



El fraude interno en las empresas y la exigencia de mecanismos de autoprotección, vía cumplimiento normativo

Vicente Magro Servet

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

<https://orcid.org/0000-0003-2531-9731>

Extracto

Análisis acerca de la necesidad de que se implante en las empresas una cultura de autoprotección que evite las elevadas cifras de fraude interno que existen por delitos de apropiación indebida, administración desleal, falsedades, etc. Exigencia de implantar planes de cumplimiento normativo en las empresas para evitar, no solo la responsabilidad penal, sino el temido fraude interno.

Palabras clave: sociedades; fraude; responsabilidad penal; *compliance*.

Fecha de entrada: 22-07-2021 / Fecha de aceptación: 07-10-2021

Cómo citar: Magro Servet, V. (2022). El fraude interno en las empresas y la exigencia de mecanismos de autoprotección, vía cumplimiento normativo. *Revista CEFLegal*, 252, 39-62.



Internal fraud in companies and the requirement of self-protection mechanisms via regulatory compliance

Vicente Magro Served

Abstract

Analysis of the need for a culture of self-protection to be implemented in companies that avoids the high figures of internal fraud that exist due to crimes of misappropriation, unfair administration, falsehoods, etc. Requirement to implement regulatory compliance plans in companies to avoid not only criminal liability, but also the dreaded internal fraud.

Keywords: societies; fraud; criminal liability; compliance.

Citation: Magro Served, V. (2022). El fraude interno en las empresas y la exigencia de mecanismos de autoprotección, vía cumplimiento normativo. *Revista CEFLegal*, 252, 39-62.



Sumario

1. Introducción
2. La autoprotección empresarial por el *compliance ad intra*
 - 2.1. La delincuencia *ad intra* del directivo o empleado
 - 2.2. La delincuencia desde el exterior hacia la empresa y el alegato de que «no había autotutela»
 - 2.3. Tampoco se quiere decir que con la exigencia del deber de cuidado que se extreme para evitar la delincuencia *ad intra* «la desconfianza» se apodere de la empresa
3. Particularidades del fraude interno en las organizaciones

Referencias bibliográficas



1. Introducción

La existencia de fraude interno en las organizaciones, empresas y en la Administración pública es uno de las razones y motivos en virtud de los cuales se nos muestra como una creciente necesidad la implantación de programas de cumplimiento normativo en el seno de las mismas, y que introduzcan la necesidad acuciante de evitar este tipo de situaciones. Como señala PWC, no se puede barrer bajo el tapete y esconder todas las actuaciones que sean irregulares debajo de una alfombra, que es lo que se hace por el autor de la infracción interna para evitar el descubrimiento, aunque este sea sencillo de detectar en la mayoría de los casos, debido a que el rastro que se deja es evidente, y con una esmerada investigación, al final será detectado, y su autor o autores.

Por eso, una de las cuestiones más importantes que existen en el mundo de las organizaciones es el de que no solamente hay que evitar que desde dentro se cometan delitos hacia fuera para evitar la responsabilidad penal empresarial, sino, sobre todo, que se evite lo que es el fraude interno, que está provocando un gran daño dentro de las organizaciones. Y ello, en virtud del principio de la confianza de los responsables en que sus integrantes no van a realizar ninguna actuación ilícita. Pero también en la facilidad con que en muchas ocasiones se encuentran los infractores de poder llevar a cabo conductas ilegales dentro de su organización, confiando en que no se les va a detectar las mismas. Ello conlleva la necesidad de llevar a cabo prácticas relevantes que estén dentro de la cultura del cumplimiento normativo, y que parten, sobre todo, de la necesidad de efectuar una correcta evaluación del riesgo del fraude que existe desde el punto de vista interno en cada organización, no solamente de la empresa, y de la Administración pública, precisamente para evitar la proliferación de actos que se están detectando en la actualidad.

Se habla, en consecuencia, de lo que es el riesgo conductual, que es una especie de riesgo escondido que está detrás de muchos fraudes internos, y que, precisamente, se basa en la no detección, o no valoración, del riesgo existente en el seno de la organización, que es lo que permite a los infractores llevar a cabo sus conductas ilícitas.

Hay dos factores relevantes que son los que pueden propiciar que estas conductas se lleven a cabo, como son la confianza extrema y sin ningún control en las personas que trabajan dentro de la organización y la ausencia de un programa adecuado de cumplimiento normativo que puede permitir propiciar a corto, medio o largo plazo la existencia del denominado fraude interno.

Precisamente, el infractor se aprovecha de esa existencia del exceso de confianza y de la ausencia del cumplimiento normativo en la organización para llevar a cabo estas conductas ilícitas, con lo que es preciso realizar de forma frecuente periciales de auditoría que lleven a cabo, también, exámenes internos acerca de si se está realizando algún tipo de conducta ilícita.

Resulta curioso que en un informe de World Compliance se pone de manifiesto que las empresas que cuentan con un mayor programa de cumplimiento normativo implementado detectan un mayor número de fraudes. Pero ello es, precisamente, porque lo han llevado a cabo alguno de sus miembros, con lo cual, si no hubieran realizado ese control previo interno, el fraude hubiera ido creciendo, y de esta manera lo controlan, lo paran, lo detienen y evitan su progresividad en el fraude para el futuro.

