

Doctrina reciente del Tribunal Supremo afectante a cumplimiento normativo en las empresas. Actualización y análisis de sentencias recientes del Tribunal Supremo afectantes a *compliance* y a responsabilidad penal de personas jurídicas

Recent case law of the Supreme Court affecting corporate regulatory compliance. Update and analysis of recent rulings handed down by the Supreme Court affecting compliance and criminal liability of legal entities

Vicente Magro Servet

Magistrado Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

• ÍNDICE

- [1. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 183/2021 DE 3 MAR. 2021, REC. 1831/2019](#)
- [2. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 904/2021 DE 24 NOV. 2021, REC. 5689/2019](#)
- [3. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 893/2021 DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2021, REC. 5664/2019](#)
- [4. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 470/2021 DE 2 DE JUNIO DE 2021, REC. 3241/2019](#)
- [5. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 622/2021 DE 14 DE JULIO DE 2021, REC. 4122/2019](#)

Jurisprudencia comentada

Resumen

Se efectúa un desarrollo, a modo de actualización jurisprudencial, de las sentencias más relevantes dictadas por la Sala II del Tribunal Supremo sobre cuestiones en las que se ha hecho mención al cumplimiento normativo, exponiendo los aspectos más llamativos que es preciso tener en cuenta, a modo de actualización jurisprudencial.

Palabras clave

Tribunal Supremo, responsabilidad penal de las personas jurídicas, compliance.

Abstract

Assessment in the form of a case law update of the most relevant judgments handed down by the Second Chamber of the Spanish Supreme Court on issues in which regulatory compliance is cited, setting out the most striking aspects to be taken into account.

Keywords

Supreme Court, criminal liability of legal persons, compliance.

1. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 183/2021 DE 3 MAR. 2021, REC. 1831/2019

1.1. Objeto

El acusado, valiéndose de engaños al administrador concursal, a la propiedad, a la cooperativa de viviendas, y ocultando que era el propietario del 99% de las participaciones de la sociedad constructora, consiguió que ésta, constituida a propósito poco tiempo antes de los hechos, y que carecía de actividad, fuera la adjudicataria de una obra, haciendo creer a todos que el importe de la obra ascendería a la cantidad de crédito disponible por hipoteca, a sabiendas de que subcontrataría a un tercero la ejecución de la misma por la mitad de lo presupuestado. Subtipo agravado por la importancia de la cantidad defraudada.

Condena por estafa, y declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la empresa ex [art. 120.4 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

Elemento clave: Cuando se trate de responsabilidad penal de personas jurídicas, la prueba de descargo podría consistir, por ejemplo, de haber dispuesto de un buen programa de *compliance* que evidenciara la observancia del cumplimiento normativo en la empresa, pero en el terreno de la vía del [art. 120.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) no son estos los parámetros que operan. Opera la teoría del riesgo, la imputación objetiva ex [art. 120.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), no la culpa.

1.2. Referencia

Punto a destacar de la sentencia (LA LEY 8070/2021):

1.- En los casos en los que se declare la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa por la vía del [art. 120.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) por haber cometido el delito un directivo o empleado, para eximirle de responsabilidad civil **no cabría apelar a que la empresa tenía un programa de cumplimiento normativo**, ya que esa responsabilidad civil es subsidiaria, y objetiva o por riesgo, no por culpa.

Señala, así, esta sentencia que:

«Es necesario destacar que en materia de responsabilidad civil subsidiaria no puede plantearse la presunción de inocencia afectante tan solo al responsable penal. Y ello es así, por cuanto el [art. 120.4° CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) consagra un sistema de responsabilidad civil subsidiaria en función de dos parámetros objetivos, cuya concurrencia determina automáticamente la asunción de aquella, no siendo necesario para ello el conocimiento por parte de la recurrente del ardid delictivo planeado y ejecutado por el primer recurrente.

