BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NFJ073346

TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia 123/2019, de 8 de marzo de 2019
Sala de lo Penal
Rec. n.º 1763/2018

SUMARIO:

Delito contra la Hacienda pública. Sujetos responsables. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas.* La mera inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo. La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, y que haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión. Por lo tanto, a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica. A ésta le concierne, pues, no solo lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta. A diferencia de otros casos en los que las consecuencias para la persona jurídica son de orden civil, lo cual ha permitido justificar su no intervención en algunos aspectos penales, en los casos de responsabilidad penal, la determinación de la existencia del delito antecedente imputado a la persona física, es un elemento necesario para establecer las consecuencias de orden penal que afectarán a la persona jurídica, lo que justifica su presencia y posibilidad de intervención en las cuestiones relativas a esa materia. En consecuencia, a efectos de evitar cualquier asomo de indefensión, la anulación de la sentencia y del juicio oral se extiende a ambos acusados, debiendo celebrarse un nuevo juicio en el que sea citado correctamente el representante especialmente designado por la persona jurídica, debiendo facilitarse la posibilidad de que la persona jurídica pueda designar nuevos Procurador y Letrado, diferentes de los que representen y defiendan al acusado designándose de oficio, si fuera pertinente.

PRECEPTOS:

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 786 bis y 850
Constitución Española, art. 24.
Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 31 bis

PONENTE:

Don Miguel Colmenero Menendez de Luarca.

Magistrados:

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO
Don PABLO LLARENA CONDE

Don CARMEN LAMELA DIAZ
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

RECURSO CASACION núm.: 1763/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 123/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 8 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 1763/2018 por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por D. Amador y la mercantil Representaciones Lito S.L., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta, de 2 de marzo de 2018 , estando representados los acusados por la procuradora Dª Margarita Pereira Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Carlos Seoane Domínguez. En calidad de parte recurrida, la acusación particular Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), representada y defendida por la Sra. Letrada del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 2 de los de Caldas de Reis, instruyó diligencias previas de procedimiento Abreviado con el nº 671/2015, contra D. Amador y la mercantil representaciones Lito S.L., por delitos contra la Hacienda Pública, y una vez decretada la apertura del juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, que con fecha 24 de noviembre de 2017, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados :

"Probado y así se declara:

Primero: que la mercantil Representaciones Lito, S.L., con CIF B94020518, fue constituida mediante escritura pública de fecha 27 de octubre de 2010, con un capital social de 3.200 euros suscrito en un 51% por el encausado, Amador , mayor de edad y sin antecedentes penales, integrando el objeto social de la mercantil, entre otras, actividades recreativas, culturales y deportivas, espectáculos musicales y representación artística; es más, su principal actividad en el tráfico jurídico mercantil fue la de producción musical y representación artística (oficina

comercial), dedicándose a la comercialización del producto (el espectáculo musical) ejecutado por las orquestas a las que representa.

El encausado, Amador , era el Presidente del Consejo de Administración de la mercantil (órgano de administración) y fue designado Consejero Delegado del mismo junto con otros dos socios, si bien, la dirección y la gestión material y efectiva de la empresa, tomando decisiones e impartiendo instrucciones, incluidas las relativas a las obligaciones fiscales, era realizada por el encausado.

Para llevar a cabo esa labor de comercialización del espectáculo musical, -que realizaba en nombre propio, pues ofertaba y vendía el producto ejecutado por músicos y orquestas estableciendo relación directa con el cliente, pero por cuenta ajena, ya que el producto que vendía era ejecutado por terceros-, la mercantil, Representaciones Lito, SL, disponía tanto de medios personales como materiales (escenario, iluminación, sonido, medios de transporte). Los medios personales estaban integrados por un numeroso grupo de personas, -agentes de zona-, que eran los que contactaban directamente con el cliente (Ayuntamientos, establecimientos de hostelería, comisiones de fiestas, etc.) en representación de la mercantil, percibiendo de ésta una remuneración en forma de comisión. Los medios materiales estaban integrados, pertenecían, a un conjunto de sociedades (sociedades soporte) de las que la mercantil se servía: Soner, Sonido e Iluminación, SL, Escenarent, SL, Esmuli Por Rent, SL, Representaciones Artísticas Lito SL, cuyo capital social era propiedad, en su totalidad, del encausado, Amador .

