



Universidad Internacional de La Rioja
Máster Universitario en Derecho Penal Económico

DICTAMEN SOBRE ESTRATEGIA DE DEFENSA DE UNA PERSONA JURÍDICA

Trabajo de Fin de Máster presentado por: Maura Suárez Múgica

Titulación: Máster Universitario en Derecho Penal Económico

Área jurídica: Derecho Penal Económico

Director: Dr. Don Carlos Bardavío Antón

Ciudad: Bilbao

23 de julio de 2020

Firmado por: Maura Suárez Múgica

Dictamen que emite MAURA SUÁREZ MÚGICA, alumna del Máster Universitario en Derecho Penal Económico, como Trabajo de Fin de Máster.

Índice

I. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	6
II. LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	7
III. OBJETO DEL DICTAMEN	8
IV. ANTECEDENTES DE HECHO.....	8
V. CUESTIONES PLANTEADAS.....	10
1. En relación con el Banco Meritel	10
2. En relación con la sociedad INMOZEVILLA	10
3. En relación con Dª. María Sánchez	10
VI. NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA APLICADAS	11
A) NORMATIVA	11
B) JURISPRUDENCIA	12
C) DOCTRINA	17
1. Libros	17
2. Revistas electrónicas	18
3. Publicaciones en línea	20
D) OTROS	21
VII. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	22
Previo. Identificación y calificación de los hechos delictivos	22
Primero. En relación con el Banco Meritel	25

1.1. Imputabilidad de la persona jurídica	25
1.1.1. <i>Marco teórico RPPJ</i>	25
1.1.2. <i>Requisitos para la comisión del delito de estafa por la persona jurídica</i>	33
1.1.3. <i>Aplicación al caso concreto</i>	34
1.2. Posibles estrategias de defensa	41
1.2.1. <i>Atenuantes y/o eximentes</i>	41
A) Colaboración	43
B) Programa <i>Compliance</i>	44
Segundo. En relación con la sociedad INMOZEVILLA	46
2.1. Imputabilidad de la persona jurídica	46
2.1.1. <i>Marco teórico RPPJ</i>	46
2.1.2. <i>Requisitos para la comisión del delito de estafa por la persona jurídica</i>	50
2.1.3. <i>Aplicación al caso concreto</i>	50
2.2. Posibles estrategias de defensa	55
2.2.1. <i>Atenuantes y/o eximentes aplicables</i>	56
A) Colaboración	57
B) Programa <i>Compliance</i>	57
Tercero. En relación con Dª. María Sánchez	59
3.1. Imputabilidad de la persona física	59
3.1.1. <i>Hechos anteriores al 15 de mayo</i>	59
3.1.2. <i>Hechos posteriores al 16 de mayo</i>	62
3.2. Posibles estrategias de defensa	63
3.2.1. <i>Con respecto al delito de apropiación indebida y de falsedad</i>	63
3.2.2. <i>Con respecto a los delitos de estafa</i>	65

VIII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	68
CONCLUSIONES.....	71

I. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

RESUMEN: Ante la comisión de un delito por parte de un empleado adscrito a una entidad subcontratada, se plantea la cuestión acerca de qué consecuencias penales puede ello tener tanto para la empresa principal, para la subcontratada, e incluso para la persona física que cometió los hechos. Para responder a esta pregunta, se desarrollará a lo largo del dictamen un estudio tanto de la doctrina como de la escasa jurisprudencia (fruto de la novedad de esta institución) acerca de los presupuestos y fundamentación de la responsabilidad de la persona jurídica por los hechos cometidos tanto por sus subordinados, como por aquellos sujetos que ostentan una posición de control y organización del ente, tal y como establece el artículo 31 *bis* 1 CP. Igualmente se tratará de proporcionar, conforme a estos parámetros, una estrategia de defensa adecuada dirigida sino a eximir de responsabilidad penal, por lo menos a atenuar las consecuencias penológicas.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, beneficio directo o indirecto, art. 31 *bis* CP, autorresponsabilidad, heterorresponsabilidad

ABSTRACT: When facing a crime committed by an employee hired by a subcontracted company, the question about whether the main entity has to assume criminal responsibility arises, as well as which legal consequences it will entail for both the employee and the employer company. To answer this issue, throughout this paper it will be examined besides the legal doctrine, the few jurisprudence that exists given the novelty of the legal reform about the basis and foundation of legal entities' criminal liability, caused by criminal acts that workers, managers and directors perpetrate, according to the art. 31 *bis* 1 CP. Additionally, in accordance with what has been studied, we will try to provide an strategic defense in order to exempt and avoid the criminal penalties, or at least to mitigate them.

KEYWORDS: Criminal liability of legal entities, direct or indirect profit, art. 31 *bis* CP, self-responsibility, hetero-responsibility

II. LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

Art.:	Artículo
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CP:	Código Penal
Ed.:	Edición
<i>Et al.:</i>	<i>Et alii</i>
FGE:	Fiscalía General del Estado
FJ:	Fundamento Jurídico
LECRim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO:	Ley Orgánica
Núm.:	Número
P.:	Página
Pp.:	Páginas
RC:	Responsabilidad Civil
RPPJ:	Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica
S.A.:	Sociedad Anónima
S.L.:	Sociedad Limitada
Ss.:	Siguientes
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TS:	Tribunal Supremo
<i>Vid.:</i>	<i>Videtur</i>
Vol.:	Volumen

III. OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del presente dictamen es dar respuesta a la consulta formulada por la entidad BANCO MERITEL S.A., (en adelante Banco Meritel), sobre la eventual responsabilidad penal que para la misma se derivaría con motivo de la actuación delictiva, que más adelante se concretará, llevada a cabo por la Sra. María Sánchez en el marco de su relación profesional, e igualmente, se estudiarán las posibles estrategias de defensa procesales y jurídicas que, en su caso, resultarían aplicables. Asimismo, se analizarán las responsabilidades penales de la mencionada Sra. Sánchez así como de la sociedad por la que fue contratada, INMOZEVILLA S.L. (en adelante INMOZEVILLA), junto con las previsibles estrategias de defensa de las mismas.

Adicionalmente, en último lugar se examinará la posibilidad de que tales entidades deban responder, de forma subsidiaria, como responsables civiles por los delitos cometidos por la Sra. Sánchez.

IV. ANTECEDENTES DE HECHO

En primer lugar, los hechos que consideramos relevantes a efectos de realizar el presente informe y, por ende, los que constituirán la base de las eventuales responsabilidades penales son los siguientes:

1. En fecha 26 de mayo de 2010, Banco Meritel suscribió con INMOZEVILLA, con domicilio en Valladolid, un contrato de agente colaborador para que esta actuase en su nombre, mediando en operaciones propias de banca con particulares y empresas. Dicho contrato de colaboración fue suscrito por el Sr. JUAN PÉREZ, en calidad de administrador único de INMOZEVILLA.
2. En el mes de agosto del año 2016, el Sr. Pérez, contrató en nombre de INMOZEVILLA a Dª. MARÍA SÁNCHEZ, para que la misma desempeñara labores de administrativa en la empresa, encargándose de forma habitual del trato directo con los clientes.
3. La Sra. Sánchez, sin conocimiento del Sr. Pérez ni de Banco Meritel, desde el mes de noviembre de 2016 suscribió 50 documentos de reintegro simulando las firmas

de los titulares de las cuentas, que desconocían dichas operaciones, disponiendo ella misma de los importes reintegrados, que ascendieron a un total de 900.000€, todo ello con el fin de lucrarse ilícitamente.

4. El 16 de mayo de 2018, Banco Meritel, tras descubrir el día anterior la actividad delictiva llevada a cabo por la Sra. Sánchez, remitió un burofax a INMOZEVILLA resolviendo el contrato de colaboración, causando baja voluntaria la Sra. Sánchez al conocer este extremo.
5. No obstante, la Sra. Sánchez continuó acudiendo a la oficina de INMOZEVILLA, que a su vez siguió realizando labores de colaboración para el Banco, con conocimiento y consentimiento de ambas entidades. Ello permitió que prosiguiera con su actuación delictiva, suscribiendo 2 contratos de depósito en la oficina y un tercero fuera de la sucursal en casa de una amiga íntima, por valor total de 20.000€, y sin que conste ingreso alguno de tal cantidad en el Banco.
6. En ningún momento ni INMOZEVILLA ni Banco Meritel comunicaron a los clientes las incidencias referidas.
7. En fecha 18 de junio de 2018 el Banco emitió informe de auditoría interna, sin concretar las cantidades defraudadas definitivas.
8. El 31 de julio de 2018, Banco Meritel interpuso denuncia contra el administrador de INMOZEVILLA y contra la Sra. Sánchez.
9. Hasta el 31 de agosto de 2018 la oficina de INMOZEVILLA continuó desempeñando su trabajo de cara al público con el letrero oficial del Banco.

V. CUESTIONES PLANTEADAS

De acuerdo con la situación de hecho expuesta, se suscitan diferentes cuestiones jurídicas para cada uno de los sujetos intervenientes que trataremos de resolver en el presente dictamen. Para ello hemos considerado conveniente estudiarlas de forma individual comenzando por las de Banco Meritel; continuando con la sociedad INMOZEVILLA; y en último lugar, las relativas a la Sra. Sánchez.

En todo caso, el esquema que se va a seguir en el análisis de dichas cuestiones va a ser el mismo en todos los casos, abordando el estudio de la eventual imputabilidad de los sujetos comenzando por el análisis del marco teórico para, a continuación, descender al supuesto concreto. Posteriormente, se expondrán las posibles estrategias de defensa incluyendo, si proceden, las circunstancias eximentes o atenuantes que resulten de aplicación.

1. En relación con el Banco Meritel

1. Imputabilidad de la persona jurídica.
2. Posibles estrategias de defensa.

2. En relación con la sociedad INMOZEVILLA

1. Imputabilidad de la persona jurídica.
2. Posibles estrategias de defensa.

3. En relación con Dª. María Sánchez

1. Eventual responsabilidad penal.
2. Posibles estrategias de defensa.

VI. NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA APLICADAS

Para la resolución de las indicadas cuestiones jurídicas planteadas, debe acudirse a la siguiente normativa, jurisprudencia y doctrina que resultan de aplicación:

A) NORMATIVA

- a. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE* de 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pág. 33987:
 - El art. 11 CP recoge los requisitos para la comisión por omisión.
 - El art. 12 CP consagra la tipicidad de acciones u omisiones imprudentes únicamente cuando se prevea expresamente.
 - El art. 21.5 CP establece la circunstancia atenuante de reparación del daño.
 - El art. 26 CP define el concepto de documento.
 - El art. 31 *bis* CP regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las circunstancias para su exención, así como los requisitos que deben cumplir para ello los modelos de organización y gestión.
 - El art. 31 *ter* CP establece la independencia entre la responsabilidad de la persona jurídica y la física y, consecuentemente, lo mismo ocurre con las circunstancias modificativas.
 - El art. 31 *quater* CP recoge las circunstancias atenuantes que le son de aplicación a la persona jurídica.
 - El art. 73 CP configura el concurso real de delitos.
 - El art. 74 CP regula la figura del delito continuado.
 - El art. 80 CP establece los requisitos para la suspensión de las penas.
 - El art. 114 CP contempla la moderación del importe de la reparación o indemnización a la víctima por su contribución a la producción del perjuicio.
 - El art. 120.4º CP establece la RC subsidiaria de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus empleados, o representantes en el desempeño de sus obligaciones.

Los arts. 248 y 249 CP tipifica el delito de estafa.

El art. 250.1. 5º CP recoge el tipo penal agravado de apropiación indebida y estafa por razón de la cuantía.

El art. 250.1. 6º CP recoge el tipo penal agravado de estafa y apropiación indebida por abusar de las relaciones personales entre el defraudador y la víctima, o por abusar el autor del delito de su credibilidad empresarial o profesional.

El art. 251 *bis* CP prevé la pena aplicable a la persona jurídica por el delito de estafa.

El art. 253 CP regula el delito de apropiación indebida.

Los art. 390 y ss. CP tipifican el delito de falsedad documental.

b. LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP.

En esta reforma aparecen por primera vez, de forma expresa, las sociedades como sujetos de responsabilidad penal.

c. LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP.

Se reforma la configuración de la RPPJ, así como la importancia atribuida a los programas de *compliance* penal.

d. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE* de 17 de septiembre de 1882, núm. 260:

El Art. 119 LECRim enumera las particularidades de la comparecencia de la persona jurídica como imputada en un procedimiento penal.

El art. 786 *bis* 1 LECRim hace referencia a la circunstancia de que, en el acto de la vista oral, el acusado sea una persona jurídica.

B) JURISPRUDENCIA

a. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 1019/2001 de 25 de mayo, Rec. 827/1999 (LA LEY 7519/2001).

El TS analiza los requisitos del delito de falsedad documental, y la exigencia típica de incidencia el documento en el tráfico jurídico.

- b. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 1058/2010 de 13 de diciembre, Rec. 856/2010 (LA LEY 236987/2010).

Esta STS confirma la sentencia que absuelve por delitos de estafa, analizando los requisitos para apreciar la comisión por omisión, y la posición de garante.

- c. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 37/2013 de 30 de enero, Rec. 428/2012 (LA LEY 1133/2013).

Esta STS establece que las diferentes modalidades de falsedad documental no son comportamientos estancos, por lo que el cambio de la incriminación no infringe el principio acusatorio.

- d. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 421/2013, de 13 de mayo, Rec. 1793/2012 (LA LEY 47349/2013).

Se estima parcialmente un recurso de casación contra la sentencia que condenó por un delito continuado de estafa, analizando los requisitos exigidos para apreciar la concurrencia de un delito de estafa.

- e. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 980/2013, de 14 de noviembre, Rec. 302/2013 (LA LEY 220705/2013).