En consecuencia, todo ello no quiere decir que si se ponen en marcha programas de cumplimiento normativo, existirá más fraude, sino que habrá más fraude detectado, y se evitará que prolifere en el futuro. Recordemos que las cifras estadísticas demuestran que las empresas con este tipo de programas detectan un 112 % más de fraudes que los que no la tienen. Y su eficacia permite mitigar hasta el 80 % de los casos que se están produciendo, mandando un mensaje a los infractores de que no podrán realizar este tipo de conductas ilícitas ya en el futuro, al existir ese control interno que lo va a evitar.

En la encuesta mundial sobre fraude de delito económico 2018 elaborada por PWC se recoge que el 54 % de las empresas españolas aseguran haber sufrido algún tipo de fraude interno económico en los últimos dos años por encima de la media mundial, y, entre otros, son los casos de apropiación indebida, corrupción y soborno, manipulación contable y ciberfraude, los principales delitos que sufren nuestras compañías. Además, en un importante informe de la Universidad del País Vasco de Laura Calleja Madinabeitia (2014) se analizaron los factores explicativos del fraude empresarial y las medidas adoptadas en el caso español, llegándose a la conclusión de que las razones por las que se llevan a cabo estos actos son: la imprudencia, porque puedo hacerlo, porque existe una posición de superioridad en el que lo hace, por avaricia y, por último, por lucro personal. Factores que pretenden fijar razones conductuales acerca de por qué se llevan a cabo estas conductas, a fin, sobre todo, de poner medidas para evitarlo.

Por todo ello, el autocontrol, las medidas de vigilancia interna y el conocimiento de los que actúan de que el control existe serán medidas que pueden combatir eficazmente este fraude interno, que reduzca al máximo el daño interno que todo ello hace en las organizaciones.

Todo este enfoque es preciso hacerlo, porque en muchas ocasiones se está poniendo el acento más en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para evitar y combatir el fraude externo, pero no nos damos cuenta de que el fraude interno provoca más daño que el fraude externo, y aunque no deriva evidentemente responsabilidad penal a la organización, sí que es cierto que provoca un daño económico y de prestigio, también, en la organización, si se conoce desde fuera la existencia de ese fraude interno, que lo que demuestra es una falta de control interno en la organización, que puede llevar también a



una pérdida de imagen y de confianza en el exterior, al comprobar que existe una absoluto descontrol interno que está provocando y permite que miembros de la propia organización estén llevando a cabo ese fraude interno.

Además, el daño económico que este mismo causa es tremendo, habida cuenta de que, en muchas ocasiones, se prolonga ese fraude interno en el tiempo, elevando de forma notable la cuantificación económica del daño causado en el seno de la organización hasta que el mismo es detectado. Sobre todo si la pericia de los defraudadores es extrema, basado, todavía aún más, en la falta absoluta de autocontrol exigente en el seno de la organización.

Los expertos destacan, para diferenciarlos, que los dos tipos de fraudes son:

1. Fraudes internos: Son aquellos organizados por una o varias personas dentro de una institución, con el fin de obtener un beneficio propio.
2. Fraudes externos: Son aquellos que se efectúan por una o varias personas para obtener un beneficio, utilizando fuentes externas, como bancos, clientes, proveedores, etc. (según destaca Carlos Ortiz Cotillo).

Veamos en qué medida es preciso realizar la autoprotección *ad intra* en el seno de las organizaciones, y particularmente en el de las empresas, a fin de evitar este fraude interno que canaliza un terrible daño económico a las empresas y la desazón de comprobar que uno de sus propios miembros es el que, con abuso de confianza, ha llevado a cabo actos ilícitos con claro perjuicio a la propia organización que le paga.

2. La autoprotección empresarial por el *compliance ad intra*

2.1. La delincuencia *ad intra* del directivo o empleado

Pues bien, ante la proliferación de los delitos de fraude interno que se han venido cometiendo en el seno de las empresas y que elevan a una cifra de porcentaje del 54 % la delincuencia en las empresas, frente al 46 % de delincuencia hacia fuera por los propios empleados y directivos, el Tribunal Supremo ya ha comenzado a hacer especial hincapié para que se implanten programas de cumplimiento normativo en las empresas, pero dirigidos a implantar en sus mapas de riesgos tanto la delincuencia *ad intra* como la delincuencia *ad extra*.

Pues bien, la primera sentencia en la que el Tribunal Supremo puso de manifiesto esta cuestión fue en la Sentencia 316/2018 de 28 junio de 2018, rec. núm. 2036/201 (NCJ063353), donde ya fijó la diferencia entre los planes de *compliance ad intra* y *ad extra* para diferenciar cuándo deben estar dirigidos a prevenir y luchar contra el fraude interno, y cuándo contra el fraude externo.

En esta sentencia se trató de un caso de condena por delito continuado de apropiación indebida y administración desleal por un socio administrador de una empresa, con distracción de dinero de la sociedad y administración desleal. El socio condenado se apoderó de dinero efectivo de la caja, realizando transferencias a su cuenta personal sin justificar su destino, además de otras irregularidades en la gestión, con un perjuicio de 2 millones de euros a la empresa, de ahí que ante la sencillez de estos actos de apropiación y gestión desleal, y cuya facilidad de cometerlos percibió el autor, derivó en la exigencia de que el Tribunal Supremo señale la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten los programas de cumplimiento normativo.