Segundo: La encausada, Representaciones Lito SL, presentó en los ejercicios económicos de 2011 y de 2012, declaraciones tributarias por los Impuestos de Sociedades, IVA, y retenciones a cuenta del IRPF, con los siguientes resultados:

A) En el impuesto de Sociedades: en el año 2011, declaró una base imponible (sustancialmente equivalente a los beneficios anuales obtenidos) de 47.319,38 euros, lo que suponía una cuota tributaria de 11.374,45 euros. En el año 2012, presentó declaración tributaria consignado una base imponible de 24.810,91 euros, siendo la cuota tributaria de 1.716,29 euros.

B) En el Impuesto del Valor Añadido: En el ejercicio de 2011, Representaciones Lito SL, declaró una base imponible (sustancialmente equivalente a la contraprestación percibida por los servicios prestados a terceros) de 2.160.422,76 euros, con una suma a ingresar (previas las correspondientes deducciones) de 32.000 euros. Y, en el año 2012, declaró una base imponible de 1.997.967,39 euros, con una suma a ingresar (previas las oportunas deducciones) de 32.000 euros.

C) En el IRPF, retenciones a cuenta por rendimientos de trabajo personal y de actividades profesionales: En el año 2011 declaró por tales conceptos un total de 10.365,17 euros. Y, en el año 2012, declaró por los referidos conceptos un total de 20.623,71 euros.

Tercero: Representaciones Lito SL, fue objeto de un procedimiento de inspección por la AEAT que se inició el 27 de noviembre de 2013, el cual puso de manifiesto que la contabilidad oficial no reflejaba la imagen fiel y exacta de la empresa, siendo ello consecuencia de que la mayor parte de su volumen de negocio (el procedente de la contratación con las comisiones de fiestas y que suponía sobre un 90%) no se facturaba ni se contabilizaba en los Libros oficiales, por lo que tampoco era declarado a la Hacienda Pública, lo que daba lugar a importantes beneficios para la mercantil.

Así, del examen por la Inspección tributaria de todos los registros extracontables intervenidos y entregados por la obligada tributaria, resultaron unos ingresos procedentes de la representación y de la organización de espectáculos musicales en cuantía de 26.096.785 euros en el año 2011, y, de 23.973.409 euros en el año 2012, cifras de las que hay que partir para realizar el cálculo correcto de los Impuestos de Sociedades y del Valor Añadido.

A) Impuesto de Sociedades: La base imponible (sustancialmente, importe de los beneficios anuales) debe calcularse detrayendo de los referidos ingresos los gastos necesarios para su obtención, que comprenden las cantidades satisfechas a las orquestas, las comisiones abonadas a los intermediarios y otros gastos de explotación. Computadas tales partidas, resta un beneficio de 998.194,87 euros en el año 2011 y de 969.097,65 euros en el año 2012, cifras que constituyen la base imponible del IS y que tras la aplicación de los correspondientes tipos impositivos, arrojan una cuota de 299.003,06 euros en 2011 y de 286.242,86 euros en 2012. Deduciendo de dichas cantidades las sumas que Representaciones Lito declaró a Hacienda e ingresó, resultan unas cuotas tributarias defraudadas de 287.628,61 euros en el ejercicio económico del 2011 y de 284.526,57 euros en el ejercicio económico del 2012.

B) Impuesto del Valor Añadido: Las prestaciones de servicios a terceros efectuadas por la sociedad comportaban el devengo de tal impuesto a su tipo general. Representaciones Lito, SL, solamente cumplió sus

obligaciones fiscales por tal impuesto en una pequeña parte, en concreto, respecto de aquellos clientes que le exigían factura, dejando de facturar el grueso de su actividad, fundamentalmente, la procedente de la contratación con las comisiones de fiestas.