El TS estima parcialmente un recurso de casación contra la sentencia que condenó por un delito continuado de apropiación indebida, resaltándose que en este tipo delictivo no se contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica.

- f. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 714/2014, de 12 de noviembre, Rec. 346/2014 (LA LEY 174461/2014).

Se desestima un recurso de casación contra la sentencia que condenó a dos sujetos, personas físicas, por un delito de estafa, analizando los elementos típicos.

- g. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 514/2015, de 2 de septiembre, Rec. 111/2015 (126066/2015).

Es la primera sentencia dictada sobre la RPPJ por el TS, estimando el recurso de casación contra la sentencia que condenó por estafa a una persona física, lo que conlleva la absolución de la persona jurídica, por meras cuestiones procesales.

- h. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 154/2016, de 29 de febrero, Rec. 10011/2015 (LA LEY 6573/2016).

Esta sentencia STS es la primera vez que el TS se refiere al artículo 31 *bis* CP, y expone cuáles son los presupuestos y fundamentos de la condena para las personas jurídicas.

- i. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 221/2016, de 16 de marzo, Rec. 1535/2015 (LA LEY 11281/2016).

El TS se pronuncia sobre la necesidad de acreditar el hecho propio de la persona jurídica, afirmando que las entidades gozan de los mismos derechos y garantías que las personas físicas.

- j. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 516/2016, de 13 de junio, Rec. 1765/2015 (LA LEY 61413/2016).

En esta STS se desestima el recurso de casación contra la sentencia que condenó por un delito ecológico, manteniendo la absolución de la persona jurídica por cuestiones procesales, cometiéndose el delito, previa entrada en vigor de la reforma, y ser las responsabilidades de la persona física y jurídica independientes.

- k. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 260/2017, de 6 de abril, Rec. 1588/2016 (LA LEY 1588/2016).

El TS desestima el recurso de casación contra la sentencia que condenó por un delito de apropiación indebida, analizándose cuándo ha de ser declarada responsable civil subsidiaria la persona jurídica por los actos de sus empleados.

- l. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 252/2017, de 6 de abril, Rec. 1382/2016 (LA LEY 41401/2017).

En esta STS se desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que condena por un delito continuado de estafa y apropiación indebida, absolviendo a la persona jurídica a la que representa, declarándole responsable civil subsidiario, analizándose los requisitos de dependencia y vinculación en un supuesto de contrato de colaboración.

- m. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 455/2017 de 21 de junio, Rec. 1447/2016 (LA LEY 84521/2017).

El TS desestima el recurso de casación contra la sentencia que condena por un delito de fraude a las subvenciones, absolviendo a la persona jurídica, entre otras cuestiones, por no haberse llevado a cabo los actos del autor del delito en beneficio de esta sino en su perjuicio.

- n. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 583/2017 de 19 de julio de 2017, Rec. 1813/2016 (LA LEY 119518/2017).

El TS se pronuncia sobre la necesidad de las personas jurídicas de nombrar a un representante especialmente designado en los procedimientos en los que se enjuicie su posible responsabilidad penal.

- o. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 707/2017 de 27 de octubre, Rec. 10054/2017 (LA LEY 155822/2107).

El TS desestima el recurso de casación contra la condena por delitos de asesinato e incendios, analizando los requisitos de dependencia y vinculación del autor con la persona jurídica, y la condena a esta como responsable civil subsidiario.

- p. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 817/2017 de 13 de diciembre, Rec. 292/2017 (LA LEY 179144/2107).

En esta STS se estima parcialmente el recurso de casación contra la sentencia que condena por un delito continuado de apropiación indebida y falsedad en documento mercantil, analizando la sentencia la heterogeneidad de los delitos de estafa y apropiación indebida.

- q. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 105/2018 de 1 de marzo, Rec. 485/2017 (LA LEY 21615/2018).

El TS revoca parcialmente la sentencia que condena por un delito de estafa, condenando a la persona jurídica como responsable civil subsidiario, analizando los requisitos de la dependencia entre la persona física y la entidad.

- r. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 277/2018 de 8 de junio, Rec. 1206/2017 (LA LEY 61257/2018).

En esta STS el Alto Tribunal analiza el tipo penal de falsedad documental, así como la valoración de los actos que deben ser considerados o no inocuos a efectos de este delito.

- s. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 365/2018 de 18 de julio, Rec. 2184/2017 (LA LEY 88606/2018).

El TS confirma la sentencia que condena por delitos continuados de apropiación indebida y falsedad, analizando las diferencias entre apropiación y la estafa, así como la relación entre el delito continuado y el tipo agravado.

- t. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 737/2018 de 5 de febrero de 2019, Rec. 334/2018 (LA LEY 3743/2019)

En esta STS se condena a la persona física por un delito continuado de apropiación indebida, realizándose un análisis del fundamento de la RC subsidiaria de la entidad bancaria en cuyo marco cometió el delito el autor empleado de la misma.

- u. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 123/2019 de 8 de marzo, Rec. 1763/2018 (LA LEY 18550/2019).

El TS declara la nulidad de la sentencia que condena por delitos fiscales, por indefensión de la persona jurídica, analizando requisitos y fundamentos de la RPPJ.

- v. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 192/2019 de 9 de abril, Rec. 10632/2018 (LA LEY 38308/2019).

En esta STS se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que condena por un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada, analizando los requisitos para la apreciación de este tipo delictivo.

- w. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 630/2019 de 18 de diciembre, Rec. 1785/2018 (LA LEY 185524/2019).

En esta STS se estima parcialmente el recurso de casación contra la sentencia que condenaba a la persona física y la jurídica por un delito de apropiación indebida, absolviendo a la entidad por no ser un delito que cause la RPPJ.

- x. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 35/2020 de 6 de febrero, Rec. 2062/2018 (LA LEY 1591/2020).

En esta STS se desestiman los recursos de casación, confirmando la condena por delito continuado de estafa a las personas físicas, no así a las jurídicas por ser un delito cometido *ad intra*, incidiendo el TS en la conveniencia de tener implantado

un programa de cumplimiento para evitar la comisión de delitos en el seno de la organización.

- y. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 81/2020 de 26 de febrero, Rec. 2582/2018 (LA LEY 5685/2020).

En esta STS se desestima el recurso de casación contra la sentencia que condena por un delito continuado de apropiación indebida en concurso con falsedad a un empleado de banca que realizaba reintegros irregulares falsificando firmas de los clientes, en un *supuesto similar al ahora examinado*.

- z. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), núm. 695/2019 de 19 de mayo de 2020.

El TS se pronuncia, entre otras cuestiones sobre el concepto de *documento mercantil*, a efectos del delito de falsedad documental.

C) DOCTRINA

Si bien la doctrina no es una fuente del Derecho, la misma nos permite analizar la opinión interpretativa mayoritaria de los problemas planteados.

1. Libros

- a. AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L. *Derecho penal de las personas jurídicas*. Madrid: Dykinson, 2016.
- b. AGUILAR SÁENZ J.L. *Compliance: la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la mediación organizacional*. Madrid: Tébar Flores, 2018.
- c. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. 1^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- d. BACIGALUPO ZAPATER, E. *Compliance y Derecho Penal*. 1^a ed. Pamplona: Aranzadi, 2011.
- e. BAJO, M., FEIJOO, C.J. y GOMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Aranzadi, 2016.
- f. BARDAVÍO ANTÓN, C. «Imputación y límites del riesgo en la responsabilidad penal de la persona jurídica: premisas y fundamentos de una “auténtica”

autorresponsabilidad», VVAA., *Responsabilidad penal y mapa de riesgo en la empresa. Análisis práctico*. Wolters Kluwer, 2020 (Manuscrito en prensa).

- g.
- h. LLEDÓ BENITO, I. *Corporate Compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*. Madrid: Dykinson, 2018.
- i. DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., y NIETO MARTÍN, A. *Derecho Penal Económico y de la empresa*. 1^a ed. Madrid: Dykinson, 2018.
- j. MENA VILLEGAS, O.G. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 1^a ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2019.
- k. MOLINA FERNÁNDEZ F. y otros. *Memento práctico*. 1^a ed. Madrid: Francis Lefebvre, 2019.
- l. PÉREZ ARIAS, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Madrid: Dykinson, 2015.
- m. RAGUÉS I VALLÈS, R. *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*. 1^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- n. SAURA ALBERDI, B. y VELÁSCO NÚÑEZ, E. *Los delitos que pueden cometer las empresas. Criterios penales para elaborar modelos de compliance*. 1^a ed. Madrid: Editorial Jurídica Sepín SL, 2019.
- o. SILVA SÁNCHEZ, J.M., RAGUÉS I VALLES, R. y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. 3^a ed. Barcelona: Atelier, 2011.
- p. TIEDEMANN, K. *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

2. Revistas electrónicas

- a. BOLDOVA PASAMAR, M.A. «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española». *Estudios Penales y Criminológicos*. 2013, vol. XXXIII, pp. 219 – 263.
- b. CHOCLÁN MONTALVO, J.A. «Responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica». *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, edición Nº 2, BOSCH, 2016, LA LEY 7732/2016.

- c. FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B. «El criminal *compliance* program como modelo de prevención: de la teoría a su aplicación en la práctica (1)». *La Ley Penal*, Nº 138, Sección Legislación aplicada a la práctica, mayo-junio 2019, Wolters Kluwer.
- d. FERNÁNDEZ PERALES, F. «La aplicación de eximentes y atenuantes a las personas jurídicas mediante la analogía *in bonam partem*». *Diario La Ley*, Nº 9020, Sección doctrina, 13 de julio de 2017, Wolters Kluwer.
- e. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. B) del Código Penal español». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-03, pp. 1 – 25.
- f. GARCÍA – PANASCO MORALES, G. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: algunas cuestiones sobre el *compliance* y la protección de datos.» *La Ley Mercantil*, Nº 55, febrero 2019, Wolters Kluwer.
- g. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta conciliadora». *Diario La Ley*, nº 8724, 17 de marzo 2016, LA LEY.
- h. «Delito corporativo y responsabilidad pena de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del TS». *Diario La Ley*, Nº 8830, Sección Doctrina, 23 de septiembre de 2016, LA LEY.
- i. «La posición de garante penal de las personas jurídicas: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2019». *La Ley Penal*, Nº 140, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, septiembre-octubre 2019, Wolters Kluwer.
- j. MANZANARES SAMANIEGO J.L. «De las personas criminalmente responsables de los delitos». *Comentarios al Código Penal*, edición Nº1, LA LEY 3183/2016.
- k. MONTANER, R. y FORTUNY, M. «La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs. UNE 19601». *La Ley Penal*, Nº 132, mayo-junio 2018, Wolters Kluwer.
- l. ORTIZ-PRADILLO, J.C. «“*Compliance*” y clemencia en el proceso penal de la persona jurídica». *Diario La Ley*, Nº 9504, Sección Tribuna, 23 de octubre de 2019, Wolters Kluwer.

- m. DEL ROSAL BLASCO, B. «Los rasgos generales del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal». *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, edición Nº 1, LA LEY 12593/2018.
- n. «Presupuestos de la responsabilidad penal de la persona jurídica». *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, edición Nº 1, LA LEY 12593/2018.
- o. «La exención de responsabilidad de la persona jurídica». *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, edición Nº 1, LA LEY 12598/2018.
- p. «El proceso penal de las personas jurídicas: Especialidades» *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, edición Nº 1, LA LEY 12593/2018.
- q. VILLACORTA HERNÁNDEZ, M.A. «La responsabilidad penal de las empresas». *Revista Contable*, Nº 53, Sección Gestión de empresas, marzo 2017, Wolters Kluwer.
 - r. «Ampliación de los supuestos de responsabilidad penal de la empresa y endurecimiento de las penas». *Técnica Contable y Financiera*, Nº 18, Sección Gestión de empresa, abril 2019, Wolters Kluwer.
- s. VILLEGRAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. La Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». *Diario La Ley*, Nº 9106, Sección Dossier, 26 de diciembre de 2017, Wolters Kluwer.
- t. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. «La teoría jurídica del delito de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Diario La Ley*, Nº 9537, Sección Dossier, 16 de diciembre de 2019, Wolters Kluwer.

3. Publicaciones en línea

- a. DEL MORAL GARCÍA, A. (21 de noviembre de 2017). «A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal». *Elderecho.com*. 21 noviembre de 2017. Disponible en: <https://elderecho.com/vueltas-los-programas-cumplimiento-trascendencia-penal>

D) OTROS

- a. Circular 1/2011 de 1 de junio, de la FGE, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la LO 5/2010.
- b. Circular 1/2016 de 22 de enero, de la FGE, recoge las directrices dadas a los fiscales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- c. Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007, de unificación de criterios sobre la penalidad de los delitos patrimoniales continuados.

VII. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Previo. Identificación y calificación de los hechos delictivos

Antes de entrar a analizar las cuestiones de fondo, entendemos que es necesario determinar como punto de partida cuáles van a ser los delitos sobre los que se va a llevar a cabo el examen de las responsabilidades penales, es decir, qué calificación penal entendemos que se merecen los hechos relatados. Esta cuestión no resulta baladí, puesto que nuestra legislación no contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica para todos los delitos recogidos en el Código Penal, sino que se trata de una lista *numerus clausus* donde, concretamente, se establece un elenco de 27 categorías de delitos imputables a esta.