Se recoge, así, que:

La interpretación acertada que sigue el Tribunal es la que se convalida por esta Sala, ya que de ser así cualquier administrador que tiene autorización, obviamente, de gestión por su sociedad para la que trabaja o a quien representa podría, bajo ese manto de «autorización», realizar los actos dispositivos que quisiera en su propio beneficio y en perjuicio de la sociedad, sin que ello supusiera un delito de apropiación indebida por entender que está «autorizado». Pero es que la autorización que tienen los administradores societarios es y está dirigida para gestionar de forma diligente las sociedades para las que trabajan o a quien representan.

Por ello, ha sido pieza esencial en la reestructuración del buen gobierno corporativo de las sociedades que se implanten e implementen protocolos de buena gestión de los administradores de las sociedades mercantiles, a fin de que sus gestores actúen con arreglo a unos parámetros que ya se fijaron en el año 1997 en el conocido «Código Olivencia». Y así, el consejo de ministros acordó, en su reunión de 28 de febrero de 1997, la creación de una Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. Nació así la Comisión Olivencia con un doble encargo: redactar un informe sobre la problemática de los consejos de administración de las sociedades que cotizan en bolsa (Informe sobre el Consejo de Administración); y, en segundo lugar, elaborar un Código de Buen Gobierno de asunción voluntaria por parte de dichas empresas. La finalidad de ambos documentos era la de dar respuesta a una creciente demanda de mayores cotas de eficacia, agilidad, responsabilidad y transparencia en la gestión, en aras de una más elevada credibilidad y una mejor defensa de los intereses de los accionistas; en suma, hacer que los consejos sean auténticos dinamizadores de la vida de la empresa.

Estos códigos a seguir por los administradores societarios marcan unas pautas de actuación donde prima la transparencia en la gestión, lo que en este caso se ha omitido, dado que de la prueba practicada se ha evidenciado que el socio italiano desconocía la actuación del recurrente y el conocimiento tardío de lo que estaba ocurriendo es lo que determina los plazos de maniobra de los que dispuso el recurrente para llevar a cabo los actos de apropiación.

Junto con este Código Olivenza fue capital para el buen gobierno de la administración en las empresas la introducción de los programas de *compliance* en las mismas que evitarían casos como el que aquí ha ocurrido, ya que el control interno en las empresas mediante la técnica anglosajona del *compliance programe* 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.

De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de apropiación de fondos y de abuso de gestión, no se hubieran dado, y no habría que esperar a que en este caso hubiera tenido que intervenir la agencia tributaria para, detectando el fraude fiscal que existía con el carbón importado, acabaran por descubrirse las apropiaciones realizadas por el recurrente, como resulta de la prueba practicada frente a la oposición valorativa del recurrente; de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales *ad extra*, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreedores que son sujetos pasivos por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc., sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, es decir, *ad intra*. Estos últimos, aunque no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocido como tales en sus preceptos esta derivación y ser *ad intra*, sí que permiten obstaculizar la comisión de delitos como los aquí cometidos por los administradores que no dan rendición pautada de cuentas a sus socios o administradores solidarios y que cometen irregularidades que, en algunos casos, como los aquí ocurridos, son constitutivos de ilícitos penales. Y ello, sin que sea asumible y admisible que una redacción de un documento público como las escrituras públicas citadas por el recurrente puedan hacer desaparecer la existencia de los ilícitos penales cometidos.

Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, o abusos de funciones que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato. Incluso, estas actuaciones de ilícitos penales como los aquí cometidos pueden dar lugar a la existencia de responsabilidad civil, que en el caso de que se tratara de hechos *ad extra* o cometidos frente a terceros, y no frente al patrimonio de la sociedad, haría nacer una responsabilidad civil con cargo a la empresa por la vía del artículo 120.4.º CP, que podría estar cubierta por

las pólizas de seguro de responsabilidad civil que suelen contratarse para cubrir estas eventualidades; pólizas que, al mismo tiempo, podrían exigir la constitución de los programas de cumplimiento normativo para aminorar o reducir el riesgo de la aparición de ese deber de indemnizar la aseguradora como consecuencia del aseguramiento de la responsabilidad civil.

Al menos, es evidente que el programa de cumplimiento lo que traslada al administrador societario que tiene en mente realizar este tipo de conductas es saber la existencia de un control que en el caso aquí analizado, y que es lo que propició los actos de apropiación y de administración desleal declarados probados, pese a que el recurrente pretenda justificar tales extracciones en alegaciones de todo punto rechazables por inconsistentes.

Además, la actuación del recurrente basada en los hechos probados se ha alejado no solo de los parámetros exigidos por los códigos de buen gobierno *ad intra*, sino, también, de la normativa que ya fijó el artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital que lleva por rúbrica Deber general de diligencia y que señala que:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.
2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.
3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

También se introdujo con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo la nueva redacción del artículo 227, que lleva por rúbrica el Deber de lealtad y que añade, en cuanto a las obligaciones de los administradores societarios, que:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.
2. La infracción del deber de lealtad determinará, no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Y en cuanto a la comisión de delitos de apropiación indebida y administración desleal también la Ley 31/2014 redactó el artículo 228 fijando las conocidas como Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad mediante una exposición se-

cuenciada de cómo se traducía ese conocido como «deber de lealtad» que deben tener los administradores con respecto a su empresa, deber de lealtad que, a tenor de los hechos probados, en este caso no ha existido por las acciones de apropiación y por el abuso de funciones aquí probado, pese al distinto parecer del recurrente con los hechos probados.