Así, si este último es apoderado de la mercantil, y actúa por ella y para ella deviene directamente la responsable civil subsidiaria ex [art. 120.4 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#) No se trata ésta de un caso de responsabilidad penal de la persona jurídica, sobre la que sí que se podría construir una prueba de descargo en el orden penal, sino que la vía y el giro del [art. 120.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) aleja toda consideración sobre el terreno de la presunción de inocencia, afectante solo al acusado en el proceso penal, pero al responsable civil no puede predicársele la presunción de inocencia, sino en este caso la existencia de la relación de dependencia profesional y laboral que en este caso existe y la inexistencia de «ajenidad» en su actuación, que tampoco existe, ya que su condición de apoderado y la mecánica comisiva delictiva actuando en representación de la sociedad en virtud de la externalización existente determina la concurrencia de los requisitos exigidos para la derivación de la vía del [art. 120.4 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

La atracción de la responsabilidad civil del [art. 120 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) en este caso tiene perfecto acomodo en la vía del [art. 120.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) en tanto en cuanto según la doctrina de esta Sala, para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria en el caso del [art. 120.4° CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) es preciso, de un lado, que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se encuentre bajo su dependencia onerosa o gratuita, duradera o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el

beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad o cometido confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación.

Estos requisitos, dada la naturaleza jurídico-privada de la responsabilidad civil, admite una interpretación extensiva que no aparece limitada por los principios in dubio pro reo ni por la presunción de inocencia propias de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito —la dependencia— se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito, y en el segundo —la funcionalidad— se inserta la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extraviase el ámbito o esfera de actuación que constituye la relación entre el responsable penal y el civil subsidiario (SSTS. 89/2007, de 9.2; y 51/2008, de 6.2). Aún más, como precisa la STS 28 de mayo de 2014, es obvio que debe existir una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas, pero ello no excluye la responsabilidad subsidiaria, pues el ejercicio normal de las obligaciones o servicios encomendados a los dependientes de una empresa no incluye ordinariamente la realización de acciones delictivas, por lo que, como señala entre otras muchas la STS 1557/2002 (LA LEY 1735/2003), extralimitaciones siempre hay cuando se cometen acciones penales.

*Lo relevante —señala la [STS 260/2017 \(LA LEY 21417/2017\)](#)— es que **la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando).***

Por ello, la interpretación de aquellos requisitos debe efectuarse con amplitud, apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil

subsidiaria no solo «en los pilares tradicionales de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando», sino también y sobre todo en **la teoría del riesgo**, conforme al principio *qui sentire commodum, debet sentire incomodum* (Sentencias 525/2005, de 27.4; y 948/2005, de 19.7); de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados.

La STS 1987/2000, de 14 de julio, admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el autor del delito no produce ningún beneficio en su principal, «bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma», lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo antes mencionada (STS. 47/2007, de 26-1).

En cualquier caso, no podemos aislar el concepto objetivo de la responsabilidad objetiva o por riesgo del [art. 120.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) y la mínima existencia de una causa relacionada con el hecho que determina la responsabilidad del [art. 120 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#) Pero no se trata de subjetivizar con la culpa el [art. 120.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), sino de relacionar el concepto objetivo de esta RCS con un grado mínimo de causa que operará asociado a la teoría del riesgo expuesta, porque siempre habrá una causalidad, aunque no vinculado a la culpa, sino a la imputación objetiva.

Con ello, la responsabilidad civil subsidiaria del [art. 120 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) es un tema de imputación, es una cuestión de objetivación de la responsabilidad, que no debe confundirse con la culpa.

Evidentemente que en la responsabilidad civil subsidiaria del [artículo 120.3 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 4 CP existe una relación entre el hecho que se ha cometido que conlleva un daño y un perjuicio y la existencia de una causa entre la sociedad y el daño causado, pero esa causa está relacionada con el lugar donde se ha producido el daño que es en la propia entidad, no con la culpa de la entidad.