En este sentido, si bien el delito de estafa sí se encuentra recogido en el catálogo mencionado, no ocurre así con el delito de apropiación indebida ni con el delito de administración desleal, lo que conlleva que no puedan entenderse cometidos por una persona jurídica. Esta circunstancia, de hecho, ha sido objeto de numerosas críticas, ya que no se entiende tal exclusión puesto que ambos delitos se encuentran recogidos dentro del mismo capítulo e, incluso, se remiten con relación a la penalidad al delito de estafa (SAURA ALBERDI y VELASCO NÚÑEZ 2019). En esta misma línea se ha pronunciado también el Tribunal Supremo, (entre otras, STS 980/2013 de 14 de noviembre) expresando que el delito de apropiación indebida no se encuentra incluido entre aquellos que pueden ser cometidos por una persona jurídica, «por poco explicable que ello pueda resultar» (VILLEGAS y ENCINAR 2017, pp. 13-14.)

Consecuentemente, deviene necesario realizar una distinción en los hechos expuestos al entender que existen 2 períodos claramente diferenciados: antes de que Banco Meritel descubra la actividad delictiva de la Sra. Sánchez, y después de que la misma entidad sea consciente de tales irregularidades. El fundamento de esta distinción es simple, tal y como expondremos a continuación, y se basa en que los hechos llevados a cabo por Dª. María desde noviembre de 2016 hasta el 16 de mayo de 2018 son susceptibles de calificarse como un delito continuado de apropiación indebida, en concurso con un delito continuado de falsedad documental; mientras

que los 3 contratos de depósito suscritos posteriormente podrían dar lugar, en su caso, a tres delitos de estafa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene establecido que los delitos de estafa y apropiación indebida ostentan el mismo bien jurídico protegido, teniendo como elemento común que ambos suponen «la quiebra de la lealtad en las relaciones económicas» (FJ 1º STS 365/2018 de 18 de Julio). No obstante, estas figuras poseen un carácter absolutamente heterogéneo, «en especial en el ámbito del injusto» (FJ 3º STS 817/2017 de 13 de diciembre), siendo diferentes los requisitos subjetivos que uno y otro requieren para su comisión. Así, en la estafa la quiebra es anterior al acto de disposición efectuado por la víctima, resultando ser el causante de este, existiendo abundantísima jurisprudencia que exige «la presencia del engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico» (FJ 8º STS 714/2014 de 12 de noviembre). En contraposición, en el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición del perjudicado, que obra «libre, espontáneamente y sin engaño» (de nuevo STS 817/2017, FJ 3º), siendo después cuando el receptor del bien no le da el destino a cuyo fin se efectuó tal acto de disposición. Es decir, en el delito de apropiación indebida el desplazamiento no tiene origen en el engaño motor, sino en la confianza depositada en el sujeto activo, que conlleva que este recibe la cosa apropiada de forma legítima, transformándola en ilegítima precisamente al abusar de dicha confianza.

Descendiendo al supuesto examinado, en relación con los reintegros efectuados por la empleada, no es posible afirmar que exista un engaño que provoque el desplazamiento patrimonial. Los clientes suscribieron los contratos de cuenta bancaria de manera libre, incluso en momentos anteriores a la contratación de Dª. María, depositando en el banco su dinero sin que existiera engaño alguno. No es sino posteriormente que la Sra. Sánchez simula las firmas de los titulares de las cuentas y se apropiá de los importes que, no nos olvidemos, ella misma determinaba y tenía acceso en virtud de su condición de empleada de la entidad. Esta falsedad documental no es la causa del acto de disposición, sino un medio para ocultar la ilegitimidad del acto y tratar que no sea descubierto por la sociedad. Máxime cuando no consta que la autora de los hechos debiera presentar esos documentos falsificados

al administrador de INMOZEVILLA para que le autorizara a disponer del dinero, sino que de lo expuesto se deduce que la misma tenía pleno acceso a los fondos, al ser quien trataba directamente con los clientes.

De esta manera, resulta lógico que, en los supuestos de reintegros legítimos, fuera la propia Sra. Sánchez quien les entregara directamente las cantidades a los clientes, teniendo para ello plena facultad de disposición y gestión de las cuentas. Sólo valiéndose de ese estatus de empleada podía disimular sus manejos y confeccionar la documentación necesaria para camuflar sus actos. En este sentido, el TS ha tipificado como apropiación indebida supuestos similares al aquí examinado, pudiendo citar como ejemplo la reciente STS 81/2020 de 26 de febrero, en la que se condena por un delito continuado de apropiación indebida a un empleado de banca que disponía de fondos de clientes sin su autorización y en su propio beneficio, simulando firmas y documentos de reintegro necesarios para mantener en secreto el fraude.

Por otro lado, en relación con los contratos suscritos con posterioridad a que Banco Meritel tuviera conocimiento de las irregularidades, entendemos que sí podrían tipificarse como delitos de estafa en tanto está presente el elemento esencial del engaño antecedente. En este sentido, la Sra. Sánchez suscribió tales contratos con el mero propósito de que los titulares le hicieran entrega del dinero, sin tener intención de depositarlo en las cuentas, por lo que en este caso la quiebra de la lealtad se produce antes del acto de disposición. Así, mediante el uso de los contratos de depósito bancarios, Dª. María Sánchez indujo a error a las víctimas, dando lugar a la entrega de las cantidades acordadas y permitiendo su apoderamiento por parte de esta, con el correspondiente perjuicio patrimonial de los clientes.

De conformidad con lo expuesto, y en virtud del principio de legalidad por el que ha de regirse el Derecho Penal, Banco Meritel solamente podría responder penalmente por este último delito, al ser el único para el que se prevé expresamente su comisión por una persona jurídica. Consecuentemente, a la hora de analizar la eventual responsabilidad penal tanto de la citada mercantil como de INMOZEVILLA, únicamente atenderemos a los delitos de estafa sin tener en cuenta el de apropiación indebida, que se analizará exclusivamente en el apartado referente a la Sra. Sánchez.

Primero. En relación con el Banco Meritel

1.1. Imputabilidad de la persona jurídica

1.1.1. Marco teórico RPPJ

El modelo de atribución de responsabilidad de la persona jurídica que rige en nuestro ordenamiento penal se introdujo en el año 2010, siendo modificado posteriormente en el 2015, cuyas características básicas de este régimen, según MENA VILLEGAS (2019), son las siguientes:

1. Es un sistema *numerus clausus*: como ya hemos expuesto, se establece un catálogo cerrado de delitos que pueden ser imputados a las personas jurídicas.
2. Se establece una doble vía de imputación, donde el primer nivel opera cuando los delitos sean cometidos por directores, administradores... en definitiva, altos cargos con capacidad de decisión, facultad de organización o deberes de vigilancia y control de la empresa. El segundo nivel abarca los delitos cometidos por empleados, colaboradores y subordinados, por la falta de control, vigilancia o supervisión de los altos cargos con poder para ello.
3. El fin de este sistema es incentivar y fortalecer la autorregulación de los entes como mecanismo de prevención de delitos en el seno y por cuenta de la empresa. Por ello, si el programa de prevención es el adecuado y se demuestra que se han cumplido con las tareas de supervisión, vigilancia y control, cabe la exoneración de la empresa.
4. El modelo prevé penas de imposición obligatoria, y de imposición facultativa: comprobados que se cumplen los requisitos a tal efecto, el juez debe condenar a la persona jurídica, en todo caso, a la pena de multa.
5. El sistema establecido de responsabilidad penal de las personas jurídicas es cumulativo al de la persona física, y no alternativo. Ello conlleva que se juzgará en el mismo proceso penal a la persona física y a la jurídica. No obstante, ello no es óbice para que ambas responsabilidades sean independientes, pudiendo declararse la responsabilidad jurídica del ente incluso cuando no se ha podido juzgar o individualizar a la persona física (MANZANARES SAMANIEGO 2016).

En relación con este sistema de doble atribución, como indicábamos, el actual artículo 31 *bis* CP establece que será imputable la entidad cuando los delitos sean

cometidos: a) en nombre o por cuenta suya y en su beneficio, por sus representantes legales o personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la misma, o que ostenten facultades de organización y control en la persona jurídica; o b) en el ejercicio de actividades sociales, y en beneficio de la entidad, por quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas anteriores, por haberse incumplido gravemente el deber de control. Así, se prevé un «*sistema mejorado de doble autoría*» (AGUDO FERNÁNDEZ, JAEN VALLEJO y PERRINO PÉREZ 2016, p. 46): por un lado, los representantes legales o personas autorizadas para la toma de decisiones o con facultades de organización y control, cuyos hechos punibles son imputables a la persona jurídica; y, por otro lado, los que están sometidos a la autoridad de los anteriores, por cuyos hechos responde también la persona jurídica si no se ha ejercido sobre ellos el debido control. Esto es, se distinguen entre delitos de empleados y delitos de directivos, a los que se va a vincular la responsabilidad penal de la persona jurídica (DEL ROSAL BLASCO 2018m).

Si bien lo anterior puede llevar a pensar a un sector doctrinal (DEL ROSAL BLASCO 2018o; DEL MORAL 2017) que se está ante un modelo de responsabilidad penal por transferencia, lo cierto es que el núcleo de la responsabilidad se encuentra en la propia persona jurídica, estableciéndose un régimen de autorresponsabilidad. Tanto es así que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rechazado en varias ocasiones el sistema vicarial (ZUGALDÍA ESPINAR 2019), e igualmente, el legislador ha reforzado tal postura en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, afirmando que esta reforma debe terminar con las dudas existentes en la anterior regulación, que algún autor había interpretado erróneamente como un régimen de responsabilidad vicarial (BOLDOVA PASAMAR 2013).

Es cierto que la imputación del ente está vinculada a la existencia de un hecho cometido por una persona física, el llamado *hecho de conexión*, que resulta ser el presupuesto esencial para la atribución de esa responsabilidad, «y compatibilidad de la responsabilidad penal individual con la responsabilidad penal corporativa» (DEL ROSAL BLASCO 2018m, p. 1). Así, para que se esté ante un delito corporativo, se requiere la realización de un hecho típico por una persona física que cumpla los requisitos del art. 31 *bis* CP ya expuestos, y por otro lado que estemos ante un *defecto*

de organización, entendido como la ausencia de medidas necesarias para evitar la comisión de delitos (MENA VILLEGRAS 2019). El núcleo de esta responsabilidad, por tanto, habrá que buscarlo en el déficit de control más la falta de cultura de cumplimiento de la legalidad.

No obstante, si bien esa vinculación con el hecho de conexión es innegable, conforme al art. 31 *ter* CP, la responsabilidad del ente es independiente a la de la persona física, dada cuenta que, «será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella». A mayor abundamiento, el mismo precepto establece que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de la persona física autora del hecho, no excluyen ni modifican la de la persona jurídica. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Supremo, afirmando que es «independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 *ter* CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad» (FJ 1º STS 516/2016 de 13 de junio).

De acuerdo con ello, podemos diferenciar entre el *presupuesto* de la responsabilidad de la persona jurídica, que sería el hecho de la persona física, y el *fundamento* de la misma, que no es otro que la posición de garante sobre las acciones de sus empleados. SCHROTH (1993, p. 204) citado por VILLACORTA HERNÁNDEZ (2017, p. 5) mantenía que la empresa está obligada por esa posición de garante a organizarse correctamente ya que, «en caso de no producirse, desencadena su propia responsabilidad penal». En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo estableciendo que será presupuesto de la RPPJ la comisión por parte de los sujetos que contempla el art. 31 *bis* CP de alguno de los delitos imputables a las mismas. Por otro lado, el fundamento de ello será precisamente el incumplimiento de la obligación que tienen de adoptar medidas para controlar y evitar la comisión de tales delitos dentro de su ámbito de organización. Por ende, será «de ésta posición de la que se derivan los deberes de garantía y permiten responsabilizarla por los delitos cometidos tanto por aquellos con

capacidad decisoria, e incluso por los cometidos por los subordinados a causa de un déficit de organización» (FJ 1º STS 123/2019 de 8 de marzo).

Consecuentemente, podemos afirmar que la persona jurídica no responde por el delito cometido por la persona física (presupuesto), sino que responde por su participación en ese delito al no haber adoptado las medidas de evitación del mismo a las que venía obligada (fundamento). Lo que nos lleva a afirmar nuevamente que estamos ante un sistema de autorresponsabilidad, o de *responsabilidad directa* (ÁLVAREZ GARCÍA y GONZALEZ CUSSAC, 2010), donde la conexión entre presupuesto y fundamento es precisamente esa posición de garante (GÓMEZ-JARA DÍEZ 2019). Esta posición de la entidad viene dada, en principio, por los riesgos propios de la actividad que desarrolla, que hacen que deba adoptar las medidas de control necesarias para mantenerlos dentro del ámbito del riesgo permitido. En este mismo sentido BARDAVÍO ANTÓN (2020, p. 17) afirma que ese deber *especial de salvamento* que tiene la persona jurídica por los eventuales riesgos propios de su actividad, surge incluso «antes de que se produzca el riesgo objetivo», puesto que la entidad tiene la obligación de que el mismo ni tan siquiera nazca.

A la vista de lo expuesto, debemos reseñar el voto particular de la STS 154/2016 de 29 de febrero, que establece que la culpabilidad de la que trae causa la condena de la entidad se infiere «del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio», y se fundamenta en los principios generales de la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*. Ahora bien, entre el delito cometido y el riesgo generado por la ausencia del control debido o por la omisión de control que constituye, en fin, el déficit de organización, debe existir una relación de imputación objetiva, para cuya apreciación deberán seguirse los criterios generales de imputación del ordenamiento penal.