Así las cosas, entre estos deberes están, en lo que en este caso nos atañe:

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas.
- d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.
- e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Clave es también en este caso el artículo 229 de la citada norma, también redactado por la Ley 31/2014 que lleva por rúbrica y que es directamente aplicable en estos casos, ya que se recoge que:

1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:

- a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.
- b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.
- c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.
- d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.
- e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.
- f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

2. Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador

3. En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad. Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259.

Por ello, la declaración de hechos probados y la valoración probatoria evidencian el grave incumplimiento del recurrente de lo dispuesto en el artículo 229 antes citado, ya que se apropió de patrimonio social, realizó actos entrando en conflicto con la propia sociedad administrada para su beneficio con otra sociedad y con perjuicio a la sociedad y ocultó dar cuenta al otro socio en tanto se produjo la intervención de la agencia tributaria que aunque el recurrente niegue relación directa con los hechos existe la misma como antes se ha especificado.

Se ha vulnerado así:

1. El deber de diligencia en el ejercicio del cargo (art. 225).
2. El deber de lealtad ante la sociedad (art. 227).

Los actos desleales del recurrente se evidencian en la declaración del socio italiano Lorenzo, ya que el recurrente tenía asignado un sueldo, al igual que su pareja y a diferencia del socio, que nada percibía por su condición de administrador solidario, siendo así que el acusado carecía de consentimiento y autorización para llevar a afecto las disposiciones y extracciones dinerarias que se detectaron en las cuentas de la sociedad sobre las que ninguna justificación había, como tampoco en relación con los gastos adicionales ni la domiciliación de los gastos personales. Además, frente al alegato de la «autorización» resulta evidente que no existe esta con respecto a actos de apropiación, sino que el cargo gerencial del recurrente excluye taxativamente, porque viola y vulnera los preceptos societarios antes expuestos introducidos expresamente por la Ley 31/2014 en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, para establecer un marco obligatorio a los administradores que deben cumplir, lo que en este caso, claramente, no se ha dado.

En consecuencia, se trata de fijar el criterio, respecto a la exigencia del mundo empresarial, de que el descontrol interno puede provocar y dar consigo este tipo de situaciones en las que los directivos y empleados con cierta tendencia delictiva, o que sean capaces de aprovecharse de la inexistencia de autotutela empresarial, van a realizar el acto ilícito que dentro de su propia empresa les pueda reportar un beneficio económico, con daño subsi-

guiente a su empresa. El mensaje estaba claro en torno a que la dejadez en el autocontrol de la organización propicia este tipo de situaciones.

En segundo lugar, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 365/2018 de 18 julio de 2018, rec. núm. 2184/2017 (NCJ063446), en un caso de apropiación de dinero en una compañía de seguros por uno de sus encargados, donde se destaca que:

Tras esta exposición que llevó a cabo el Tribunal se llega a la conclusión por este de que «de tales pruebas se deduce, el prolongado y sistemático expolio del acusado sobre el patrimonio económico de la empresa y resulta, sin lugar a dudas, que el acusado, que se ha limitado a negar los hechos en su legítimo derecho de defensa, se fue apropiando durante años de cantidades ajenas en su exclusivo beneficio y sin que haya dado cuenta efectiva de su destino una vez que fueron detectadas tales omisiones, todas las que han sido acreditadas con los documentos aportados a la causa, corroboradas por las declaraciones de testigos y peritos, ya en el acto del juicio oral ya en las declaraciones testificales a presencia judicial efectuadas durante la instrucción de la causa. De esta forma, el descuadre contable apreciado solo puede ser imputable al acusado que, como decimos, en lugar de ingresarlos en la empresa, se los apropió en su propio beneficio y correlativo perjuicio de la entidad querellante».

Este proceso de convicción se contempla en el resultado de hechos probados, cuya intangibilidad debe ser respetada, no apreciándose vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia, sino una distinta valoración de la prueba del recurrente limitándose a cuestionar el proceso valorativo del Tribunal y apelando a meras «retenciones de liquidaciones» con voluntad de devolver, e, incluso, pretendiendo plantear aparentes causas de justificación apelando al destino de las cantidades a «cuestiones particulares», cuando de la técnica utilizada que se desprende de las declaraciones testificales se evidencia que se trataba o intentaba de ocultar a la empresa su irregular proceder.

Se añade por el Tribunal Supremo que:

Se plantea por el recurrente una pretensión de desplazamiento de la responsabilidad del delito sobre su víctima por falta de autotutela, en el sentido de que debió adoptar medidas de autoprotección para evitar lo ocurrido, lo cual es claramente rechazable en delitos de abuso de confianza como son los de apropiación indebida, objeto de condena y otros patrimoniales como la estafa, en donde es la actuación dolosa del sujeto la constitutiva de delito por el hecho de la apropiación.

El mensaje a la empresa de la jurisprudencia a la empresa está claro. Nada de confianzas, que se abusa de ella, y nada de ausencia de autocontrol por el incremento del riesgo que ello supone.

2.2. La delincuencia desde el exterior hacia la empresa y el alegato de que «no había autotutela»

En otras ocasiones resulta curioso que en los delitos de estafa en los que la empresa es la perjudicada se ha alegado la referencia por parte de la defensa del acusado por el delito de estafa de la inexistencia de un mecanismo de autotutela por la empresa, alegando que ha sido el determinante de la facilidad en la comisión del delito de estafa, con la intención de eludir la responsabilidad ante la facilidad del hecho que se ha cometido.