*Sin embargo, **no puede confundirse en esta cuestión la imputación con la culpa**, porque en este caso no es la culpa el elemento determinante de la responsabilidad, sino la **imputación objetiva**. Por ello, en el ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria en el derecho penal no puede confundirse la imputación objetiva con la culpa.*

*En cualquier caso, recordemos que en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 737/2018 de 5 Feb. 2019 (LA LEY 3743/2019), Rec. 334/2018A se recuerda que **«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»**. Con ello, estas se aplican ex [art. 120.4 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)*

*Y en este terreno solo **cuando se trate de responsabilidad penal de personas jurídicas podría tratarse la prueba de descargo, por ejemplo de haber dispuesto de un buen programa de compliance**, que evidencie la observancia del cumplimiento normativo en la empresa, pero en el terreno de la vía del [art. 120.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) **no son estos los parámetros que operan**, sino los antes expuestos, por cuanto la burla de los mecanismos de control por el directivo o empleado de la empresa solo opera bajo la circunstancia del [art. 31 bis \(LA LEY 3996/1995\)](#). 3. 3º CP, a cuyo tenor 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.*

Con ello, la elusión fraudulenta por el directivo de este control que por un programa de compliance puede implantar una empresa pertenece al terreno de la responsabilidad penal, quedando al margen la responsabilidad civil ex [art. 120.4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) que se mueve en los contornos antes expuestos y que tiene unas pautas de aplicación distintas de la responsabilidad penal como se ha expuesto. No se trata,

con ello, de restringir las posibilidades de defensa del responsable civil subsidiario, sino de limitar su ámbito de actuación a lo que le confiere su responsabilidad que es al terreno de la civil en este caso ex [art. 120.4 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)»

2. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 904/2021 DE 24 NOV. 2021, REC. 5689/2019

2.1. Objeto

Condena por estafa a una empleada de una empresa, que comete fraude interno durante un largo período de tiempo. La inexistencia de *compliance* en la empresa no traslada a la misma la culpa por el fraude. Responsabilidad civil subsidiaria de entidades bancarias donde se produjeron las extracciones de dinero ex [art. 120.3 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

Necesidad de encargo por las empresas de informes *forensic* cuando detectan irregularidades.

2.2. Referencia

Puntos a destacar de la sentencia (LA LEY 220576/2021):

- 1.- Que la empresa que ha sido estafada no tenga mecanismos de autoprotección en virtud de programas de cumplimiento normativo no hace trasladar a la empresa la «culpa» por no autoprotegerse y evitar ser estafada.
- 2.- La inexistencia de autoprotección con *compliance* no supone exonerar al autor de la estafa considerándolo estafa «burda».
- 3.- Se destaca, también, la necesidad de que las empresas contraten los informes *forensic* ante la mínima sospecha de fraude interno para evitar su prolongación.

Señala la sentencia que:

«No puede, por ello, introducirse el mecanismo de la "autotutela" como forma de trasladar la culpa a los sujetos pasivos del delito de estafa, asumiéndola ellos como víctima "por haber sido engañados", y pretendiendo, con ello, exonerar de culpa a quien ha realizado un acto concertado con otra u otras personas, como aquí se declaró probado.

Así pues, una cosa es que las empresas estén hoy en día adoptando e implementando programas de compliance, cada vez en mayor medida por

*la alta especialización de profesionales que lo están trasladando al sector empresarial a fin de **evitar fraude interno —como aquí ha ocurrido— y externo con estos mecanismos de vigilancia**, y otra bien distinta es que sea el autor de un delito de estafa quien marque los parámetros y medidas que debe adoptar la empresa para protegerse, y que si no se hace en una elevada graduación de autotutela quedará exonerado el autor del ilícito penal, lo que, obviamente, no puede admitirse.*

Cierto y verdad es, sin embargo, que hemos señalado en otras ocasiones el problema que puede existir en el sector empresarial ante la ausencia de medidas o mecanismos de control, y más en casos como el aquí ocurrido, en el que se demuestra la facilidad con la que unos trabajadores, como se ha declarado probado, pueden llevar a cabo un daño relevante en su empresa, sin que se detecte durante 10 años.