Habiendo declarado la obligada tributaria (facturación oficial) una base imponible de 2.160.422,76 euros para el año 2011 y de 1.997.967,39 para el año 2012 y siendo la cifra de negocio comprobada, respectivamente, de 26.096.785 € y de 23.973.409 €, procede incrementar las bases imponibles en el importe de las ventas no declaradas; en concreto, para el ejercicio de 2011 será de 23.936.372,34 euros y para el ejercicio de 2012 será de 21.975.441,61 euros.

Realizada proporcionalmente la distribución trimestral en función de las bases imponibles declaradas en cada uno de los periodos impositivos sujetos a comprobación y aplicado el tipo impositivo correspondiente, y deducidas las cuotas de IVA soportado acreditadas, resultan unas cuotas tributarias totales de: 4.308.547,02 € para el ejercicio 2011 (desglosadas por trimestres, serían: 243.954,54 € + 873.542,12 € + 2.873.887,01 € + 317.163,35 €) y 4.039.592,01 € para el ejercicio 2012 (desglosadas por trimestres, serían: 279.559,49 € + 554.864,77 € + 2.582.459,09 € + 632.708,66 €).

C) Retenciones a cuenta del IRPF: Por los agentes de zona que Representaciones Lito SL tenía a su servicio y a los que retribuía su trabajo en forma de comisión, debió practicar la correspondiente retención y proceder a su ingreso en el Tesoro Público, obligación que, en los ejercicios 2011 y 2012 objeto de regularización, incumplió totalmente.

Habiéndose abonado a los agentes de zona 2.487.390, 40 euros en el año 2011 y 2.313.369,90 euros en el año 2012, tras realizar una distribución proporcional por trimestres en función de los ingresos de la obligada tributaria, conociéndose que la comisión percibida por los agentes de zona era del 10%, resulta, para el ejercicio 2011, una cuota tributaria defraudada de 347.104,87 euros (desglosadas por trimestres, serían: 19.653,31 € + 70.414,17 € + 231.486,09 € + 25.551,30 €); y, para el ejercicio 2012, la cuota tributaria defraudada asciende a 323.411,95 euros (desglosadas por trimestres, serían: 18.016,64 € + 69.992,54 € + 210.263,69 € + 25.139,08 €)(sic)".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los encausados, Amador Y REPRESENTACIONES LITO, S.L., como autores penalmente responsables, cada uno de ellos, de SEIS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA, dos por defraudación en el Impuesto de Sociedades de los ejercicios 2011 y 2012, dos por defraudación del Impuesto sobre el Valor añadido de los ejercicios económicos de 2011 y de 2012 y, otros dos, por defraudación en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas correspondientes a los ejercicios económicos de 2011 y de 2012, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

A) A Amador :

1.- Por cada uno de los dos delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto de Sociedades (IS): UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DEL TANTO de las sumas defraudadas, esto es, multa de 288.000 € por el ejercicio económico de 2011 y multa de 285.000 euros por el ejercicio económico de 2012, con responsabilidad personal subsidiaria de 50 días de privación de libertad para caso de impago de cada una de las multas. Asimismo, se le condena a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un periodo de tres años por cada uno de los delitos.

2.- Por cada uno de los dos delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA): TRES AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DEL TRIPLO de las sumas defraudadas, esto es, multa de 8.620.000 € por el ejercicio económico de 2011 y multa de 8.080.000 euros por el ejercicio económico de 2012, con responsabilidad personal subsidiaria de 150 días de privación de libertad para caso de impago de cada una de las multas. Asimismo, se le condena a la pérdida de la posibilidad de obtener

subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un periodo de cuatro años y seis meses años por cada uno de los delitos.