Pero, sin embargo, el Tribunal Supremo ya ha puesto de manifiesto que la referencia al principio de autotutela no puede servir en modo alguno para exonerar al autor de un delito de estafa, es decir, contra el patrimonio, de la actuación ilícita penal, que no se desvirtúa por la inexistencia de ese programa de cumplimiento normativo de autoprotección dentro de la empresa, aun cuando el delito lo haya cometido un externo y la víctima/perjudicado sea la empresa.

La inexistencia de autotutela puede ser un fallo terrible en el seno de la organización, porque, precisamente, es lo que facilita tanto el fraude interno como el externo, pero no supone en modo alguno una exoneración de responsabilidad, ni para el directivo o empleado que cometen fraude interno, ni para el tercero ajeno a la organización que comete el delito contra el patrimonio de la empresa.

Resulta realmente descartable que se pueda hacer una alegación de ese incumplimiento de la normativa del programa de cumplimiento normativo por la sociedad para alegar la exoneración, ya que la ilicitud del autor, así como la culpabilidad y la antijuridicidad del acto, no queda alterada por la inexistencia de mecanismos de protección interno. Pero sí debemos destacar que ello supone una específica y especial medida de atención de alerta a la sociedad que evidencia la facilidad con la que se ha cometido la ilicitud, precisamente por la inexistencia de ese programa de cumplimiento normativo que ha facilitado la comisión del delito externa, pero que ello mismo debe servir para alertar que con la misma facilidad que se ha cometido el delito por un externo a la empresa se puede llevar a cabo también por directivos o empleados de la misma que perciben de forma clara y evidente la facilidad de llevar a cabo sus actos. Debemos entender, pues, que la implantación del programa de cumplimiento normativo no se trata de una opción que manejar, o barajar, por parte de la organización, sino que se trata de una obligación legal y de autotutela que debe tener la propia empresa para evitar el grave daño que ello le supone en su propia organización.

2.3. Tampoco se quiere decir que con la exigencia del deber de cuidado que se extreme para evitar la delincuencia *ad intra* «la desconfianza» se apodere de la empresa

La sospecha permanente tampoco es un buen caldo de cultivo, ni aconsejable en la organización. Se deben adoptar las pautas de control suficientes, que, además, se van fi-

jando, ya que la International Organization for Standardization (ISO), en su continua misión de mejora y adaptación a las necesidades devenidas de los estándares normativos, ya ha publicado en el mes de abril de 2021 la nueva ISO 37301 ,que viene a sustituir a la norma ISO 19600. Y, como ya sabemos, la nueva norma ISO 37301:2021 se dirige a proporcionar a las empresas las directrices necesarias para el establecimiento, implantación, evaluación, seguimiento y mantenimiento de un sistema de gestión de cumplimiento o de compliance que garantice la efectividad del mismo con base en los requisitos exigidos por la misma, como son, a modo de ejemplo, los principios de buen gobierno y transparencia.

Pero no es bueno exigir más ni menos, sino «lo suficiente» como para requerir el debido control interno y externo para detectar la ilicitud, tanto cuando se produce de dentro hacia fuera, como de dentro hacia dentro y de fuera hacia dentro, que son las tres opciones en las que se puede plantear el déficit de cumplimiento normativo en el seno de la organización.

Así las cosas, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 109/2020 de 11 de marzo de 2020, rec. núm. 2381/2018, se recoge un caso en el que se alega que la inexistencia de autotutela por la empresa perjudicada por una estafa daba lugar a la inexistencia de delito.

Pero el Tribunal Supremo rechaza el alegato apuntando que:

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 artículo 31 bis CP.

Con ello, el marco del *compliance ad extra* lo configura el Tribunal Supremo tanto en la delincuencia desde dentro hacia fuera como desde fuera hacia dentro, con la diferencia de que en la primera la empresa es culpable y en la segunda víctima.

Y en cuanto al grado de «cuidado» con el que deben operar las empresas por medio de sus directivos y empleados cuando negocien con externos se añade, también, por el Tribunal Supremo que:

En el tráfico mercantil ha de operarse con unos mínimos márgenes de confianza. La atrofia del derecho penal y en particular de los delitos de defraudación no pueden perturbar esa atmósfera, obligando a los particulares a asumir tareas preventivas que, rectamente entendidas, son función de la norma penal. La doctrina a tenor de la cual no hay estafa cuando el error ha sido provocado más que por el engaño por la indiligencia del sujeto pasivo (sentencia 1285/1998, de 29 de octubre) resulta inaplicable al supuesto ahora contemplado, que guarda disimilitudes esenciales con los analizados en el ramillete de precedentes de esta Sala, que el recurso trae a colación transcribiendo largos fragmentos.

1. Una cosa es la maniobra engañosa burda y absolutamente incapaz de provocar un error en el sujeto pasivo de forma que el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia de este (es el caso del cobro de cheques en los que figura una firma fingida sin similitud alguna con la auténtica) y otra extraer del tipo de estafa perjuicios ocasionados mediante engaños dirigidos a quienes actuando de buena fe se mueven en las relaciones sociales y mercantiles con los márgenes de confianza en los demás indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial.

2. La autotutela no puede llevar a imponer al ciudadano e implementar en la sociedad actitudes de extremada y sistemática suspicacia o sospecha en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o una transacción. Habría que partir, según eso, de la presunción de que cualquier comerciante o negociante es por principio un eventual defraudador frente al que hay que mantener despiertas las alertas que solo se podrán relajar una vez comprobada y acreditada su buena fe.

3. Existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica.

4. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

5. Cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal –en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones– respecto del perjuicio patrimonial.

6. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección, y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien.

7. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión, esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima.

Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo es suficiente para vencer el engaño, este es insuficiente y no bastante para producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

También, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la existencia del delito de estafa, cuando este existe y se prueban sus elementos, sin que la ausencia de cumplimiento normativo *ad intra* o *ad extra* exonere de culpa a los autores de la estafa, apuntando que:

La alegación en el delito de estafa por el recurrente de la necesidad de la autotutela de la víctima.

No puede apelarse al concepto de autotutela, como verifican ambos recurrentes, y exigir una mayor autoprotección a los sujetos pasivos de la estafa en esta actitud permanente.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en Sentencia 1015/2013 de 23 Dic. 2013, Rec. 593/2013 (NCJ058302) que:

«Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en contra de la pretensión de desplazamiento de la responsabilidad de la estafa sobre su víctima por falta de autotutela, destacando que lo único que exige el tipo es la idoneidad del engaño.

Es conveniente, por ello, reiterar nuestra doctrina sobre la materia.

Pero, previamente, conviene matizar la cita fragmentada que se realiza por la parte recurrente de una antigua sentencia de esta Sala, que lamentablemente es utilizada con cierta frecuencia citándola de forma tan incompleta que no respeta su sentido. La vetusta sentencia de 21 de septiembre de 1988, ya claramente superada en nuestra doctrina, se expresa de forma matizada, al reconocer que la extensión de las consecuencias del "punto de vista" de que el derecho penal no debería convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a sí mismos, es hoy una cuestión debatida.

Pero este "punto de vista", propio de la denominada victimodogmática, ya no es determinante en la doctrina de esta Sala, pues subvierte el principio de subsidiariedad, al propugnar la renuncia a la intervención penal en favor de la autotutela, desconociendo que constituye un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la reacción punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones tipificadas como delictivas.

Por otra parte la imputación objetiva permite resolver en el delito de estafa los supuestos problemáticos de inadecuación del engaño sin necesidad de recurrir a los postulados victimodogmáticos, que desplazan la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola injustamente por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Las SSTS 243/2012, de 30 de marzo (NCJ056988) y 344/2013, de 30 de abril de 2013, entre otras, resumen nuestra doctrina sobre la suficiencia del engaño como requisito esencial de la estafa y en contra de la falta de autotutela de la víctima como supuesto motivo de exclusión de la atipicidad de la conducta.

Comienzan estas resoluciones recordando que como señalan las sentencias de 22 de abril de 2004, 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000, 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007, y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

Analizan seguidamente que la doctrina de esta Sala (Sentencias de 17 de noviembre de 1999, 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras) considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquel que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo

eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Y consideran las referidas resoluciones que en las alegaciones que pretenden excluir la concurrencia de idoneidad en el engaño excusándose en la supuesta falta de autotutela de la parte perjudicada, subyace la pretensión de traspasar la responsabilidad de la acción delictiva a las propias víctimas, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberles permitido superar el engaño que voluntariamente provocaron los acusados.

Reconocen las referidas SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo y 344/2013, de 30 de abril, entre otras, que es cierto que esta Sala ha declarado que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que "esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño". Ahora bien, como señalan las SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo, y 344/2013, de 30 de abril, cuya doctrina estamos reiterando, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea, que "una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado".

Como recuerdan las citadas sentencias núm. 162/2012, de 15 de marzo y núm. 243/2012, de 30 de marzo, "el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad".

No resulta procedente, por ello, renunciar a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como se recuerda en las citadas sentencias 162/2012, de 15 de marzo y 243/2012, de 30 de marzo, "un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas", reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio, que señala, con buen criterio, que "la exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa".

Ha de tomarse en consideración que no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

Haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2008, STS núm. 162/2012, de 15 de marzo y STS núm. 243/2012, de 30 de marzo, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La Ley

no hace excepciones a este respecto, obligando a los perjudicados a estar más precavidos en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección.

No puede, por ello, introducir 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 persona, como aquí ocurrió para diseñar una maniobra mendaz para estafar a la aseguradora, siendo esta una modalidad muy repetitiva por la que se pretende engañar al sector asegurador, sin que por ello pueda pretenderse que no resulta un ilícito penal por no adoptar mecanismos de autoprotección las aseguradoras "para no dejarse engañar". Así pues, una cosa es que el sector asegurador esté adoptando, cada vez más, 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 el sector asegurador para protegerse y que si no se hace en una elevada graduación quedará exonerado el autor del ilícito penal, lo que, obviamente, no puede admitirse.

En definitiva, el delito de estafa no incluye como requisito típico otras exigencias de autoprotección que las que están implícitas en la expresión "engaño bastante"».

Con ello, ni se admite cuestionar que en este caso el engaño no fue «bastante», porque queda evidenciado en los hechos probados y el pago se lleva a cabo en plena consumación del delito, porque la aseguradora estaba en proceso de investigación y aunque sospechara sobre la veracidad, paga la cantidad antes citada, ante la operación orquestada que ahora no puede decirse que no fuera tendencial desde un principio, para llegar al fin de cobrar por medio de esta operación simulada y mendaz, como puntualiza el Tribunal. Además, tampoco la autotutela que se reclama por la recurrente puede estimarse para exonerarse de responsabilidad, como hemos puntualizado.