En relación a los delitos de los empleados, el CP establece un supuesto de responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos cometidos por sujetos que están sometidos a la autoridad de aquellos capacitados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o con facultades de organización y control. Es necesario por tanto establecer qué personas están incluidas dentro de esta categoría, ante lo que encontramos dos posturas enfrentadas en la doctrina. Una primera

corriente, que defiende DEL ROSAL BLASCO (2018n, p. 3) entiende que esta categoría constituye un «amplísimo paraguas bajo el que caben empleados y dependientes vinculados a la persona jurídica por un contrato laboral o trabajadores autónomos vinculados por un contrato de obra o servicio, etc.». Ello implica que se incluirán aquellas personas que, por cualquier razón, tienen obligación de obedecer indicaciones, instrucciones órdenes del representante o directivo. Igualmente, PÉREZ ARIAS (2015, p. 80) mantiene que de la propia literalidad del precepto «se deduce su clara intención de no cerrar el grupo de personas que pueden quedar vinculados por cualquier relación con la persona jurídica, sin necesidad de limitarlo a una relación laboral».

En contraposición, FEIJOO SÁNCHEZ (2016, p. 80) defiende que la responsabilidad penal de la persona jurídica no puede abarcar todas aquellas conductas de personas que se encuentren «sometidas a cualquier tipo de influencia de la persona jurídica, incluyendo empleados o personas dependientes de las instrucciones de otras personas jurídicas». Si bien este autor reconoce que el aspecto puramente formal es irrelevante, puesto que no se excluye aquel empleado sin contrato laboral formalizado, rechaza que se pueda predicar la responsabilidad de la persona penal para una persona jurídica a partir de la conducta de una persona que es empleado de otra entidad, como sucedería, por ejemplo, en el caso de subcontratas reales o distribuidores de productos y servicios de otras empresas con función de mediación o representación. Lo decisivo será, a efectos materiales, a qué persona jurídica se encuentra adscrita una persona física como recurso humano de la misma, sin poder entender, por tanto, que los empleados de los socios comerciales actúen en el ejercicio de sus actividades sociales y, por ende, no generarán responsabilidad a la empresa.

Ello es relevante en tanto los requisitos objetivos que determinarán la eventual responsabilidad de la persona jurídica en los casos de delitos cometidos por los empleados son, en primer lugar, que la conducta se haya realizado en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la entidad y, en segundo lugar, que haya sido realizada en beneficio de la misma. En relación con el primer elemento, la doctrina viene interpretándolo en el sentido de que el hecho sea cometido «en la esfera,

contexto social o seno de la persona jurídica, dentro de su marco estatutario o infringiendo los deberes que son propios de la persona jurídica, de modo que el delito debe pertenecer al ámbito organizativo de la empresa, a aquello de lo que la empresa es garante porque es consecuencia de los riesgos que genera»(DEL ROSAL BLASCO 2018n, pp. 6–7). Es decir, se van a excluir aquellos actos del individuo que no tengan que ver con el objeto social de la entidad ni con las actividades que tenga encomendadas como empleado de la organización (FERNÁNDEZ TERUELO 2019). Puesto lo anterior en relación con lo que venía manteniendo sobre los trabajadores ajenos BAJO FERNÁNDEZ (2016, p. 80), «no se trata de una mera cuestión fáctica de influencia e interés, sino que tiene que existir una vinculación que permita afirmar que el tercero está ejerciendo actividades sociales y actuando por cuenta de la persona jurídica».

Sin embargo, como decíamos, no es suficiente con que se haya llevado a cabo en nombre o por cuenta de la persona jurídica, sino que será necesario que se haya realizado en su beneficio directo o indirecto. La actuación *por cuenta* determinará que existe un vínculo entre la persona física y la jurídica, mientras que en el elemento del *beneficio* lo que se examinará es qué uso ha dado el autor a las funciones derivadas de tal vínculo, con todo lo que ello conlleva (RAGUÉS I VALLÈS 2017). En este sentido, la Circular FGE 1/2016 vino a precisar que el beneficio no debe tener necesariamente naturaleza económica, sino que la propia expresión permite incluir también ventajas estratégicas, intangibles o reputacionales.

Ya en la anterior regulación del año 2010 se hacía mención a la necesidad de que el delito se cometiera *en provecho de la sociedad* para que fuera imputable a la entidad, tal y como recoge la Circular 1/2011 FGE, y al igual que ocurre en la actualidad, como acertadamente señalaba PÉREZ ARIAS (2015), se trata de una circunstancia de delimitación compleja, resultando necesario diferenciar aquellas conductas que se realizan directamente para producir un provecho a la persona jurídica, de aquellas otras cuya simple realización facilita ese provecho, aunque no sea lo que se persigue. En definitiva, no basta con la mera intención, sino que será necesario que esa acción se valore como beneficiosa para la sociedad desde una perspectiva objetiva, que tenga una mínima aptitud de generar el beneficio.

Consecuentemente, quedan excluidas únicamente aquellas conductas que «al amparo de la estructura societaria, sean realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, y resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficio alguno, directo o indirecto» (Circular FGE 1/2016, p. 10).

El TS viene a decir a este respecto en la ya mencionada Sentencia 154/2016 de 29 de febrero que la interpretación de la existencia del beneficio ha de realizarse casuísticamente, huyendo de posiciones extensivas que sostienen que siempre va a existir un provecho para la persona jurídica, aunque sólo sea por el ahorro económico derivado de la inexistencia de un plan de control. Sin embargo, ello no significa que sea preferible optar por posiciones restrictivas que niegan los beneficios por el eventual perjuicio reputacional que el delito pueda causar, o por el cumplimiento de las penas impuestas como consecuencia de los actos delictivos de la persona física. Conforme a ello, algunos autores consideran que la valoración de la idoneidad del comportamiento para reportar beneficios deberá realizarse *ex ante*, por lo que «no será necesario que el dolo de la persona física lo abarque en el momento de cometer el delito» (RAGUÉS I VALLÈS 2017, p. 112).

No obstante, lo anterior no supone que, constatada la obtención de un beneficio para la persona jurídica, se le va a penal directamente. Como indicábamos al inicio, para respetar el principio de culpabilidad, el artículo 31 *bis* CP demanda la concurrencia de otros dos presupuestos adicionales. Al primero de ellos consistente en que el sujeto obre en nombre, por cuenta o en el ejercicio de actividades sociales, y que ya ha sido analizado, debe añadirse que por la entidad se hayan incumplido los deberes de vigilancia, facilitando con ello la actuación de la persona física. Algunos autores mantienen que los delitos cometidos por los empleados representan el ámbito en que se incardina la «verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica para quienes entienden que el fundamento de la culpabilidad de ésta se asienta en el defecto de organización» (PÉREZ ARIAS 2015, pp. 80–81; AGUILAR SÁENZ 2018, p. 90). Ello es así porque sostienen que precisamente el incumplimiento de esos deberes de supervisión, vigilancia y control es el «verdadero criterio de imputación de responsabilidad a la persona jurídica y el núcleo de tipicidad en esta segunda vía» (DE LA MATA, DOPICO, LASCURÁIN y NIETO 2018, p. 143).

Esta segunda vía de imputación deriva, por tanto, de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre un trabajador que, precisamente por ello, ha podido cometer un delito en beneficio de la entidad, actuando por cuenta de la misma y en el ejercicio de actividades sociales. Como veníamos indicando, las personas jurídicas tienen obligación de controlar a las personas bajo su cargo para evitar que cometan delitos en su seno, y ese control debe llevarse a cabo por las personas que menciona el art. 31 *bis* 1 a), es decir, los «representantes y personas con capacidad de organización, gestión o control de la empresa» (GARCÍA-PANASCO MORALES 2019, p. 10). Por ello, primero deberá constatarse la comisión de un delito de la persona física, para poder ahondar en la posible existencia de un delito corporativo conformado por un defecto estructural de los mecanismos de prevención penal (GÓMEZ-JARA DÍEZ 2016h).

TIEDEMAN (2010) sostenía que, en el caso de delitos cometidos por empleados, entra en juego el defecto de organización como una violación del deber de vigilancia, entendiendo que el mismo concurre cuando el obligado a controlar omitiese asegurar el cumplimiento de los deberes empresariales, así como que las instrucciones deben ser controladas mediante inspecciones aleatorias y otras medidas a fin de que resulten suficientes. En este mismo sentido se pronunciaba el Tribunal Supremo, nuevamente en la STS 154/2016 afirmando que habrá que analizar si la persona física comete el delito en el seno de la persona jurídica debido a la ausencia de la cultura de respeto al Derecho, cultura que habrá de materializarse en formas concretas de vigilancia y control sobre directivos y empleados, que busquen la evitación de que estos cometan los delitos imputables a la entidad.

Dicho incumplimiento ha de ser grave, valoración que habrá de hacerse casuísticamente «atendidas las concretas circunstancias del caso», como expresamente recoge el art. 31 *bis* 1 b). La propia FGE en la Circular 1/2016 ha concluido a este respecto que tal expresión «remite a los programas de organización y gestión, que serán objeto de una inicial valoración en relación con este criterio de imputación para evaluar el alcance y el contenido real del mandato del que son titulares las personas que incumplieron gravemente tales deberes». Lo mismo mantienen MONTANER y FORTUNY (2018) al afirmar que la cultura de cumplimiento

se apreciará conforme al CP cuando se den las exigencias de los apartados 2 y 4 del art. 31 *bis* CP, siendo una de esas condiciones esenciales implantar un sistema de gestión de *compliance* penal.

La prueba de la inidoneidad de las medidas de vigilancia y control específicas del delito concreto imputado a la persona jurídica corresponderá, en todo caso, a la acusación, tal y como se afirma en la STS núm. 221/2016 de 16 de marzo, no existiendo una presunción *iuris tantum* de defecto organizativo. En contraposición, la prueba de que se ha establecido una cultura de cumplimiento y la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de esa naturaleza corresponde a la defensa de la persona jurídica (GÓMEZ- JARA DÍEZ 2016g).

1.1.2. Requisitos para la comisión del delito de estafa por la persona jurídica

En virtud del artículo 251 *bis* CP, puesto en relación con el ya mencionado art. 31 *bis* CP, se contempla la responsabilidad penal de una persona jurídica por el delito de estafa. Se trata de un ilícito penal que se comete convenciendo a alguien, mediante engaño, de que realice un acto de disposición. Como bien señala DOPICO, (DE LA MATA BARRANCO *et al.* 2018, p. 171) en el ámbito empresarial, esta inducción se va a manifestar habitualmente como un «llevar a la otra parte a contratar, a asumir una obligación, a pagar una cantidad, etc.». Los requisitos para que se entienda cometido este delito por la persona jurídica son los mismos que se exigen para las personas físicas. En este sentido, el Tribunal Supremo tiene definidos los siguientes elementos que estructuran el delito de estafa:

- *Un engaño precedente* o concurrente que, como hemos indicado, es el factor nuclear de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno (STS 192/2019 de 9 de abril). Dicho engaño ha de ser *bastante*, entendiéndolo como suficiente y proporcional para conseguir el traspaso patrimonial. Esta idoneidad habrá de valorarse atendiendo tanto a módulos objetivos como a las condiciones personales del sujeto afectado y sus circunstancias.

- Debe causarse un *error* esencial en el sujeto pasivo, originado por la mendacidad del autor de la acción, que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.
- Ha de producirse un *acto de disposición patrimonial*, y su consiguiente perjuicio para el sujeto pasivo. Es decir, el perjuicio «ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo» (FJ 6º STS 421/2013 de 13 de mayo).
- Como elemento subjetivo del injusto deben concurrir *ánimo de lucro y dolo*.
- La existencia de *nexo causal* entre el engaño provocado y el perjuicio, que deberá ser resultado precisamente del engaño, implica que el dolo del autor ha de ser antecedente o concurrente en su dinámica defraudatoria. Consecuentemente, como bien apunta GONZÁLEZ DE LA VARGA, (en SAURA ALBERDI *et al.* 2019, p. 120) el TS ya ha establecido de forma reiterada que es esencial en este tipo delictivo probar la concurrencia del engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial.

No podemos dejar de señalar que precisamente en el ámbito de este delito se dictó la primera sentencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el Tribunal Supremo, (Sentencia núm. 514/2015 de 2 de septiembre), si bien en ella se anula la condena a la entidad al entender que no se cumplen los requisitos legales en la conducta de la persona física para calificarla como delito de estafa.

1.1.3. Aplicación al caso concreto

En el supuesto planteado entendemos que se han cometido tres delitos de estafa por parte de la Sra. Sánchez, empleada de la entidad INMOZEVILLA, que a su vez tenía un contrato de agente colaborador con Banco Meritel. En este sentido, lo primero que debemos analizar es si se puede considerar a la autora de los hechos como una persona *sometida a su autoridad* con respecto a Banco Meritel, en los términos del artículo 31 bis 1 b) CP y, consecuentemente, susceptible de provocar responsabilidad penal de la entidad bancaria.

Como ya se ha expuesto, la doctrina viene considerando que podrán ser autores que vinculen penalmente a la entidad todos aquellos que se hallen integrados en el *perímetro de su dominio social*, incluidos, por tanto, los subcontratados que estén bajo el ámbito de organización, vigilancia y control de los responsables de la empresa (GARCÍA-PANASCO MORALES 2019, p. 11). En este sentido, si bien la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en los supuestos de empleados que no tienen contacto directo con la mercantil principal, sí que ha resuelto sobre la responsabilidad civil subsidiaria en supuestos similares, anteriores a la reforma del año 2010. La analogía entre ciertos elementos del artículo 120.4º CP, que regula este extremo, y el art. 31 *bis* CP nos permiten prestar atención a las apreciaciones de los Tribunales a propósito de la RC ya que, a diferencia con este último, como decimos, sí que cuenta para su interpretación con jurisprudencia (RAGUÉS I VALLÈS 2017).

En tales pronunciamientos, el Tribunal Supremo establece que, para exigir la responsabilidad civil de la entidad por los hechos de los empleados, es necesario que se cumpla la condición de que el autor haya actuado con cierta dependencia con la empresa, dependencia que no se rompe por el mero hecho de que este se haya extralimitado en sus funciones (FJ 6º STS 707/2017 de 27 de octubre y FJ 3º STS 105/2018 de 1 de marzo). Ello tampoco significa que la entidad deba responder por todos los actos del empleado, sino que habrá que atenderse a las circunstancias del supuesto concreto, teniendo especialmente en cuenta datos tales como el espacial, temporal, instrumental, formal o final (STS 260/2017 de 6 de abril).