3.- Por cada uno de los dos delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF- Retenciones): UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DEL TANTO de las sumas defraudadas, esto es, multa de 348.000 € por el ejercicio económico de 2011 y multa de 324.000 euros por el ejercicio económico de 2012, con responsabilidad personal subsidiaria de 50 días de privación de libertad para caso de impago de cada una de las multas. Asimismo, se le condena a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un periodo de tres años por cada uno de los delitos.

B.- A Representaciones Lito SL: De conformidad con lo dispuesto en el Art. 510 bis a):

1.- Por cada uno de los dos delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto de Sociedades (IS): MULTA DEL DUPLO de la cantidad defraudada, esto es, multa de 576.000 euros por el delito correspondiente al ejercicio económico del 2011 y multa de 570.000 euros por el delito correspondiente al ejercicio económico de 2012. Además, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un periodo de tres años por cada uno de los delitos.

2.- Por cada uno de los dos delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA): MULTA DEL TRIPLO de la cantidad defraudada, esto es, multa de 8.620.000 euros por el delito correspondiente al ejercicio económico del 2011 y multa de 8.080.000 euros por el delito correspondiente al ejercicio económico de 2012. Además, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un periodo de cuatro años por cada uno de los delitos.

3.- Por cada uno de los dos delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF- Retenciones): MULTA DEL DUPLO de la

cantidad defraudada, esto es, multa de 696.000 euros por el delito correspondiente al ejercicio económico del 2011 y multa de 648.000 euros por el delito correspondiente al ejercicio económico de 2012. Además, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un periodo de tres años por cada uno de los delitos.

Todo ello, con expresa imposición de costas, por mitad, a los declarados responsables de las infracciones penales.

En concepto de responsabilidad civil, ambos encausados, conjunta y solidariamente, deberán indemnizar a la AEAT en la cantidad de 9.590.811,03 euros, cantidad que devengará el interés legal del Art. 26 de la LGT desde la consumación de los delitos(sic)".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por D. Amador y la mercantil Representaciones Lito S.L., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto por la representación de los recurrentes D. Amador y la mercantil representaciones Lito S.L., se basó en los siguientes motivos de casación:

Previo.- En este recurso se interpone el recurso de casación tanto por Representaciones Lito SL como por D. Amador . Existen motivos comunes a ambas representaciones y motivos que son propios de cada una de ellas. En lugar de separar ambos recursos, por razones sistemáticas y dado el carácter común de la mayor parte de los motivos, se ha optado por la interposición en un solo escrito común, para facilitar el análisis sistemático de dichos motivos.

1.- Recurso de casación por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.2º LECr ("cuando se haya omitido la citación del procesado (...) para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas").

2.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECr , por vulneración del derecho de defensa, del derecho a ser informado de la acusación, del principio acusatorio e incongruencia extra petita.

3.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECr , por vulneración del derecho de defensa, a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (art. 24.2 CE).-

4.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, derecho de defensa contradictoria y del derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con el art. 730 LECr .

5.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, del que forma parte el derecho a obtener una resolución judicial motivada (art. 24.1 , 120.3 CE) al no valorar el tribunal la prueba de descargo.

6.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, del que forma parte el derecho a obtener una resolución judicial motivada (art. 24.1 , 120.3 CE).

7.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en relación con el art. 31 CP relativo la autoría de D. Amador .

8.- Al amparo del art. 849.2 LECr se denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

9.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECr , por vulneración del principio de legalidad (art. 25 CE), en relación con el art. 15 y 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y el art. 305 CP .

10.- Al amparo del art. 849.1 LECr , por infracción del art. 305 CP ; inexistencia de dolo defraudatorio.

11.- Al amparo del art. 849.1 LECr , por infracción del art. 305 CP y del art. 14 CP .

12.- Al amparo del art. 849.1 LECr , por infracción del art. 305 CP y de la normativa tributaria de aplicación en la determinación de las cuotas tributarias.

13.- Al amparo del art. 849.1 LECr , por infracción del artículo 31 bis CP , en la redacción dada por la LO 5/2010 y la prohibición del non bis in ídem.