Como vemos, pues, el estafado y perjudicado no es el culpable de que le estafen, sino la víctima, por lo que no se puede hacer ver que era tan fácil evitar el engaño que se hacía desde fuera que cualquier persona lo hubiera detectado, cuando no es este el mensaje, sino que si hay engaño, hay ánimo de lucro, existe desplazamiento patrimonial, hay estafa.

3. Particularidades del fraude interno en las organizaciones

Hay que tener en cuenta que la existencia del fraude interno en el seno de las organizaciones tiene un cariz relevante y preocupante en tanto en cuanto la doctrina más especializada determina y establece que la práctica ha demostrado que puede ser realizado por cualquier persona, con independencia de cuál sea su perfil personal y situación en la misma empresa. Incluso, se hace referencia a que a mayor antigüedad, edad y cargo, el importe de la defraudación puede ser mayor, en la confianza en que la mayor relevancia del cargo

permite una mayor operatividad de la disposición de fondos económicos, o capacidad de maniobra en el seno de la organización.

Además, se establece que con mayor frecuencia de distracción de fondos, también al final el importe será mayor, porque generalmente la existencia del fraude interno en la empresa en las organizaciones se hace de una forma prolongada en el tiempo, quizás con cantidades pequeñas, al objeto de pasar desapercibido, y que esa petrificación del fraude interno es lo que provoca que, finalmente, pueda llevarse a cabo una distracción de dinero con cifras importantes, como es la indicada en la sentencia 316/2018, de 28 de junio, que alcanzó la cifra de 2 millones de euros.

Se ha demostrado, así, que la apropiación indebida es el principal tipo de delito de que son víctimas las empresas españolas, y, además, seguido, como se ha dicho, de la corrupción, y del soborno, pero la distracción de dinero que está incluida en ese tipo penal de la apropiación indebida del artículo 253 del CP, y no del artículo 252, de la administración desleal, que se refiere solo a una gestión desleal por parte de las personas que tienen capacidad de administración en el seno de la empresa, provoca un daño terrible en el seno de las organizaciones; precisamente, por esa operatividad pausada y prolongada en el tiempo que permite una distracción importante de dinero.

Los expertos aseguran que en las empresas españolas, el 50 % de los fraudes que se producen son cometidos por alguna persona dentro de la organización, mientras que un 33 % vienen de fuera de la compañía. Y que ese fraude interno es llevado a cabo por miembros de los equipos directivos y por cargos intermedios, mientras que en los delitos externos son proveedores, consumidores, clientes, *hackers*, intermediarios y también competidores.

Se recoge, también, en el antes citado informe de la Universidad del País Vasco la existencia del exceso de confianza como pieza clave de este engranaje, y que a algunos trabajadores se les concede excesiva responsabilidad y confianza sin ningún tipo de control y rendición de cuentas. Por ello, la doctrina especializada cita como factores importantes, en ese exceso de confianza que se atribuye y falta de control, los siguientes aspectos:

1. El acceso privilegiado, con lo cual ciertos empleados, debido a su posición dentro de la empresa, gozan de facilidad para acceder a lugares exclusivos, como archivos confidenciales o bases de datos.
2. También en este informe se hace referencia al conocimiento del entorno laboral, ya que los individuos, tanto en cuanto los riesgos que las actividades irregulares pueden ocasionarles, conocen el funcionamiento de la entidad.
3. OTambién las debilidades internas y ausencia de controles de seguridad, ausencia de personal de seguridad y cámaras en zonas claves, archivos y puerta sin llave.
4. Los fallos y desconocimiento de lo que sucede debido a la falta también de formación.



No podemos descartar, por ello, como se recoge en este informe, que cuanto más importante es el puesto del defraudador y de mayor confianza goza, más son las oportunidades de las que dispone para cometer irregularidades, ya que, precisamente, el seno de la organización no asumirá que la persona que tiene el mayor rango, o uno de los mayores puestos de responsabilidad, va a cometer la irregularidad, con lo cual la confianza máxima en el mismo es conocida por él, y se aprovecha de ello, y ello predispone a personas con cierta tendencia delictiva de aprovecharse de esa posición privilegiada en el seno de la organización para cometer las citadas irregularidades.

Como se recoge en este informe, también, cuanto más importante es el puesto del defraudador y de mayor confianza goza, más son las oportunidades de las que dispone para cometer irregularidades, ya que precisamente el seno de la organización no asumirá que la persona que tiene el mayor rango, o uno de los mayores puestos de responsabilidad en la sociedad sea, precisamente, el que va a cometer la irregularidad, con lo cual la confianza máxima en el mismo es conocida por él, además de por la propia organización, y ello predispone en personas con cierta tendencia delictiva a aprovecharse de esa posición privilegiada en el seno de la organización para cometer las citadas irregularidades.

Por ello, dentro del marco con que tienen que contar las empresas para tener lo que se denomina salud legal es importante, precisamente, crecer con el propio cumplimiento normativo para que en su negocio exista una auténtica salud legal y que no tengan una enfermedad derivada de la ausencia de programa de cumplimiento normativo, que potencia, e incrementa, el riesgo de que existan irregularidades cometidas en su propio seno.