A estos efectos, resultaría esencial también conocer las circunstancias en que las víctimas suscribieron los contratos, en el sentido de si entendieron que los mismos se estaban celebrando con Banco Meritel, o con INMOZEVILLA. En relación con ello, debemos señalar que si bien inicialmente podría parecer que la Sra. Sánchez no está directamente vinculada con el Banco, no es menos cierto que, a efectos materiales, la misma trabajaba efectivamente en nombre de la entidad. Tanto es así, que llevaba a cabo su actividad laboral y, al menos, dos de las estafas, dentro de una sucursal que tenía un letrero oficial del Banco. Resulta reseñable la STS 252/2017 de 6 de abril, en la que se condena a la entidad principal por los actos cometidos por un trabajador de

una empresa con la que tenía un contrato de colaboración, en base no solo al principio tradicional de culpa *in vigilando* o *in eligendo*, sino conforme a la teoría del riesgo, por el principio *qui sentire commodum, debet sentire incommodum*. El Alto Tribunal viene a entender que este tipo de contratos beneficia tanto a la entidad principal, al no tener que disponer de sus propios recursos para crear una red de difusión de su producto, como al distribuidor, porque opera por cuenta propia con *independencia jurídica*. Así, el concesionario actúa con cierta libertad, pero siguiendo las instrucciones de la entidad principal, resultando desde el punto de vista material que el mismo representa los intereses del concedente cuyos negocios gestiona.

Ante esto lo único que podría tratar de alegar Banco Meritel en su defensa es que en el momento en que se llevan a cabo tales actuaciones fraudulentas, la relación con INMOZEVILLA y, por ende, con la Sra. Sánchez había cesado. Sin embargo, lo cierto es que la misma continuó acudiendo a las oficinas con el conocimiento de ambas empresas, donde desarrolló parte de la actividad delictiva. En relación con ello, el TS tiene dicho que en la *configuración de la dependencia* que de la que trae causa responsabilidad de la persona jurídica¹, se integran situaciones no sólo jurídicas, sino también de hecho tales como la amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito y de funcionalidad (nuevamente STS 252/2017 de 6 de abril). De conformidad con ello, el hecho de que Banco Meritel conociera que tanto la entidad como la Sra. Sánchez continuaban desarrollando la actividad en su nombre, sin interponer la correspondiente denuncia hasta 2 meses después de descubrir los hechos delictivos, podría dar lugar a afirmar la existencia de tal vinculación y dependencia, generando la responsabilidad penal para la empresa. Máxime cuando en ningún momento por parte de Banco Meritel se le reclama a INMOZEVILLA la retirada del letrero oficial del Banco.

Debemos traer a colación nuevamente la STS 105/2018, en la que se justifica la condena como *responsable civil subsidiario* a una entidad bancaria por los hechos llevados a cabo por un agente colaborador, precisamente, porque «el afán de la

¹ Responsabilidad civil, si bien entendemos que el TS podría realizar una extrapolación de este concepto a la hora de valorar la RPPJ, a causa de la analogía ya señalada.

entidad Banesto y sus responsables de dar apariencia de normalidad aun ahonda más en la afirmación de la responsabilidad civil de la entidad, pues consintieron una apariencia externa de legitimidad en la actuación del acusado con terceros, tanto antes del cese por no haber ejercido unos controles rigurosos, y después del cese por pretender encubrir lo que se presumía (...)» (FJ 3º STS 105/2018 de 1 de marzo). Aplicando este fundamento al supuesto examinado, vemos que el Banco en ningún momento les comunica a sus clientes las incidencias sufridas e incluso, como hemos señalado, permite que la agencia colaboradora continúe desempeñando sus funciones pese a haberse resuelto el contrato, extremo que tampoco les fue comunicado a los clientes.

Por todo ello, no resultaría extraño que en un eventual procedimiento judicial pudiese establecerse ese vínculo necesario entre la Sra. Sánchez y el Banco Meritel, sin perjuicio de tratar de desacreditarlo con las alegaciones que hemos expuesto.

Podría tratar de argumentarse también por la acusación que estamos ante un delito cometido por los directivos, en tanto siempre que se comete un delito de empleado es precisamente por la falta de control imputable a los primeros. Sin embargo, esta afirmación conduciría inevitablemente a entender que en todos los casos se responsabilizaría penalmente a la persona jurídica por la vía del artículo 31 *bis* 1 a). No obstante, como bien señala VILLACORTA HERNÁNDEZ (2019, p. 5), para imputar a la persona jurídica los delitos de los subordinados hay que «acreditar que se ha omitido por parte del gestor, bien de forma directa, bien a través de la cadena de delegaciones que se haya podido prever a tal fin, el control debido respecto de su actividad». Continúa el autor especificando que, sin embargo, en el segundo caso, el gestor no resulta responsable de la infracción penal -supuesto que se encuadraría en el art. 31 *bis* 1 a) CP- sino que se hará responsable a la persona jurídica por los ilícitos que el subordinado haya podido cometer, únicamente cuando sea atribuible a tal gestor la omisión del control debido sobre su actividad.

Esto ocurriría, como indica DEL ROSAL BLASCO (2018n) por ejemplo, en el caso de delegación de competencias en un órgano de la persona jurídica, con poderes autónomos de iniciativa y control, lo que transfiere esa posición de garante al

delegado. Ello, con todo, no hace desaparecer la posición de garantía del delegante, sino que esta pasa a ser, en palabras del propio autor, «secundaria o residual».

Entendemos que lo anterior es de aplicación al supuesto examinado, en tanto si bien existe una vinculación entre la Sra. Sánchez y Banco Meritel, como se ha analizado, no es menos cierto que ésta dependía directamente y se encontraba bajo las órdenes y el control directo de la sociedad INMOZEVILLA, que es quien en definitiva infringe ese deber de vigilancia. Por otro lado, la relación entre INMOZEVILLA y Banco Meritel trae causa de un contrato de agente colaborador, donde la primera entidad es un mero mediador de la segunda, sin que tenga Banco Meritel control ni autorización para tomar decisiones en su nombre, ni tenga facultades de organización y control dentro de la misma. INMOZEVILLA es, por tanto, una entidad jurídica con poderes de organización propios, sin que su actuación suponga responsabilidad para Banco Meritel por delitos de directivos, ya que tal responsabilidad vendría, en todo caso por vía del art. 31 *bis* 1 b).

Establecido por tanto que es posible que se aprecie la comisión de un delito por un subordinado de Banco Meritel, al apreciarse la relación de dependencia de la autora de los hechos con la entidad, y entendiendo que ha llevado a cabo los mismos por cuenta de ésta², debemos verificar si tales hechos se han realizado en *beneficio* de la sociedad. Como ya hemos expresado, el beneficio para la persona jurídica puede ser directo o indirecto, y lo fundamental a estos efectos es que la conducta delictiva sea, *ex ante*, idónea para provocarlo. Resultará esencial, por tanto, determinar qué elementos del hecho delictivo son relevantes para establecer su capacidad de beneficiar a la entidad, para lo que RAGUÉS I VALLÈS (2017) propone diferenciar entre dos grupos de supuestos, en función de si cabe o no sostener la existencia del beneficio.

Siguiendo los criterios de este autor, en el primer grupo encontramos que son objetivamente aptas todas aquellas conductas que, previsiblemente conlleven la obtención de un incremento patrimonial determinado, o evitar una disminución del

² En tanto la conducta se ha realizado, como ya hemos indicado, en el marco de la actividad propia de la sociedad, otorgando contratos de depósito, característicos del sector bancario.

mismo; aquellas que supongan la obtención de ventajas competitivas o reducir una posición de desventaja, así como aquellos comportamientos que sean consecuencia de la política de la entidad consistente en tolerar actuaciones ilícitas. Incluso, en su opinión, podría defenderse que los delitos son imputables a la persona jurídica en tanto se han cometido en el contexto de su *actividad normal*, por lo que en general le beneficiarán –más allá de que sea esperable obtener algún tipo de ganancia de la concreta operación–. En contraposición, no concurrirá una actuación en beneficio de la entidad cuando se cometan delitos en el contexto de actividades necesarias para la consecución del fin de la persona jurídica, pero no sea esperable ninguna ventaja para ésta.

En el presente caso, partimos de la base de que los contratos suscritos no son falsos, sino que se ha hecho uso de documentos verdaderos del Banco (ya que nada se nos dice al respecto), desconociendo qué hace la Sra. Sánchez con los mismos una vez obtenido el dinero de los clientes. En este punto, podría interpretarse como beneficio para Banco Meritel que las víctimas, antes de conocer el engaño, recomendaran tales depósitos a otros sujetos, logrando la entidad suscribir más contratos, aumentando la cartera de clientes. Sin embargo, como la Sra. Sánchez continuó trabajando en la oficina, lo más probable sería que la única que saliera beneficiada del *boca a boca* fuera ella misma, que aprovecharía tal situación, aumentando el número de víctimas de su estafa.

Desechada esta hipótesis, únicamente podríamos entender que existe beneficio si la denunciada introdujera los datos de las víctimas como si efectivamente hubieran suscrito un contrato real con la entidad, dando una apariencia de crecimiento a la misma, lo que podría dar lugar a una mejora de las condiciones de la estafa, así como a lograr ciertas ayudas o subvenciones condicionadas por tal circunstancia. Sin embargo, como analizaremos más adelante, no es esta la conclusión que alcanzamos a la vista de las circunstancias en que se producen los hechos, sino todo lo contrario.

Deviene necesario analizar si el hecho de que la entidad ocultara las irregularidades para continuar con su actividad puede ser interpretado como beneficio, entendiéndolo no como una ganancia sino como una falta de pérdida de

la confianza de sus clientes. No obstante, no podemos olvidar que, a tenor de lo recogido en el art. 31 *bis* CP lo que tiene que ser idóneo para generar el beneficio es *el concreto hecho delictivo*. En este contexto, si examinamos la conducta de la Sra. Sánchez, ninguno de los actos típicos (el engaño a los clientes, el traspaso patrimonial) es apto para reportar beneficio de ningún tipo a Banco Meritel, en tanto ese actuar, esa puesta en escena que realiza la entidad es una acción propia y unilateral de la persona jurídica.

Asumir un concepto tan amplio de *beneficio indirecto* como el que sostiene algún sector doctrinal, que incluya la mera evitación de perjuicios a la sociedad, supondría una interpretación extensiva en tanto conllevaría exigir responsabilidad penal a las entidades por cualquier actuación llevada a cabo por las personas físicas que se encuentran dentro de su ámbito de control social. Es más, incluso podría dar lugar a criminalizar acciones *a futuro*, que no dependen directamente de ellas, tales como las actuaciones de los clientes que hemos reseñado con anterioridad.

Por tanto, en nuestra opinión, el hecho de que la Sra. Sánchez estafe a los clientes del Banco no supone ningún tipo de beneficio (ni económico, reputacional o de otro tipo) a la entidad. Se trata de un negocio paralelo que lleva a cabo la denunciada, y que incluso podría causarle perjuicios tanto reputacionales como económicos a la empresa en el sentido de que, una vez se descubren las estafas, el nombre de la persona jurídica se va a ver involucrado en un procedimiento penal y puede que, por esta razón, se vea obligada a devolver las cantidades defraudadas a las víctimas para tratar de reducir tal des prestigio, con la proporcional minoración patrimonial que ello le conllevaría.

Todo ello nos va a llevar a no poder sostener que se cumple este requisito objetivo, por lo que, consecuentemente, entendemos que no se va a poder apreciar la imputabilidad de Banco Meritel por los delitos de estafa.

A pesar de lo expuesto, si bien entendemos que no podría exigirse responsabilidad penal a Banco Meritel por los hechos examinados al faltar el requisito del beneficio para el ente, somos conscientes que se ha producido una ausencia de diligencia palmaria en la entidad, en tanto se han obviado las más mínimas medidas de control tanto sobre INMOZEVILLA como sobre la Sra. Sánchez, teniendo

conocimiento de las irregularidades cometidas anteriormente por la empleada. En consecuencia, ello será analizado a efectos de determinar la eventual responsabilidad civil subsidiaria de la entidad en el apartado correspondiente.

1.2. Posibles estrategias de defensa

Como hemos comenzado indicando, lo cierto es que al analizar el supuesto planteado nos encontramos que, a consecuencia de la juventud de la reforma penal en este ámbito, los Tribunales no han tenido ocasión de pronunciarse sobre supuestos similares. Es precisamente por ello que, a pesar de que a lo largo de nuestra exposición hemos ido indicando posibles alegaciones para evitar la llamada de la sociedad a un procedimiento penal en condición de investigada, con el fin de proporcionar un asesoramiento lo más completo posible a la entidad vamos a plantearnos el peor escenario posible, esto es, la imputación formal de la persona jurídica por los delitos cometidos por la Sra. Sánchez. Debemos señalar, en primer lugar, que la estrategia de defensa inicial será «de negación» (DEL ROSAL BLASCO 2018p, p. 2), rechazando la vinculación de Dª. María Sánchez con la entidad, arguyendo que la actuación la llevó a cabo fuera del ámbito de la empresa, así como que los hechos se llevaron a cabo en su propio beneficio, pero no en el de la entidad. No obstante, de manera preventiva, hay ciertas actuaciones que se pueden llevar a cabo al mismo tiempo, para tratar de paliar las consecuencias en el caso de que tales argumentos no fueran aceptados.