14.- Al amparo del art. 849.1 LECr , por infracción de los arts. 52 CP , art. 31.bis.2 CP , art. 66 bis CP3 y 31 bis 2 CP en relación a las penas impuestas a Representaciones Lito SL.

15.- Al amparo del art. 849.1 LECr , por infracción de los arts. 305 y 31 bis 2 CP en relación a las penas relativas a cada uno de los dos delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto de Sociedades.

16.- Al amparo del art. 849.1 LECr , por infracción de los arts. 305 CP (redacción dada por LO 5/2010 de 22 de junio), art. 305 bis CP (redactado por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre), art. 2.2 CP , art. 9.3 CE y art. 31 bis 2 CP en relación a las penas relativas a cada uno de los dos delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del IVA.

17.- Al amparo del art. 849.1 LECr , por infracción de los arts. 305 y 31 bis 2 CP en relación a las penas relativas a cada uno de los dos delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto de Sociedades.

Quinto.

Instruidos la parte recurrida (Sra. Letrada del Estado) y el Ministerio Fiscal del recurso presentado de contrario, por la Sra. Letrada del Estado formula la impugnación del recurso de casación interpuesto, solicitando lo inadmita o subsidiariamente lo desestime íntegramente, por las razones vertidas en su escrito presentado. Por el Ministerio Fiscal manifiesta que procede su apoyo parcial de los motivos 14º y 16º y la impugnación del resto de motivos del recurso interpuesto. Quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 6 de febrero de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Audiencia Provincial condenó a Amador y a Representaciones Lito, S.L. como autores de seis delitos contra la Hacienda Pública a las penas que constan en los antecedentes de esta sentencia. Contra la resolución de instancia interponen recurso de casación en un único escrito. En el primer motivo, al amparo del artículo 850.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), denuncian que no se citó para el juicio oral al representante de Representaciones Lito S.L. especialmente designado en la causa. Señalan que consta en el acta que en nombre de la sociedad comparece el otro acusado. Sin embargo, aunque en la fase de instrucción fue designado a esos efectos, el Juzgado de instrucción rechazó tal designación por entender que existía conflicto de intereses, por lo que, finalmente, se designó como representante en la causa de Representaciones Lito a Hermenegildo , que prestó declaración en tal concepto. Y en el juicio oral finalmente celebrado, se le citó como testigo, teniendo erróneamente al otro acusado como representante de la sociedad. En el curso de la práctica de la prueba, Hermenegildo compareció como testigo y prestó declaración en esa condición previo juramento o promesa. Alegan que tal forma de proceder causó formalmente indefensión, pues nadie ha podido declarar en nombre de la sociedad, sin que el otro acusado pudiera deslindar los intereses propios y los de la sociedad, dado se estado psico-físico. Que el juicio se celebró en su ausencia, y que no existe entre ambos acusados identidad de intereses, pues son cinco socios. Además, alegan que el nuevo letrado, al intervenir desde el punto en que cesó el anterior, tras las cuestiones previas, no pudo alegar la nulidad de la entrada y registro.

1. Decíamos en la STS núm. 514/15, de 2 de Septiembre , que "ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal". Este ha de ser el punto de partida en el análisis de las cuestiones que afectan a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo que los derechos esenciales reconocidos al acusado en el marco del proceso penal, sea material o procesal su contenido, deben ser igualmente reconocidos a las personas jurídicas.

La designación de la persona física que ha de operar en la causa penal como representante de la persona jurídica imputada o acusada tiene trascendencia respecto de las posibles estrategias de defensa y de la posición que pueda adoptar en el proceso respecto de las imputaciones efectuadas a la persona jurídica, de manera que es preciso tener en cuenta los posibles conflictos de intereses evitando, en esos casos que la persona jurídica comparezca en el proceso representada por otro de los acusados que pueda tener intereses contrapuestos, no solo respecto de las cuestiones de fondo, atinentes a la existencia o no del delito imputado, sino incluso en relación con la orientación que deba darse al mismo ejercicio del derecho de defensa. Pues es claro que los intereses del administrador acusado, sea socio o no de la entidad igualmente acusada, pueden no coincidir con los de ésta, con los de los socios minoritarios, o, incluso, con los de los trabajadores.