Hemos reseñado, así, en las sentencias de esta Sala del [Tribunal Supremo 316/2018 de 28 de junio de 2018, Rec. 2036/2017 \(LA LEY 74057/2018\)](#) y Sentencia 365/2018 de 18 de julio de 2018, que es básico en la empresa la existencia del debido control interno en éstas, mediante la técnica anglosajona del compliance como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

"La circunstancia de la inexistencia de una medida de "autoprotección" de la empresa con el programa de cumplimiento normativo, no puede conllevar más que un propio error interno de la empresa que no ha seguido las recomendaciones que al respecto se están haciendo de implementar estos programas para aplicar la cultura del cumplimiento del derecho en la empresa y de las buenas prácticas que eviten la actividad delictiva tanto hacia dentro como hacia afuera.»

... Ya lo señalábamos en la sentencia del Tribunal Supremo 495/2011 de 1 de junio de 2011, Rec. 2582/2010 (LA LEY 83124/2011):

«Es claro y patente que sobre la base del principio de confianza, que rige como armazón en nuestro ordenamiento, o de la buena fe comercial, éstos no pueden excluirse cuando se enjuicia un delito de estafa, y en el supuesto enjuiciado, no cabe atribuir a los empleados del Banco una manifiesta indolencia en la autotutela o una actuación irresponsable...»

Y en la sentencia del Tribunal Supremo 228/2014 de 26 de marzo de 2014, Rec. 737/2013 (LA LEY 31557/2014), ya expusimos que:

«En la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS 1243/2000 (LA LEY 9960/2000) de 11.7 del siguiente modo: «el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea».

No puede pretenderse que en este caso se postule la aplicación de engaño burdo cuando la recurrente «se aprovechó» de esa confianza que se había granjeado para con los empleados después de muchos años de relaciones, por lo que es esta la que posibilitó el engaño, con independencia de la responsabilidad de las entidades bancarias, porque nótese que son dos las afectadas. Y que el engaño se proyecta sobre los perjudicados.

En cualquier caso, recordamos en la sentencia del Tribunal Supremo, 284/2008 de 26 de mayo de 2008, Rec. 1432/2007 (LA LEY 79060/2008) que:

«En el presente caso, sin embargo, la argumentación del recurrente acerca de una falta de autotutela por parte de Jose Luis y Jesús Manuel, incurre en un llamativo desenfoque en la identificación de los elementos del delito de estafa. La estrategia defraudatoria puesta en marcha por el acusado tuvo como destinatarios, no a aquellas dos personas a cuyo cargo se giraron las letras, sino a los empleados del banco que, confiados en la integridad de los títulos valores y en la existencia de relaciones comerciales previas entre denunciante y denunciado, aprobaron el descuento de las cambiales. El recurrente confunde a los engañados con los perjudicados. De ahí que cualquier reproche formulado a quienes deberían haber asumido el mandato de pago incorporado al título valor, carece de validez. Cuando aquéllos se percatan de que con cargo a su patrimonio se habían girado varias letras de cambio que no respondían a ningún negocio causal que justificara su puesta en circulación, el delito de estafa había sido ya cometido.»

En este sentido, que **la entidad bancaria no ejecute a fondo las medidas de protección no impide que el engaño sea bastante ante los que realmente fueron perjudicados en este caso**, y que fueron las mercantiles desapoderadas de sus fondos en la cuantía fijada en los hechos probados.

...El engaño lo fue en dos direcciones: para poder actuar ante el banco aprovechando la confianza y ante las empresas para que no se detectara el fraude. **Si hubiera tenido implementado por los responsables un programa de *compliance* se hubiera reducido el riesgo de actuar de esta manera, pero ello no protege a la autora penalmente de su ilícito penal.»**

Necesidad de contratar los informes *forensic*:

*«La manipulación de los registros contables que no respondían a la realidad de las operaciones, tenía como finalidad crear la apariencia de un funcionamiento normal del circuito financiero de cobros y pagos de la sociedad, evitando que pudiera descubrirse la disposición ilegítima de los fondos. La recurrente primera pretendía dar cobertura documental a su operativa, dado que es por ello por lo que pretendía no ser descubierta y solo por un examen más profundo contable de auditoría **es cuando puede detectarse esta operativa o con un buen programa de cumplimiento***

normativo se puede prevenir y evitar, así como analizar con auditoría, o más concretamente con un informe forensic .