Consecuentemente, y sin perjuicio de reiterar las alegaciones negando la responsabilidad ya expuestas, vamos a centrarnos ahora en las posibles circunstancias atenuantes o eximentes aplicables a la entidad.

1.2.1. Atenuantes y/o eximentes

El propio art. 31 *bis*, en sus apartados 2-5, prevé un listado cerrado de circunstancias que pueden llegar a eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica. Para el caso de los delitos cometidos por los subordinados, como en el supuesto planteado, Banco Meritel no respondería si, antes de que se hubiera cometido el delito, tuviera «adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de

organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión», tal y como recoge el art. 31 *bis* 4º CP. En este sentido, desconocemos si Banco Meritel posee un programa de cumplimiento conforme a los requisitos establecidos por el Código Penal en tanto nada se nos dice al respecto. Por ello, debemos entender que la entidad carece de un modelo de gestión implantado a la fecha de los hechos, desechando consecuentemente la opción de la eximente expuesta.

No obstante, el art. 31 *quater* CP establece las siguientes cuatro acciones que puede llevar a cabo la sociedad posteriormente a la comisión del delito, y que podrán ser consideradas como circunstancias atenuantes de su responsabilidad:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Colaborar activamente en la investigación de los hechos, aportando pruebas.
- c) Reparar o disminuir el daño causado antes del juicio oral.
- d) Establecer, antes del juicio oral, medidas eficaces de descubrimiento y prevención de los delitos que puedan ser cometidos a futuro.

De lo anterior observamos que únicamente va a poder atenuar la persona jurídica su responsabilidad penal con actos posteriores a que se haya cometido el hecho delictivo, basándose esta atenuación, por tanto «en criterios de arrepentimiento y colaboración procesal» (FERNÁNDEZ PERALES 2017, p. 4). Como bien indica VILLACORTA HERNÁNDEZ (2019, p. 7), estas cuatro circunstancias «responden al fenómeno de la autorregulación regulada», por la que «el Estado permite una autorregulación de las empresas a cambio de que se hagan responsables de las consecuencias derivadas de dicha autorregulación».

Con respecto a la confesión, entendemos que en este caso Banco Meritel con la interposición de la denuncia no está cumpliendo con lo exigido, en tanto no asume su responsabilidad en los hechos sino que atribuye los delitos cometidos a Dª. María y a INMOZEVILLA. Por otro lado, no contemplamos esta opción como la más acertada para lograr la atenuación de la pena, ya que existen otros mecanismos de lograr una rebaja de la eventual condena sin tener que reconocer directamente los hechos, como la colaboración que analizaremos a continuación.

En relación con la reparación del daño, se trata de una atenuante genérica que se viene aplicando tradicionalmente en el CP a las personas físicas, por lo que al ser de igual aplicación aquí no vamos a analizarla en detalle. Simplemente señalar que entendemos conveniente que la entidad, pese a defender su absolución en el eventual procedimiento, lleve a cabo, por ejemplo, la devolución de las cantidades defraudadas por la Sra. Sánchez a sus clientes, a fin de que se tenga en cuenta esta acción si es que finalmente se le exigen responsabilidades penales por estos hechos.

Llegados a este punto, sí que vamos a detenernos un poco más, por entender que las mismas son las que mejor aplicación tendrían en el supuesto planteado, en las dos últimas actuaciones: la colaboración y el programa *compliance*.

A) Colaboración

Como adelantábamos, la colaboración activa por parte de Banco Meritel en la investigación de los hechos resulta, a primera vista, una manera adecuada de lograr una rebaja de la sanción penal para la propia persona jurídica. Este fomento de la colaboración por parte del legislador deriva, precisamente, de que la complejidad estructural de las empresas «supone un claro obstáculo en las tareas de prevención y descubrimiento de las conductas ilícitas que pueden llegar a cometerse en su seno» (ORTIZ-PRADILLO 2019, p. 5). Consecuentemente, y conscientes de las dificultades de las autoridades para esclarecer los delitos cometidos a través o en el seno de empresas, se incentiva la colaboración eficaz de las personas jurídicas, a fin de que las mismas faciliten la persecución y enjuiciamiento de estos hechos mediante una «actividad de vigilancia e investigación» (BAGIGALUPO 2011, p. 94).

De esta manera, ello podría resultar beneficioso para Banco Meritel, en el sentido de que, si realiza una investigación interna para depurar las responsabilidades de los delitos, y posteriormente la entrega a las autoridades, podría suponer una atenuación considerable de su responsabilidad penal. Incluso, si realiza la investigación de forma previa a incoación del procedimiento penal, incorporando el informe al inicio del mismo o incluso haciendo una ampliación de la denuncia y aportándolo, entendemos que podría incluso resultar ser una eximente

de su responsabilidad si en su resultado todo apunta a que la misma no colaboró ni permitió de forma alguna la comisión de los delitos.

En este sentido, en nuestra opinión, además de la colaboración eficaz con las autoridades una vez iniciado el procedimiento con el fin de atenuar la posible pena, resultaría conveniente que la entidad comenzara de forma inmediata su propia investigación interna a fin de poder sostener, en todo caso, la ausencia de su responsabilidad penal.

B) Programa *Compliance*

EL Código Penal establece como atenuante el establecimiento previo al juicio oral de medidas eficaces de descubrimiento y prevención de los delitos que puedan ser cometidos a futuro. Esta última causa de atenuación es una referencia específica a la figura *programas de autorregulación corporativa para prevenir el delito*, cuya instauración, indica VILLACORTA HERNÁNDEZ (2019, p. 7), «requiere un cambio en la cultura organizativa». Esta circunstancia atenuante, tal y como señala BACIGALUPO ZAPATER (2011), trata de compensar, si bien parcialmente, el defecto en la organización que hizo posible la comisión del ilícito imputable a la persona jurídica. Asimismo deja patente, una vez más, la tendencia hacia la privatización a la que ya hemos hecho mención, en tanto se está incentivando que sean las propias empresas las que se ocupen de implementar los programas *compliance*, aunque sea *a posteriori*.

Sería conveniente por tanto que Banco Meritel desarrollase un programa de prevención de delitos conforme a los requisitos legalmente establecidos, de manera que pueda suponer una causa de rebaja de las consecuencias penales. En este sentido, tal y como indica DEL ROSAL BLASCO (2018p, p. 2) es esencial la manera en que se aporta el programa de prevención ante el Juzgado, «porque en ocasiones es preferible decir que no existía el programa y que estamos trabajando en uno, para acogernos a la atenuante sin desacreditar nuestra posición».

En relación con ello, el propio CP en su artículo 31 *bis* 5 recoge los criterios generales que deben seguir estos modelos de organización y gestión para poder dar

lugar a la exención o, como en este caso, a la atenuación de la pena y que, según SAURA ALBERDI (2019), son los siguientes:

- Diseñar un *mapa de riesgos* identificando las actividades donde pueden cometerse los delitos que deben ser prevenidos.
- Establecimiento de *medidas de prevención* una vez detectados los riesgos, tomando las decisiones e implantando las medidas necesarias para evitar, precisamente, la comisión de dichos delitos.
- Realizar una *previsión financiera*, destinando los recursos financieros necesarios para adoptar las medidas preventivas eficaces para evitar o impedir la comisión de los delitos.
- Implantar un *canal de denuncias*, imponiendo a todos los miembros de la organización la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos del programa de prevención.
- Crear un *Órgano de Cumplimiento* que, entre otros deberes, será quien gestione la información del canal de denuncias.
- Establecer un *sistema disciplinario* que sancione de forma adecuada los incumplimientos de las medidas establecidas.
- Llevar a cabo una *revisión y adaptación permanente del modelo*, verificándolo periódicamente y modificándolo cuando se manifiesten infracciones relevantes, o se produzcan cambios en la organización que los hagan necesarios. Igualmente habrá de adaptarse el modelo a las reformas legales o jurisprudenciales que puedan tener incidencia en el programa implementado.

Descendiendo al caso concreto, además del resto de elementos necesarios del Programa Compliance, Banco Meritel debería de tener implementadas ciertas medidas dirigidas a evitar o descubrir la comisión de delitos como los aquí examinados, dada cuenta de que existen riesgos inherentes al desarrollo de su actividad económica. Tales medidas, que no fueron adoptadas en su día, habrán de establecerse de forma efectiva a la mayor brevedad, para que puedan suponer una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de la entidad. En este sentido, un claro ejemplo de tales medidas preventivas podría ser implementar la realización periódica de auditorías (mensuales, trimestrales... etc.) de las sucursales y otras

empresas colaboradoras, de forma que lleven un control de lo que sucede en las mismas. Igualmente, podría establecerse la obligatoriedad de que estas entidades adopten, previamente a su contratación, el Código de Conducta desarrollado por Banco Meritel; o implantarse la exigencia de contratar únicamente con empresas que tengan implementado su propio programa de prevención, adecuado a la actividad desarrollada.

Segundo. En relación con la sociedad INMOZEVILLA

2.1. Imputabilidad de la persona jurídica

2.1.1. Marco teórico RPPJ

En relación con el marco teórico sobre la regulación legal de la RPPJ, en principio, a INMOZEVILLA le resulta de aplicación lo expuesto en el apartado correspondiente a Banco Meritel con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de los subordinados. Sin embargo, debemos examinar si la regulación para los delitos cometidos por los directivos, le es aplicable, derivado de lo anterior, por incumplimiento del deber de vigilancia sobre los subordinados.

Como bien hemos comenzado señalando, el modelo de atribución de RPPJ establece dos vías de imputación, siendo el primer nivel cuando los delitos sean cometidos por sus representantes legales, o aquellos con facultades de organización y control dentro de la entidad; y el segundo, por los actos cometidos por los subordinados, (y que ya ha sido analizada en el apartado referente a Banco Meritel). No obstante, existen supuestos en que, si bien el acto ha sido realizado por la persona física subordinada, al haberse realizado el mismo incumpliendo los deberes de control y vigilancia por parte de los directivos, ello podría llevarnos también a considerar a estos como autores. Así lo defiende MENA VILLEGAS (2019, p. 115), cuando manifiesta que esta segunda categoría del superior jerárquico en posición de garante recaería «dentro de la categoría de imputación basada en la comisión por omisión en el ámbito empresarial».

Ello es así porque la actuación del subordinado requiere que «antes de alcanzar la responsabilidad de la persona jurídica, que el delegante haya incumplido

su deber de garante inicial», por lo que se estaría ante «una responsabilidad objetiva como la del apartado primero del número 1 del 31 *bis* pues en este caso existirá la comisión de un delito por el Jefe o directivo, por omisión» (CHOCLÁN MONTALVO 2016, p. 16). Consecuentemente, la responsabilidad penal de la persona jurídica entonces no se realizaría por medio del art. 31 *bis* 1 b), sino por el apartado a).

Tal y como señala DEL ROSAL BLASCO (2018n, p. 3) «los problemas surgen a la hora de determinar en qué casos también se puede afirmar que el órgano o el directivo ha *cometido* un delito cuando el ejecutor material de este ha sido un empleado», encontrándonos por tanto ante un supuesto del art. 31 *bis* 1 a) ya que el delito lo comete el empleado, pero también el directivo por omisión. Como decíamos, la dificultad estará en determinar «cuándo es responsable el empleado sin concurrencia de la responsabilidad del directivo» (CHOCLÁN MONTALVO 2016, p. 16), cuya responsabilidad procedería precisamente de la no evitación de la conducta de los subordinados. No podemos olvidar que lo expuesto conllevaría también la responsabilidad no ya de la persona jurídica por la comisión por omisión del delito por parte del directivo, sino de la propia persona física que comete ese incumplimiento grave.

Con carácter general, los administradores tienen un deber de garante sobre el actuar de sus subordinados (RAGUÉS I VALLÈS 2017) que se materializa en dos direcciones: *ad intra*, consistente en evitar resultados lesivos para la propia empresa; y *ad extra*, tendente a evitar resultados lesivos para terceros. Tal y como indica FERNÁNDEZ CASTEJÓN (2019 p. 2), «el hecho de que el Estado ha dejado en cierta medida en manos de las organizaciones la prevención de los actos delictivos que pudieran incurrir en el seno de la misma y pudieran tener consecuencias *ad extra*», también es una muestra de la «tendencia hacia la privatización de la prevención del delito en el ámbito empresarial». En este sentido podemos encontrar recientes Sentencias del TS que precisamente abogan por la pertinencia de tener programas de prevención de criminalidad tanto *de la empresa*, como *en la misma*. Claro ejemplo de ello es la STS 35/2020 de 6 de febrero, que incide en la importancia de implantar programas de cumplimiento normativo en las entidades, tanto para evitar la eventual

RPPJ en los delitos *ad extra* donde es un tercero el sujeto pasivo, como para impedir las estafas, apropiaciones indebidas, etc., cometidas *ad intra*.

En consonancia con lo expuesto, la Circular FGE 1/2016 instruye a los miembros del Ministerio Fiscal a que acusen a la persona jurídica por ambos títulos de imputación, puesto que, en palabras de la propia Fiscalía, «se origina así la simultánea concurrencia de los dos criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica: por un lado, el de la letra b), por el delito cometido por el subordinado, y, por otro lado, el de la letra a), por el delito implícito en el incumplimiento grave de sus deberes por las personas incluidas en este apartado».