Después de resaltar estos aspectos, decíamos en la STS nº 154/2016, de 29 de febrero (Pleno), 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 acordará "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".

2. En el caso, el coacusado Amador fue designado en la fase de instrucción como representante de la entidad Representaciones Lito, S.L., lo cual aparecía justificado formalmente por el hecho de ser el socio mayoritario con un 51%, Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado. El Juez de instrucción rechazó tal designación, al entender que existían intereses contrapuestos con los de la sociedad. Decisión que, en principio, ha de considerarse razonable si se tiene en cuenta que el 49% restante correspondía a otros cuatro socios e, incluso, que el citado fue designado Consejero Delegado junto con otros dos socios.

Tras algunas incidencias, se designó a Hermenegildo , como representante en el proceso de la sociedad recurrente, el cual prestó declaración en tal concepto en la fase de instrucción.

En el juicio oral, tras varias incidencias, para la fecha en la que efectivamente se celebró, se citó a Hermenegildo como testigo, haciéndose constar en el acta que Amador comparecía en nombre de

Representaciones Lito, S.L.. En el curso del plenario, Hermenegildo prestó declaración como testigo, bajo juramento o promesa de decir verdad. Ni las partes ni el propio Tribunal hicieron observación alguna sobre el particular.

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

Es cierto, como señalan el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, que las partes no realizaron observación alguna al inicio del juicio oral. El Tribunal Constitucional, en la STC 50/1991 , señaló que "La indefensión derivada de la ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso, que contradiga la actuación diligente exigible a las mismas, no puede encontrar protección en el art. 24.1 C.E ., cuando, como reiteradamente ha expuesto la doctrina de este Tribunal, la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos, a través de los medios que le ofrece el ordenamiento jurídico, no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopera con su conducta a su producción, ya que si la indefensión se debe a la inactividad o negligencia, por falta de la diligencia exigible al lesionado, o se crea por la voluntaria actuación desacertada, equivoca o errónea de dicha parte, la indefensión resulta absolutamente irrelevante a efectos constitucionales porque al causante de ella le es imputable su presencia".

En el mismo sentido, en la STC 128/2017 , se decía que "para que la indefensión alcance dimensión constitucional, es necesario que sea imputable y que tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia , error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan" (por todas, STC 179/2014 de 3 de noviembre)".

Pero, en primer lugar, es responsabilidad del Tribunal (STC 137/2017) verificar que las partes, en este caso los acusados, han sido citados y comparecen debidamente representados al acto del plenario, para que puedan ser oídos. En un caso como el presente en el que, ya desde la instrucción, se había apreciado la existencia de conflicto de intereses que justificaba que la sociedad acusada estuviera representada por persona distinta de la persona física contra la que también se dirigía la acusación, era necesario asegurarse de que la persona jurídica acusada era citada en la persona designada, precisamente, para su representación.

Además, y, en segundo lugar, debió tenerse en cuenta, antes de admitir la prueba o, en su caso, al inicio del juicio oral, que el artículo 786 bis de la LECrim , no permite que sea designado como representante de la persona jurídica quien haya de declarar en el juicio como testigo.

Aunque también es cierto que ese mismo precepto dispone que la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador, sin embargo, la aplicación de esta previsión ha de partir de una correcta citación del representante, sin que pueda extenderse a los casos de ausencia de tal citación.

Por otro lado, tampoco puede dejar de valorarse que, en el caso, la persona jurídica y el acusado persona física comparecían representados por el mismo Procurador y defendidos por el mismo Letrado, lo cual parece difícilmente compatible con la contraposición de intereses ya apreciada en la instrucción y que había dado lugar a la designación de un representante especial y distinto del otro acusado, sin que se constate ningún suceso que la hubiera hecho desaparecer.