*Recordemos, sin embargo, que estos últimos surgen porque ya ha ocurrido algo, que es lo que en este caso ocurrió cuando se detecta que algo podía estar pasando, como consta en la sentencia cuando se alerta de estas circunstancias y se actúa, por lo que su presencia con el cumplimiento normativo no es una realidad todavía en el sentido de que **cuando se encargan estos informes es porque había compliance, y, pese a ello, se han detectado irregularidades, o se han denunciado ya por terceros perjudicados por la sociedad porque un directivo o empleado han delinquido, o porque desde dentro de la empresa se han detectado esas irregularidades,** —que es lo acontecido en este caso— o se supone que existen por descuadres en las cuentas, o situaciones que inducen a pensar que alguien ha cometido algún acto ilícito. Pero es cierto que **no tiene por qué haber compliance para que se contrate un informe forensic** , pero sería muy negativo para la sociedad que se haga ese encargo y la sociedad no haya tenido la previsión de tener estos programas de cumplimiento implementados ya.»*

3. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 893/2021 DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2021, REC. 5664/2019

3.1. Objeto

Delito de estafa a su propia empresa por un alto directivo que, concertado con un tercero que emitía facturas falsas por trabajos y servicios no prestados, dispuso en su propio beneficio de la gestión del presupuesto de su principal, cuya gestión tenía encomendada, superando el fraude el millón de euros. Suficiencia de engaño que excluye la atipicidad por autopuesta en peligro por la ausencia de mecanismos de control de la empresa.

3.2. Referencia

Aspectos de la sentencia (LA LEY 220581/2021):

1.- Llamada de atención a empresas de relevancia de que no exista un programa de control que detecte el fraude interno.

2.- Facilidad de su comisión por directivo que evidencia ausencia de autocontrol y de programas de *compliance*.

3.- Necesidad del *compliance* para evitar la proliferación del fraude interno.

«Nos encontramos en la modalidad de actuación de directivo o empleado que defrauda a su propia empresa con artificios de falsedad y estafa en una suma relevante antes fijada superior al millón de euros al desarrollarse durante un período tan elevado de cinco años.

Sí que es cierto que llama la atención que personas jurídicas de relevancia y con una implantación importante en el mercado no hayan podido detectar un fraude interno tan importante, pero estas situaciones se dan con frecuencia, incluso aunque se adopten mecanismos de protección como a buen seguro se habrán adoptado por la mercantil perjudicada por el fraude, ya que los autores abusan de la confianza que existe en ellos de que estas conductas no se produzcan. No obstante lo cual, incluso con controles de prevención se producen hechos de fraude interno, pero es preferible disponer de ellos a no hacerlo para que la detección de las irregularidades se verifiquen cuanto antes para evitar elevar la cuantificación de lo defraudado.

Estas situaciones, vuelven a exigir la necesidad de optimizar por las empresas los programas de cumplimiento normativo que fueron trasladadas al texto penal en el año 2010 y reforzado en el año 2015 (justo, curiosamente, el período de tiempo en el que suceden los hechos).

*La realidad es que esta ausencia de los programas de *compliance* han determinado un fraude interno en las empresas relevante hasta la implementación en nuestro país del cumplimiento normativo, y, ciertamente, llama la atención, como expone el recurrente, que no se hubiera detectado antes el fraude a la empresa, lo que permite que en la medida en la que no se detecta la acumulación de la cuantía defraudada sea mayor. El recurrente formula su queja centrada, pues, en una especie de "aceptación" de Helvetia de lo ocurrido apuntando la fórmula de las "comisiones", circunstancia de la actividad colaborativa y de aceptación*

del fraude que no se obtiene en modo alguno de la prueba y no deja de ser un alegato exculpatorio huérfano de prueba.