Como destaca, precisamente, Laura Calleja, las personas aprovechan las condiciones que se les presentan para cometer un delito y habitualmente defraudan cuando se dan estas circunstancias, es decir, cuando se sienten cómodas en su puesto de trabajo y gozan de la confianza y el respeto de su entorno laboral. De acuerdo con el informe de perfiles globales del defraudador realizado por KPMG, todos los tipos de personas pueden llegar a defraudar si se les presenta una oportunidad, con lo cual es una conclusión grave, en tanto en cuanto se admite que cualquier persona puede cometer irregularidades, cuando en realidad lo cierto es que el porcentaje puede estar ahí, pero, en realidad, la generalidad de los ciudadanos no van a cometer irregularidades si tiene capacidad y disposición para ello, sino un porcentaje concreto de personas, que son los que al final van a causar esos perjuicios a las organizaciones. En cualquier caso, maximizar que todo el mundo de forma globalizada puede llevar a cometer irregulares pudiera ser una afirmación demasiado extensa y abierta que no puede compartirse, al no existir una presunción de que toda la ciudadanía puede cometer irregularidad si tiene capacidad o disposición en estos casos para ello.

También destaca esta autora, Laura Calleja, que los delitos en las empresas suelen ser complejos para realizarlos individualmente y requieren de aliados, tanto fuera como dentro de la organización. (Véase, por ejemplo, el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo

35/2020, de 6 de febrero de 2020, rec. núm. 2062/2018 [NCJ064793]). Todo ello para falsificar documentación y acceder a información privilegiada, entre otros.

Así, según el informe de KPMG 2013, el 70 % de los 596 defraudadores actuaron colaborando con otros y de estos el 56 % involucró a entre 2 y 5 personas más.

Por otro lado, los expertos en detección de fraude interno han informado de que las formas o fórmulas en las que puede actuarse en fraude interno son registro falso y alterado de ingresos, declaraciones falsas de pérdidas, informes de activos y regulares o activos sobrevalorados.

Todo este escenario nos lleva a la necesidad de contar con auténticos expertos en detección de fraude en el seno de las organizaciones, y ello exige de expertos peritos especializados en auditoría contable, porque el autor puede haber llevado a cabo operaciones complejas que solo estos especialistas pueden detectar, con lo cual es preciso la inversión por parte de las organizaciones en peritos auditores que puedan controlar y ayudar a la implementación de programas de cumplimiento normativo para evitar que con ingeniería delictiva societaria puedan los directivos con más conocimiento saber cómo pueden cometer irregularidades, poniendo dificultades para ser detectados, y que puedan llevarlas a cabo.

Esta inversión al final es más rentable a la sociedad que el daño y perjuicio que pueden ocasionar directivos y empleados que cometan irregularidades si persisten en las mismas y no son detectados por parte de la organización, con lo cual, al final, el fraude y el daño económico de la sociedad es mucho mayor que el gasto que se pueda invertir por parte de la sociedad dentro de la misma mediante las técnicas de auditoría interna y los programas de cumplimiento normativo.

El fraude puede ser tanto complejo como *light*. Y es que el fraude interno puede ser fácil de detectar o sumamente complejo. En el primero se trata de reducir la cantidad en cada caso que se opera, porque es algo puntual, aunque puede ser prolongado en el tiempo. Pero el segundo se ejecuta con suma destreza por especialistas y personas debidamente formadas que hacen difícil la detección del mismo, aunque con las técnicas de auditoría anteriormente referidas es precisamente posible la posibilidad de su detección, lógicamente con expertos de identificación de estas prácticas, y, sobre todo, con programas de cumplimiento normativo.

Hay que decir, también, que el autor del fraude interno lo que suele hacer es poner dificultades o brechas para que no sea detectado, y, además, confía en que no se descubrirá, lo cual es difícil de conseguir, porque este tipo de actuaciones al final siempre se descubren por parte de los responsables de la propia organización, y, además, suelen llevar penas elevadas de prisión, con imposición de penas de 1 a 6 años, con devolución de los importes económicos que se hayan podido haber distraído por parte de los autores, al ser la cuantía defraudada superior a 50.000 euros y llevar agravaciones tanto de estafa como de apropiación indebida, o bien de haberse llevado a cabo con abuso de confianza.



En estos casos una herramienta posible de la defensa pueda ser, una vez detectado el fraude y abierta la investigación en el procedimiento judicial penal, reconocer los hechos y devolver las cantidades sustraídas, o bien proponer un procedimiento de pago aplazado de las cantidades y pactar con el fiscal una conformidad de la pena: 2 años de prisión mediante la aplicación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21.5 del CP, por haber devuelto todo el dinero, o existir un compromiso serio de que ese importe distraído se pueda devolver, a fin de aplicar la rebaja en la pena en uno o dos grados (art. 66.1.2.º CP).

Por todo ello, lo importante en estos casos es establecer un buen mapa de riesgos, y que figuren todos los delitos que están en el Código Penal que se pueden perpetrar en el fraude interno de la empresa, como los antes citados, y reducir el ámbito de exceso de confianza en directivos y empleados, así como marcar una línea uniforme y horizontal que sea equilibrada y proporcional a las actividades que desarrolla cada uno de los directivos y empleados en el seno de la empresa.

No se trata de establecer una persecución o una apertura de la sospecha permanente en la organización, sino de mantener una proporcionalidad en este tipo de situaciones, ante la detección de hechos que se están cometiendo de fraude interno, y marcar pautas de mapas de riesgo y programas de cumplimiento normativo adecuados para evitar que el fraude no sea tan fácil en el seno de organizaciones, como las resoluciones que la jurisprudencia está dictando ante la facilidad con la que en esos casos se ha perpetrado el hecho delictivo del fraude interno.

Referencias bibliográficas

Calleja Madinabeitia, L. (2014). *Factores explicativos del fraude empresarial y medidas*

adoptadas: caso español. Universidad del País Vasco.