbito conocer cuáles van a ser los criterios de interpretación a partir de ahora.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de enero de 2016 condena por primera vez a sociedades mercantiles en el ámbito penal por incumplir su obligación de establecer medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos, los denominados protocolos de prevención penal, que son obligatorios en virtud del Art. 31 bis. 1 a) y 2 del Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015.

La Sentencia dice: "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 aquélla, 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 jurídicas 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 Sala condena a la sociedad limitada a pagar más de 700 millones de euros "ante la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica" y fija una serie de elementos para su determinación:

a) el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización.

b) la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. Dicese de otra forma, en el Protocolo de Prevención Penal.

- Concluye la Sentencia que ha de establecerse, a partir de su análisis, que 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 enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

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.

- El Tribunal Supremo deja constancia para ulteriores ocasiones de tales exigencias, a las que tanto Jueces Instructores como Juzgadores habrán de prestar en futuros casos la oportuna atención, a fin de evitar indefensión de las sociedades mercantiles en las fases iniciales de instrucción.

- Al existir una carencia total de Protocolo de Prevención Penal y estar ausentes por completo cualesquiera medidas de control preventivo respecto de la comisión de tal ilícito, continúa la Sentencia " la responsabilidad de la recurrente es en este caso obvia,... vigente ya el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, es total, la aplicación a la entidad recurrente del artículo 31 bis como autora de infracción, en relación con el artículo 368 y siguientes del Código Penal, resulta del todo acertada".

- Por su parte el Ministerio Público se ha pronunciado de forma expresa sobre esta cuestión en la Circular 1/2011, referida a la LO 5/2010, de 22 de junio, y en la reciente Circular 1/2016, publicada tras la aprobación de la reforma operada en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 1/2015, de 30 de marzo y desde el punto de vista de su **responsabilidad organizativa** surgirían así tres categorías de personas jurídicas:

1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos y protocolos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del Art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, "el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo." Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del Art. 66 bis como las utilizadas "instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal." El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

3. Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo "carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos" (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo."

- **Principio de prueba.** Dentro del procedimiento judicial penal en que pudiera verse incurso la sociedad, corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos Protocolos. Y, en todo caso, sobre la base de lo alegado y aportado por la empresa, deberá practicarse la prueba necesaria para constatar la concurrencia, o no, de los elementos integradores de las circunstancias de exención de responsabilidad prevenidas en los párrafos segundo o cuarto del Art 31 bis, en el bien entendido de que si no se acredita la existencia de estos sistemas de control la consecuencia será la subsistencia de la responsabilidad penal.

- La Sentencia objeto de estudio, a parte de contar con numerosos votos particulares de los Magistrados, nos ofrece los primeros análisis jurisprudenciales en materia de prevención penal en el seno de la empresa, compliance o cumplimiento normativo, pero sobre todo, nos sirve para alertar a las sociedades mercantiles de la urgencia de establecer los modelos y Protocolos de Prevención Penal para cumplir con la normativa penal, y sobre todo, para mejorar la gestión interna de las mismas.

**Ferran González i Martínez.-Letrado**

Responsable Jurídico de Compliance de **www.ProtocoloPrevencionPenal.com**

*Ferran Abogados & Asociados*



*Circular Fiscalía: <http://es.icav.es/bd/archivos/archivo9026.pdf>*

*Sentencia T.Supremo: <http://bit.ly/1XXFRr3>*



## AGRUPACIÓN TÉCNICA PROFESIONAL

Coordinadora General de los Colectivos Profesionales de ámbito Nacional:

ADPI - Asesores de la Propiedad Inmobiliaria  
TECPEVAL - Peritos Tasadores Judiciales de Bienes Inmuebles  
INTERFICO - Interventores de Fincas y Comunidades  
MEDFIN - Mediadores Financieros Titulados  
INGESA - Interventores de Gestión Administrativa  
MECIMER - Mediadores Civil y Mercantil  
GESTUR - Gestores de Actividades y Establecimientos Turísticos

C./ Príncipe de Vergara, nº 260-1º-G. - 28016-MADRID.- Telf.- 91 457 29 29 Fax.- 91 458 26 93  
C./ Gascó Oliag, nº 10-1º-1ª.- 46010-VALENCIA.- Telf.- 96 393 57 43 Fax.- 96 393 57 49  
Avda. Argentina, nº 17-Ofics.: 18-19.- 07012-PALMADE MALLORCA.- Telf.- 971 73 26 86 Fax.- 971 73 61 49  
E-mail: atp-cpes@atp-guiainmobiliaria.com - Web: www.atp-cpes.com



ATP, Diciembre 2015

Estimado/a Sr/a Consocio/a:

En primer lugar aprovecho la ocasión para saludarle y presentarle mis respetos.

El motivo de esta misiva es, por ser de mi obligado cumplimiento, ponerle al corriente de la norma surgida con **la reforma del Código Penal** que atañe de forma directa al ámbito empresarial de las personas jurídicas.

Actualmente todas las empresas *deben tener un protocolo de prevención penal*. ***El nuevo Código Penal obliga a todas las empresas a cumplir con esta norma preceptiva***, y así minimizar los riesgos de una condena penal a la empresa, que pueden conllevar el cierre de la empresa o fuertes sanciones.

**No dude a la hora de proteger a su empresa de los riesgos reales de las nuevas condenas a las sociedades mercantiles.** Con el Protocolo de Prevención Penal protegerá debidamente a su empresa y además conseguirá mejorar la gestión de la misma, controlando los riesgos inherentes de su actividad.

Por tal motivo desde la Dirección del Gabinete Jurídico de nuestra Agrupación Técnica Profesional -ATP-, con su responsable Ferran Abogados & Asociados, se ha coordinado para que Vd., como responsable persona jurídica de su empresa, pueda disponer de un protocolo, personalizado a su necesidad, de prevención penal.

Para ello sólo tiene que pinchar en el enlace **[www.atp-cpes.com/protocoloprevencionpenal](http://www.atp-cpes.com/protocoloprevencionpenal)** y seguir los pasos que se indican, con la finalidad de evaluar su concreta situación y posterior información de actuación.

Toda esta importante información es **al objeto de que nadie llegue a verse inmerso en un procedimiento penal en su contra y por ende susceptible de considerables sanciones.**

En la confianza le dispense una buena acogida, reciba mi consideración más distinguida.

Francisco Sanfrancisco Gil  
-Presidente-