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

4. La existencia de una situación de indefensión para la persona jurídica impone la nulidad de la sentencia y del juicio oral en lo que a ella se refiere. La cuestión es si tal nulidad debe afectar también al otro acusado, Amador .

La responsabilidad de la persona jurídica requiere como presupuesto la comisión de alguno de los delitos que se señalan en la parte especial del Código Penal (CP) como imputables a las mismas, por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31 bis y siguientes del CP . El fundamento se encuentra en el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos que pudieran cometerse en su ámbito de organización.

En la STS nº 154/2016 , antes citada, se decía que "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 como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en 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".

Y, más adelante, se señalaba que "la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP , tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si 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".

Es evidente que la mera inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo. La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; y que haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión.

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

Ello justifica que, siendo posible, no se deba excluir a la persona jurídica de la discusión, característica del juicio oral, respecto de la acreditación, fáctica y jurídica, de la comisión del delito antecedente por parte de la persona física, evitando la celebración de un juicio contra aquella contando ya con la existencia previa de una declaración de hechos probados, referidos a la persona física, pero que le afectarían directamente. Es claro que ha de reconocerse la posibilidad de enjuiciar separadamente a la persona jurídica, (artículo 31 ter CP), pero no debe ser excluida de la posibilidad de negar mediante su defensa la comisión del delito antecedente imputado a la persona física, si no lo impiden las propias circunstancias de la causa.

En el caso, la persona jurídica fue representada en el plenario por Procurador y Abogado, pero resultaron ser los mismos que representaban y defendían a la persona física, a pesar de que, ya desde la instrucción se había apreciado la existencia de un conflicto o contraposición de intereses entre ellos, que nadie negó, ni entonces ni posteriormente. Es razonable entender que su defensa no fue lo efectiva que debería haber sido, al menos en lo que se refiere concretamente a la citación y presencia de su representante en dicho acto.

En relación con esta cuestión, se recordaba en la STS nº 668/2017, de 11 de octubre , que "En la STS 583/2017, 19 de julio , insistíamos en la necesidad de preservar cualquier conflicto de intereses entre la dirección

letrada de la persona jurídica investigada y la persona física autora del delito de referencia. Decíamos entonces que "... 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 "".

Además, a diferencia de otros casos en los que las consecuencias para la persona jurídica son de orden civil, lo cual ha permitido justificar su no intervención en algunos aspectos penales, en los casos de responsabilidad penal, la determinación de la existencia del delito antecedente imputado a la persona física, es un elemento necesario para establecer las consecuencias de orden penal que afectarán a la persona jurídica, lo que justifica su presencia y posibilidad de intervención en las cuestiones relativas a esa materia.

En consecuencia, a efectos de evitar cualquier asomo de indefensión, la anulación de la sentencia y del juicio oral se extiende a ambos acusados, debiendo celebrarse un nuevo juicio en el que sea citado correctamente el representante especialmente designado por la persona jurídica, debiendo facilitarse la posibilidad de que la persona jurídica pueda designar nuevos Procurador y Letrado, diferentes de los que representen y defiendan al acusado Amador , designándose de oficio, si fuera pertinente.

Por todo ello, el primer motivo se estima, sin que sea preciso el examen de los demás motivos del recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Representaciones Lito, S.L. y por D. Amador , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta, de fecha 2 de Marzo de 2018 , casando y anulando la sentencia impugnada, así como el juicio oral, y retrotrayendo las actuaciones al momento del señalamiento del plenario, con la finalidad de proceder a la celebración de un nuevo juicio oral por Tribunal integrado por Magistrados distintos, debiendo citarse a las partes en la forma establecida en los fundamentos jurídicos de esta Sentencia. Y, en su caso, permitiendo a la persona jurídica la designación de nueva dirección letrada o designándola de oficio si fuera pertinente.

2º Declarar de oficio las costas del presente recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.