En relación con el deber de control, DE LA MATA BARRANCO (2018) interpreta que el contenido del art. 31 *bis* 1 b) exige que los directivos de la persona jurídica implementen medidas razonables de control y administración. Por tanto, esa concreción de las obligaciones del deber de control estará condicionada a la estructura y composición de la persona jurídica, pudiendo en el caso de aquellas de pequeñas dimensiones, ejercer las funciones de vigilancia y control el propio órgano de administración, a tenor de lo recogido en el art. 31 *bis* 3 CP (AGUDO FERNÁNDEZ *et al.* 2016). Consecuentemente, deberá analizarse cada caso concreto atendiendo a qué se entiende por ese incumplimiento grave, para poder apreciar la comisión del delito por omisión por parte de la persona del directivo. De esta misma opinión es VILLACORTA HERNÁNDEZ (2017, p. 7), cuando señala que «el “debido control” constituye un concepto normativo que habrá de dotarse de contenido valorativamente a través de la actividad probatoria y en contacto con las circunstancias concurrentes en cada caso». En relación con ello, afirma BARDAVÍO ANTÓN (2020) que si bien la persona jurídica tiene deber de control, éste solo es con respecto a *riesgos específicos*, por lo que aquellos que sean abstractos deben quedar fuera del ámbito penal, relegados al ámbito civil o a la jurisdicción administrativa-sancionadora.

Únicamente puede ser responsabilizado por no haber evitado un resultado aquel a quien la ley le impone un *deber jurídico de evitación*. Por tanto, la mera evitabilidad de un resultado no es suficiente para imputar el resultado de lesión, sino que, tal y como sostiene CHOCLÁN MOTALVO (2016, pp. 16-17), «lo esencial para

distribuir responsabilidades no es la mera causalidad o la evitabilidad, sino si la no evitación del daño forma parte de sus competencias». A mayor abundamiento, debemos de poder determinar que, de no haberse producido la conducta omisiva o, lo que es lo mismo, de haberse producido la acción debida, se hubiera evitado el delito cometido por el subordinado. Señala acertadamente DEL ROSAL BLASCO (2018n, p. 9) que este tipo de omisiones «se suelen concretar, generalmente, a través de pasividades ante la presencia de indicios», aunque también puede suceder que se produzca una dejación total de los deberes por parte del obligado a ello.

Entendiendo, por tanto, que el órgano o el directivo han cometido el delito (si bien por omisión), procede analizar ahora si concurren los requisitos exigidos para establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica por esta vía. En primer lugar, debemos determinar quiénes son los sujetos que permiten la imputación de la entidad en este primer medio, para lo que el art. 31 *bis* 1 a) nombra una serie de sujetos cuyo rasgo común, según DE LA MATA BARRANCO (2018, p. 140), es el «poder de mando o capacidad de dirigir a la persona jurídica».

En el caso de los «representantes legales» a los que hace alusión el citado precepto, la doctrina tiene establecido que tendrán tal consideración aquellos sujetos que ejercen tanto la representación orgánica, como aquella representación voluntaria dentro de las facultades que les ha otorgado la persona jurídica (DEL ROSAL BLASCO, 2018n). A este respecto GÓMEZ TOMILLO (*vid.*, MENA VILLEGAS 2019, p. 118) afirma que se entiende por representante legal «aquel sujeto que formalmente tenga poder de vincular jurídicamente a la entidad con sus decisiones, con independencia del título en virtud del cual posea tal capacidad». Con respecto a las personas «autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica», se refiere a quien tiene facultad de gestionar la entidad, teniendo un control sustancial sobre la misma. Y, por último, en relación con las personas «con facultad de organización y control», serán aquellas que, dentro de sus concretas atribuciones, tienen capacidad de gestionarla. Como bien indica DEL ROSAL BLASCO (2018n, p. 2) quiénes pueden ser incluidos entre estos dos últimos supuestos va a depender de la propia estructura y dinámica de la empresa, debiendo analizarse casuísticamente

«para ver, en concreto, cuáles son las atribuciones del cargo que desempeña el individuo».

Para que se entienda que el actuar de estas personas genera responsabilidad para la entidad, habrá de realizarse en nombre o por cuenta de esta, de forma similar a lo que ocurre con los delitos de los subordinados. Ello va a suponer que la conducta ha de llevarse a cabo en el marco de sus funciones, aunque esté vulnerando las obligaciones propias de la empresa. Es decir, aunque se produzca una extralimitación, si el administrador o directivo ha actuado en el ámbito de sus competencias, se puede aceptar que ha obrado en nombre o por cuenta de la entidad siempre que su actuación se haya producido en el seno de la persona jurídica, y dentro de su marco estatutario (DEL ROSAL BLASCO 2018n).

La expresión *en nombre de la persona jurídica* supone un reconocimiento a la capacidad de representación que posee la persona física con respecto a la entidad, con capacidad de obligarle, y a cómo se presenta el sujeto frente a los terceros; mientras que *la actuación por cuenta* se centra no en *cómo* se presenta a terceros, sino en el hecho de que controle un determinado ámbito de competencias que le ha sido delegado de manera efectiva (RAGUÉS I VALLÈS 2017). Ello sin embargo no resulta suficiente, sino que nuevamente debemos comprobar si tales hechos cometidos por cuenta y en nombre de la entidad, han sido en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. A estos efectos, nos remitimos a lo ya expuesto sobre este extremo en el epígrafe relativo a Banco Meritel.

2.1.2. Requisitos para la comisión del delito de estafa por la persona jurídica

En relación a los requisitos del delito de estafa en lo supuesto de comisión por la persona jurídica, lo aplicable a esta sociedad en el presente apartado coincide completamente con lo ya expuesto en el correspondiente a Banco Meritel, por lo que nos remitimos a lo allí referenciado a los efectos de evitar reiteraciones innecesarias.

2.1.3. Aplicación al caso concreto

Como ya se ha expuesto, las circunstancias de la sociedad INMOZEVILLA difieren de las ya analizadas en relación con Banco Meritel, en tanto en esta primera

entidad sí que se puede entender cometido el delito por el directivo, D. Juan Pérez ya que el mismo se trata del administrador único de la sociedad, ostentando el puesto de directivo y siendo quien goza de plenas facultades de gestión de la entidad. Como ya exponíamos, lo esencial a estos efectos es que se «detente de forma directa la competencia de tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o facultades de organización y control» (LLEDÓ BENITO 2018, p. 58).

Podría tratar de alegarse tanto por parte de INMOZEVILLA como de su representante que, en realidad, los actos los comete Dª. María Sánchez actuando por cuenta de Banco Meritel, sin que tenga por ello que responsabilizarse a esta segunda persona jurídica. No obstante, es innegable el vínculo entre la autora directa de los hechos y esta entidad, ya que es el propio Sr. Pérez quien la contrata en nombre de INMOZEVILLA, desempeñando esta sus labores en sus oficinas y bajo las directrices de su administrador que, no podemos olvidarnos, trabajaba literalmente *en el despacho de al lado*. Es por ello por lo que, siendo este el administrador único de la empresa directamente a cargo de esta trabajadora, entendemos que dependía de él ejercer las labores de control pertinentes.

Sin embargo, el mero hecho de ser administrador único de INMOZEVILLA no comporta directamente que el Sr. Pérez pueda ser considerado también autor del delito cometido por su subordinada, sino que, como señala el Tribunal Supremo, «además es preciso que el imputado incurra en una acción u omisión, siempre que en este último caso ocupe la posición de garante y se den los restantes requisitos del art. 11 CP que aparezca recogida en el tipo delictivo que se le atribuye»(FJ 6º STS 455/2017 de 21 de junio). En este sentido, los requisitos jurisprudencialmente exigidos para apreciar la comisión por omisión en los delitos de estafa por la persona física serían, tal y como señala MOLINA FERNÁNDEZ (2019), en primer lugar, que la infracción penal traiga consigo la producción de un resultado, lo que en este tipo de delitos resulta evidente. En segundo lugar, que el no evitar el resultado por parte del sujeto activo sea equivalente en el sentido de la ley a su causación, lo que en el delito de estafa supone que el no actuar del agente sea la causa del acto de disposición. Por último, el no evitar el resultado debe ir acompañado de una «infracción de un especial deber jurídico del autor» (FJ 1º STS 1058/2010 de 13 de diciembre).

En el presente supuesto está claro que la producción del resultado se ha materializado en los 20.000€ que obtuvo la Sra. Sánchez a causa de su engaño, así como que el hecho de que el Sr. Pérez no lo impidiera, equivale a la causación del mismo. En relación con la infracción de un especial deber jurídico del autor, ya se ha visto que en el ámbito de la empresa el administrador ostenta una posición de garante con respecto de los actos de sus empleados (DEL ROSAL BLASCO 2018o), suponiendo una infracción de deber de control por su parte si «recibiesen noticia de que se está cometiendo un delito por parte de un subordinado y, a sabiendas, no hiciesen nada para impedirlo» (DE LA MATA BARRANCO *et al.* 2018, p. 145). Igual postura mantiene DEL ROSAL BLASCO (2018n) cuando expone que lo normal será que este tipo de supuestos se produzcan cuando, ante indicios de que se está incurriendo en un delito por parte de un empleado, el superior no actúe.

Si bien podría alegarse por el Sr. Pérez que desconocía que la Sra. Sánchez fuera a cometer esos hechos y que la comisión por omisión imprudente en los delitos de estafa es atípica³ en virtud del art. 12 CP, lo cierto es que su actuar no puede entenderse que haya sido *imprudente*, sino que, incluso, podría calificarse como *negligente* al incumplir de forma consciente el deber de vigilancia sobre su empleada, cuando tenía conocimiento de las irregularidades que ésta había realizado con anterioridad y que, precisamente, habían traído causa de la rescisión de su contrato con Banco Meritel. No puede negarse que, ante ello, lo más adecuado hubiera sido no permitirle tener contacto con los clientes ni con el patrimonio de los mismos o, cuanto menos, ejercer una debida vigilancia y control en aras a evitar que se produjeran nuevos delitos. Sin embargo, nada de ello se lleva a cabo por la entidad ni por el administrador, lo que resulta a todas luces susceptible de catalogarse como un incumplimiento grave de sus deberes de vigilancia y control. El S. Pérez sabe que es su deber velar por el correcto ejercicio de la actividad de la mercantil y tiene efectivamente capacidad de evitar la comisión de cualquier delito, máxime teniendo

³ En este sentido, cabría argumentar igualmente que el Sr. Pérez es responsable en comisión por omisión del delito de apropiación indebida, pero entendemos que en ese primer momento su actuación no sobrepasa la mera imprudencia puesto que, al contrario que ocurre aquí, entonces nada le hacía dudar de su empleada. Por ello, como la imprudencia no está contemplada para el delito de apropiación indebida puesto que se requiere dolo y ánimo de apropiación, la comisión por omisión imprudente sería en todo caso atípica.

en cuenta que en la oficina únicamente trabajaban él mismo y la autora de tales delitos. Pese a ello, decide de forma voluntaria y consciente omitir cualquier medida de control sobre su empleada.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar que el Sr. Pérez podría ser considerado, en principio, autor en comisión por omisión del delito de su empleada, lo que nos hace examinar a continuación si ello conlleva también la exigencia de responsabilidad penal para INMOZEVILLA, por el delito cometido por su administrador.

En relación con lo anterior, no cabe duda de que el Sr. Pérez entra dentro de la categoría que DEL ROSAL BLASCO (2018n) denomina *directivos*. El mismo ostenta el cargo de administrador único de la sociedad, siendo quien ejerce de forma efectiva el control y la dirección de la entidad, actuando, consecuentemente, por cuenta y en nombre de la misma. Esto, a la luz del marco teórico expuesto a estos efectos, resulta palmario, por lo que no vamos a detenernos a analizarlo en profundidad. Igualmente, como hemos dicho, entendemos que el mismo ha omitido todo deber de control y vigilancia sobre sus empleados, estando obligado a actuar por su posición de garante, que también ha sido ya explicada. Por evitar reiteraciones innecesarias, simplemente insistir en que, en lo referente a las relaciones verticales, lo esencial para atribuir la RPPJ es la *competencia*, por lo que, aunque se tenga conocimiento del comportamiento ajeno, si se carece de competencia y facultades para actuar, no se va a poder exigir responsabilidad penal a la empresa.

Lo expuesto no es aplicable al supuesto examinado, teniendo en cuenta que el Sr. Pérez era el administrador único de una sociedad donde solamente desempeñaban la actividad él mismo y Dª. María, por lo que resulta innegable que tenía competencia para la vigilancia y control de los actos de la empleada. Consecuentemente, al no haber actuado pese a tener conocimiento y potestad para ello, resulta ser responsable de los delitos de estafa en comisión por omisión, lo que en principio abre la puerta de la responsabilidad penal de la entidad.

Sólo resta, por tanto, examinar el último de los requisitos que, de concurrir, supondría la responsabilidad de INMOZEVILLA por los delitos de estafa. Se trata nuevamente del beneficio directo o indirecto para la persona jurídica. Como ya se expuso anteriormente, la actuación debe resultar idónea *ex ante* para lograr el

beneficio para la persona jurídica, y no cabrá responsabilizar a la empresa en el caso de los delitos que solo logran el lucro de quien los realiza. Pues bien, tal y como indica RAGUÉS I VALLÈS (2017, p. 142), en relación con estafas realizadas por empleados del sector bancario, si el engaño se ha hecho sobre «las características de los productos que la propia entidad comercializa no existe duda de la aptitud del fraude para beneficiarla, pero la respuesta es menos clara cuando las inversiones se ofrecen en el marco de la actividad del sujeto para el Banco, pero al margen de sus productos».

Así, si bien podría defenderse que el trabajador ha abusado de la confianza que su puesto genera en clientes o incluso de la falta de diligencia de la propia entidad, su actuación no reporta beneficios al Banco. Es más, podría incluso argumentarse que, de haber actuado de cara a beneficiar a la empresa, habría procurado que las inversiones se realizaran en productos de la propia sociedad, y no de la forma fraudulenta y paralela como lo hizo. De esta manera, y al igual que ocurría con Banco Meritel, las estafas cometidas por la Sra. Sánchez no han provocado ningún tipo de beneficio a INMOZEVILLA, ya que llevó a cabo los hechos buscando, y consiguiendo, únicamente un beneficio propio. Consecuentemente, no puede sostenerse que por el hecho de que Dña. María Sánchez ofreciera productos bancarios, esté actuando en beneficio de la entidad, aunque el acceso a esos clientes lo haga por medio de su actividad profesional.