En este caso se produce lo que en el texto penal se fija en el art. 31 bis 2.3º CP de que el autor ha cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención. Pero ello no debe operar en el beneficio del recurrente dando la apariencia de que había un "conocimiento" de la persona jurídica acerca de lo que estaba ocurriendo, sino que fallaron en su momento los mecanismos de autoprotección mediante un adecuado sistema de cumplimiento normativo que, con toda seguridad, hubiera evitado el fraude, o, al menos, en menor medida que el llevado a cabo, ya que cumplimiento normativo no puede conllevar la seguridad de que se asegura evitar el fraude, pero sí de que pone los medios y medidas suficientes para tratar que no se produzca.

De suyo, el propio texto penal declara exenta de responsabilidad penal a las empresas en los casos en los que 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención ([Art. 31 bis \(LA LEY 3996/1995\)](#). 2.3º CP).

Sobre los mecanismos de autocontrol y su insuficiencia en relación a los delitos de estafa hemos tratado en la sentencia del Tribunal Supremo 109/2020 de 11 Mar. 2020, Rec. 2381/2018 (LA LEY 60498/2020), señalando que:

"No debe entenderse que en el caso ahora analizado existiera una «autopuesta en peligro» por el hecho de la confianza depositada en la recurrente por los socios, ya que ello lo que integra es una agravación, precisamente, por ese abuso de las relaciones personales que da lugar a que estos no sospecharan de ella en las operaciones y documentos que presentaba a la firma, por cuanto creían en su honestidad y corrección, hasta que un examen detallado de las operaciones llevadas a cabo durante el período en el que se suceden los hechos da lugar a detectar los desplazamientos patrimoniales llevados a cabo por la recurrente. Ciertamente es que, como luego destacaremos, los excesos de confianza pueden dar lugar a situaciones como la aquí ocurrida, o, también, no disponer de un programa de compliance normativo en la empresa que hubiera evitado estos hechos durante largo tiempo.

Este último es un tema interesante que irá surgiendo en el desarrollo de esta filosofía de exigir a las empresas implantar estos modelos de compliance para evitar la denominada "autopuesta en peligro" que pueda suponer que directivos o personas con apoderamientos expresos para realizar funciones como la aquí desplegada, puedan encontrar facilidades para llevar a cabo estas conductas de falsedad en documentos mercantiles y estafas en concurso medial. No disponer de estos modelos de compliance lo que genera en los casos de la delincuencia ad extra de directivos y empleados ex [art. 31 bis CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) es su responsabilidad penal, pero no podemos concluir que la carencia de estos programas provoca la exoneración de responsabilidad en casos de estafa por haber sometido a la propia empresa a la autopuesta en peligro que desplaza el "engaño bastante" a la víctima del delito, pero sí hay que insistir en que estos programas de compliance reducen el riesgo de que ello ocurra y con el paso del tiempo debe existir la extensión de esta filosofía de uso para autoprotgerse de este tipo de situaciones en donde se comprueba una mayor facilidad para perpetrar este tipo de actos de falsedad de documento mercantil y estafa.

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 \(LA LEY 3996/1995\)](#) 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 consecuencia, de la misma manera que en esta sentencia antes citada de la Sala se apuntaba que la alegada "autopuesta en peligro" de no existir fuertes mecanismos de control que puedan detectar y poder controlar y evitar estos fraudes que se cometen con frecuencia no exonera de responsabilidad hay que insistir en que el defecto en el cumplimiento normativo de detección de situaciones fraudulentas en las que las empresas pueden ser víctimas de estafas, como en este caso ocurrió, no supone una especie de "pasaporte" que permita a quienes diseñen y orquesten un mecanismo orientado al fraude que sean exonerados de responsabilidad, porque cosa distinta es la necesidad de mentalizar al sector empresarial que active los protocolos de detección de las estafas basadas en la confianza previa en relaciones contractuales anteriores sin el componente del fraude, y otra que estas conductas probadas engañosas queden impunes.

No puede configurarse la ausencia de mecanismos de protección, o el exceso de confianza en las relaciones contractuales, como un "cheque en blanco" para la ejecución de delitos patrimoniales. Y menos aun cuando la confianza está generada, como aquí ocurrió, en las relaciones previas en las que no se habían dado los hechos de estafa en las relaciones comerciales, lo que denota un "aprovechamiento" de esa confianza en la relación inter partes que, en cualquier caso, viene a ser terreno abonado para facilitar la estafa, y sin que el "relajamiento" de las condiciones de control en las operaciones lleve consigo la anulación de los elementos del tipo penal de la estafa. Decir lo contrario determinaría la impunidad de quienes mantienen contratos cumplidos para generar confianza y que en un determinado momento inician el modus operandi basado en el engaño bastante, aunque guiados por ese fortalecimiento en esa relación por la confianza guiada por el "previo cumplimiento".

Pero la inexistencia de lo que podríamos denominar "coraza protectora ante las estafas" que puede generar el compliance ad extra en estos casos puede conllevar la exoneración de responsabilidad. Lo denominamos compliance ad extra, por cuanto supone la implementación de medidas de autoprotección empresarial ante la delincuencia que se origina desde fuera de la empresa hacia la perjudicada, o, también, desde la propia empresa hacia fuera, lo que, a su vez, es lo que genera responsabilidad penal de la persona jurídica si no existe un adecuado programa de cumplimiento normativo debidamente implementado ex art. 31 bis CP".

Con ello, no se puede establecer un alegato sobre la tesis de que existía un conocimiento y aceptación de la empresa cuando no queda probada esta circunstancia, y, sin embargo, la contraria, referida a la prueba debidamente valorada por el tribunal de la existencia del concierto entre los recurrentes para la operatividad del diseño de las facturas falsas para dar la apariencia de servicio prestados a la empresa, dada la "cobertura" del recurrente de poder disponer de mecanismos de activar los pagos que se llevaron a cabo en el período indicado con fraude a la empresa, ánimo evidente de lucro de los recurrentes y perjuicio notable a la persona jurídica».

4. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 470/2021 DE 2 DE JUNIO DE 2021, REC. 3241/2019

4.1. Objeto

Comisión de fraude de subvenciones y falsificación de documentos mercantiles. El acusado presentó documentación para obtener de la Administración un anticipo que, en realidad, es una ayuda reintegrable o préstamo sin interés, alterando para ello los requisitos de su concesión, y falseando datos para hacer creer a la Administración que la ayuda que solicita irá destinada al fin fijado en la petición, cuando no había intención alguna de hacerlo así. Simulación y empleo de instrumentos documentales falsos para conseguir la ayuda propuesta con la finalidad de justificar la ayuda que finalmente se destina a fines propios y privados. Apropiación indebida de los fondos sociales de la entidad que se empleó como vehículo en la solicitud de las ayudas públicas.

Claro ejemplo de necesidad de *compliance ad intra*. Fraude interno por directivo sin *compliance* que lo controle.

4.2. Referencia

Aspectos de la sentencia (LA LEY 67650/2021):

1.- El fraude interno se posibilita y permite si no hay *compliance* y directivos con mando en la empresa lo conocen.

2.- *Compliance* no solo es un tema relacionado con responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos «desde dentro hacia fuera» sino «desde dentro hacia dentro».

*«Respecto a la cuestionada tipificación por el recurrente del delito de apropiación indebida debemos recordar un supuesto similar al presente que reflejamos en la sentencia del [Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 316/2018 de 28 de junio de 2018, Rec. 2036/2017 \(LA LEY 74057/2018\)](#) donde se introdujo el concepto del *compliance ad intra* y *ad extra* en el ámbito de las sociedades mercantiles. Y ello, por considerar que la introducción de los programas de cumplimiento normativo no deben asimilarse tan solo a las sociedades mercantiles, por un lado, sino que deben implantarse en cualquier tipo de organización, a fin de evitar situaciones como la aquí producida en la que sin ningún tipo de control ni fiscalización *ad intra* por nadie el recurrente articula, diseña y ejecuta un plan para dirigirse a la Administración Pública para obtener una*

ayuda pública, que aunque fuera reintegrable es «ayuda pública» al evitarse una financiación más costosa la sociedad. Sin embargo, la intención clara del recurrente era no devolverlo y apropiárselo, como llevó a cabo.

Esta falta de control que fue permitido en la sociedad por no disponer de un programa de compliance nos lleva al terreno de no circunscribir su implantación solo al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino, también, a la auto protección empresarial, habida cuenta que muy posiblemente los hechos aquí declarados probados no hubieran ocurrido con un buen programa de cumplimiento normativo, salvo que el recurrente hubiera eludido fraudulentamente los mecanismos de control ([art. 31 bis \(LA LEY 3996/1995\)](#). 2.3º CP). Pero, al menos, hubiera tenido mecanismos de pantalla que le hubiera dificultado llevar a cabo con la facilidad con que lo hizo los actos fraudulentos ante la Administración, la confección de facturas ad hoc y los actos de apropiación indebida, todo lo cual viene facilitado por la ausencia de un adecuado mecanismo de autoprotección interna.

En cualquier caso, esa ausencia de esta protección ad intra no exonera de responsabilidad al recurrente trasladando a la sociedad la inexistencia de estos mecanismos de control interna, pero sí abre la puerta a considerar que, de alguna manera, se facilitan actos como los aquí declarados probados que en otras circunstancias podrían haber sido detectados a tiempo, o que, al menos, el programa de cumplimiento normativo hubiera actuado a modo de prevención especial para evitar delitos de la misma naturaleza de los cometidos, siguiendo el dictado del propio Código Penal cuando en el [art.31 bis.2.1º y 4 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) se recoge esta mención».

5. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 622/2021 DE 14 DE JULIO DE 2021, REC. 4122/2019

5.1. Objeto

Delito de estafa destacando el análisis del negocio jurídico criminalizado. Concurrencia de engaño antecedente y causante del error en el sujeto pasivo, con carácter previo a la contratación. Operación inmobiliaria entre empresas haciendo creer el administrador de la

vendedora acusada, a la mercantil perjudicada, que se compraba un determinado terreno con una edificación en construcción y una carga hipotecaria menor, cuando en realidad se vendía otro con otra carga mayor.

5.2. Referencia

Aspectos de la sentencia (LA LEY 106075/2021):

1.- Necesidad de que los programas de cumplimiento normativo puedan detectar fraude interno y externo.

«Exigir a los profesionales un extremo rango de prevención y/o control en sus operaciones con terceros no puede determinar la inexistencia de estafa cuando son estafados. Otra cuestión es que sus programas internos de compliance pudieran mejorar este control de sus operaciones con terceros para evitar ser víctimas de estafas, ampliando el círculo del cumplimiento normativo en las actuaciones de sus directivos y responsables en sus relaciones contractuales con terceros, creando una especie de protocolización de «controles» previos a toda operación.

*Pero ello puede formar parte del **manual de gestión contractual como directrices a mejorar las actuaciones externas de los directivos de empresa** . Pero si no se lleva en su máxima «excelencia», y a extremo, la práctica de este control, y, por el contrario, existe un diseño perfectamente orquestado por el sujeto activo para conseguir engañar al perjudicado de forma suficiente, como aquí ha ocurrido, la exigencia que puede reclamarse a quienes actúan en estas operaciones de esmero de los cauces y canales de control no determina la exención de responsabilidad para quien ha desplegado, y esto es lo importante, todo su potencial ideal y eficaz, con relación de causalidad para conseguir el engaño en el sujeto pasivo, como aquí ocurrió.»*