Si bien es cierto que podría interpretarse, al igual que ocurría con Banco Meritel, que el beneficio consistiría en un aumento aparente de la cartera de clientes con la posible mejora de las condiciones del contrato entre INMOZEVILLA y Banco Meritel, o incluso en la posibilidad de que las víctimas recomendasesen la adquisición de esos productos a otros sujetos, lo cierto es que nada nos induce a llegar a esas conclusiones, sino todo lo contrario. Así, realmente se estaría produciendo una pérdida de potenciales clientes para el negocio de la persona jurídica, que están siendo desviados por la actividad ilícita de la empleada. Llegados a este punto, debemos traer a colación el FJ 1º de la STS 455/2017 de 21 de junio, que rechaza la responsabilidad de la empresa, entre otras razones, porque «los comportamientos de la persona física (acusado), no se realizaron en beneficio directo o indirecto de la sociedad, como exige el art. 31 bis del CP, sino en todo caso en su perjuicio».

De nuevo debemos reiterar que establecer como punto de partida una postura de interpretación extensiva del concepto de *beneficio indirecto*, iría incluso en contra de la decisión de política criminal tomada por el legislador, ya que supondría exigir responsabilidad penal a las entidades por cualquier actuación llevada a cabo por las personas físicas que se encuentran dentro de su ámbito de control social. Es más, incluso podría dar lugar a criminalizar actuaciones *a futuro* que no dependen directamente de ellas, como hemos reseñado con anterioridad.

Consecuentemente, el que la Sra. Sánchez defraude a los clientes de la entidad no va a suponer ningún tipo de beneficio para INMOZEVILLA, al igual que no lo hizo para Banco Meritel. Igualmente, entendemos que su actuar no es idóneo, *ex ante*, para provocar que la empresa trate de mantener las apariencias de cara al público, puesto que ello es una decisión unilateral, posterior y propia de la entidad.

2.2. Posibles estrategias de defensa

Antes de entrar en profundidad a analizar las estrategias de defensa de la sociedad, debemos señalar que para el caso en que el Sr. Pérez fuera imputado, no en calidad de administrador, sino como persona física al haberse entendido que ha cometido los delitos de estafa por omisión, existirían intereses contrapuestos entre ambas partes. Las personas jurídicas gozan de los mismos derechos y garantías constitucionales que las personas físicas, tal y como se afirma en la STS 221/2016 de 16 de marzo. Ello va a hacer necesario que se nombre a un representante diferente a la entidad en aras a evitar que se le cause indefensión, tal y como recogen la STS 583/2017 de 19 de julio y la ya mencionada STS 154/2016, ya que el Sr. Pérez es el responsable de la imputación de la responsabilidad penal de INMOZEVILLA. En este sentido, la propia LECRim en el art. 119 hace referencia al *representante especialmente designado* de la persona jurídica, señalando que será con quien se practicará la comparecencia del art. 118. Por su parte, el art. 786 bis 1 LECRim también recoge esta figura para la representación de la entidad en el acto del Juicio Oral.

Al igual que ocurría en el caso de Banco Meritel, la estrategia inicial de esta empresa será la de negar el vínculo con la Sra. Sánchez, tratando de argumentar que

la *posición de garante* con respecto de ésta no la ostentaba INMOZEVILLA, sino la entidad bancaria; alegar la falta de beneficio para la misma... en definitiva, las manifestaciones que hemos ido realizando a lo largo del presente dictamen. Adicionalmente, debemos examinar las posibles circunstancias atenuantes o eximentes aplicables a esta persona jurídica que, ya adelantamos, coinciden esencialmente con las expuestas para la entidad bancaria.

2.2.1. Atenuantes y/o eximentes aplicables

Los presupuestos de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por los directivos se recogen, concretamente, en el apartado 2 del artículo 31 *bis* CP. La primera condición a que se hace referencia es a la adopción e implantación eficaz y previa a la comisión del delito, de un modelo de prevención de delitos adecuado para los riesgos de la compañía. Tal y como señala MENA VILLEGAS (2019, p. 143) este primer requisito «no solo está relacionado con la implementación *ex ante* a la comisión del delito de un programa de prevención de delitos, sino que refiere a la labor de identificación de riesgos». Es decir, INMOZEVILLA no podría considerarse responsable de los delitos cometidos por la Sra. Sánchez si hubiera contado con un programa *compliance* eficazmente implantado y ejecutado. Como nada se nos dice al respecto, entendemos que la entidad no contaba con un plan de prevención, que es el núcleo de la eximente referida, por lo que ésta no le podrá ser de aplicación en ningún caso, de forma que carece de sentido continuar analizando el resto de los requisitos de la misma.

Sin embargo, de nuevo debemos examinar las circunstancias atenuantes que el CP contempla, comunes para el supuesto de delitos cometidos tanto por los directivos como por los empleados, todas ellas posteriores a la comisión del acto delictivo: la reparación del daño, la adopción de medidas de prevención de delitos, la confesión del hecho antes del inicio del proceso judicial, y la colaboración en la investigación. Como son coincidentes con las de Banco Meritel, nos remitimos a lo referido en su apartado correspondiente para evitar reiteraciones innecesarias.

No obstante, vamos a analizar la colaboración y el *compliance program* al entender que son las atenuantes que mejor encajarían en el supuesto analizado.

A) Colaboración

En el presente caso, también contemplamos como una buena opción que INMOZEVILLA lleve a cabo una investigación en el seno de su organización esencialmente por dos motivos. El primero, porque podría darse el caso de que en su propia investigación encontrara nuevos fundamentos en que basar la defensa de su no responsabilidad por los hechos cometidos por la Sra. Sánchez, y poder probar que tanto la organización como su administrador obraron con la diligencia debida sin incumplir sus deberes de control. Desde ahora adelantamos que, en nuestra opinión esta postura no resulta muy viable teniendo en cuenta que conocían las irregularidades de D^a. María y toleraron que continuara acudiendo a trabajar y siguiera disponiendo de los recursos del Banco.

En segundo lugar, porque dicha investigación, si aporta pruebas nuevas y decisivas para dirimir las responsabilidades, pueden suponerle una rebaja penológica. Nuevamente vemos que esta acción únicamente puede reportar consecuencias positivas, ya que la entidad no tiene obligación de entregar a las autoridades la información que consiga, pudiendo aportarla exclusivamente en el supuesto de que el resultado de esta le sea favorable.

B) Programa *Compliance*

Independientemente de las circunstancias anteriores, entendemos del todo conveniente que INMOZEVILLA desarrolle e implemente *de facto* un plan de prevención de delitos. Como ya indicábamos, el mero hecho de poseer un plan de prevención posterior al delito no es suficiente para atenuar la pena, sino que lo importante es que el mismo cumpla los requisitos legales y esté eficazmente implantado «antes del Juicio Oral, momento procesal donde se dará el principio de inmediatez y publicidad y se podrá explicar el programa de prevención» (LLEDÓ BENITO 2018, p. 56). Existe, sin embargo, un elemento del programa cuya concurrencia se exige para apreciarse como atenuante pero no para la eximente, que consiste «en que el modelo que se adopte haya de incluir medidas no solo para prevenir, sino también para *descubrir* los delitos que en el futuro puedan cometerse» (SAURA ALBERDI *et al.* 2019, p. 34). INMOZEVILLA habrá de tener en cuenta, por

tanto, este extremo a la hora de diseñar e implementar su programa, si quiere que el mismo posibilite la atenuación de la pena.

Ya hemos expuesto en el apartado correspondiente al programa de cumplimiento de Banco Meritel cuáles son los elementos nucleares con que debe contar todo plan de prevención a efectos, cuanto menos, de atenuación de la pena, por lo que nos remitimos al mismo para evitar reiteraciones innecesarias. Sin embargo, si nos gustaría hacer hincapié en que INMOZEVILLA debería implementar lo antes posible ciertas medidas de prevención y evitación de la comisión de delitos similares a los aquí examinados.

En este sentido, sería interesante implantar un control de depósitos y documental, de tal forma que se tenga en todo momento acceso y conocimiento de los contratos y la información sobre los productos ofertados por los empleados. Igualmente, debería programarse de forma periódica la realización de auditorías internas y/o externas a fin de conocer el estado de las cuentas bancarias, depósitos, etc. y demás servicios contratados por los clientes. Otra medida que debería implementarse, y que resulta esencial en el programa *compliance*, es un canal de denuncias, junto con la comunicación a los empleados de la obligatoriedad de denunciar los incumplimientos de los que tengan conocimiento. Paralelamente, se podría establecer que, a la hora de contratar, resulte imperativa la entrega de un manual de buenas prácticas junto con el Código de Conducta de la entidad, y programar posteriormente de forma habitual sesiones de formación y revisión.

Adicionalmente, y en relación con el delito de apropiación indebida, podría implantarse un sistema en el que para la realización de reintegros sea necesaria la firma mancomunada del empleado y un supervisor. Otra opción sería exigir la firma con certificado digital de los documentos que autoricen las retiradas de efectivo en las oficinas, así como para la contratación de servicios o productos con un programa específico de la entidad, de manera que se trate de evitar así que se generen situaciones como la de la tercera víctima de la estafa.

Tercero. En relación con Dª. María Sánchez

3.1. Imputabilidad de la persona física

Como indicábamos al principio de nuestro trabajo, los delitos cometidos por la Sra. Sánchez pueden diferenciarse en dos fases, correspondiendo a la primera los hechos cometidos sin conocimiento de las entidades; y a la segunda los hechos cometidos tras haberse finalizado su relación laboral con las mismas, al menos *de iure*. Además de las diferentes circunstancias en que tales actuaciones se producen, debemos reiterar que la calificación que, a nuestro juicio, merecen unas y otras no será la misma en ambos períodos.

En relación con ello, ya hemos expuesto las razones que nos llevan a sostener que las irregularidades llevadas a cabo por Dª. María antes del 16 de mayo son susceptibles de tipificarse como un delito continuado de apropiación indebida, en concurso real con un delito continuado de falsedad documental. En contraposición, sosteníamos desde el inicio que los hechos llevados a cabo por la misma tras causar su baja voluntaria encajan en el tipo penal de la estafa, siendo por tanto la Sra. Sánchez autora de tres delitos de esta naturaleza. Consecuentemente, a continuación, realizaremos un análisis separado de las acciones desarrolladas por la Dª. María, diferenciándolas según el momento en que se llevaron a cabo.

3.1.1. Hechos anteriores al 15 de mayo

Deviene necesario analizar ahora si el cobro de reintegros y la simulación de las firmas por parte de la Sra. Sánchez cumplen, efectivamente, las exigencias para poder tipificarse como delito de apropiación indebida y delito de falsedad documental. Así, en primer lugar, en relación con el delito de apropiación indebida, la conducta típica consiste en disponer de una cosa ajena cuya posesión se ha adquirido mediante un título que obliga a devolverla, suponiendo ello un incumplimiento definitivo del deber de entregarla a su propietario.

Por tanto, los requisitos para que se aprecie el delito son, en primer lugar, una *posesión legítima* por el sujeto activo de un bien mueble que, como el propio art. 253 CP contempla expresamente, puede tratarse de dinero. Tal posesión viene dada por un título que produce obligación de entregar o devolver el bien, por lo que

únicamente se transmite la posesión y no la propiedad, destacando la jurisprudencia el carácter de *numerus apertus* del listado de títulos recogido en el CP a estos efectos (entre otras STS 630/2019 de 18 de diciembre). En el presente caso se cumplen ambos requisitos, en tanto la Sra. Sánchez tenía a su disposición de forma pacífica y legítima el dinero de los clientes del Banco en virtud de un contrato entre estos y la entidad y, a su vez, entre INMOZEVILLA y Dª. María. Dichos contratos le habilitaban a la misma, siempre bajo autorización o mandato de los titulares de las cuentas, a llevar a cabo reintegros y realizar los movimientos contables pertinentes.

Asimismo, ha de producirse un *acto de disposición* del bien, es decir, un acto dominical o de apropiación, que causa a su vez un *perjuicio* al sujeto pasivo, que no es otro que el dueño de la cosa. Como *elemento subjetivo*, debe apreciarse dolo, aceptándose el eventual entendido como la conciencia y voluntad de apropiarse de la cosa. No cabe duda de que la Sra. Sánchez ha dispuesto del dinero de los clientes, llevando a cabo reintegros de las cuentas bancarias e integrándolo a su propio patrimonio, en detrimento de sus verdaderos dueños, a los que causa una minoración de su situación económica. En cuanto al tipo subjetivo, de la actuación llevada a cabo por la misma posteriormente falsificando las firmas de los clientes con el único fin de ocultar sus actos, no se puede sino inferir el dolo requerido por el tipo, así como el ánimo de lucro propio del mismo.

En lo referente a la cuantía total de lo apropiado, se nos dice que el montante final asciende a 900.000€, por lo que sería de aplicación el subtipo agravado del art. 253 en relación con el art. 250.1.5º CP, en tanto se superan ampliamente los 50.000€ previstos en el citado precepto. Podría entenderse que resulta también de aplicación la agravación prevista en el art. 250.1.6º CP por haber aprovechado la Sra. Sánchez su credibilidad empresarial. No obstante, como expondremos a la hora de analizar el delito de estafa, para apreciar esta agravación se requiere un que se haya menoscabado una confianza que va más allá de la genérica exigida para el tipo básico. Esto es, debe darse una situación de mayor confianza o credibilidad basada en las propias cualidades del delincuente, cuya posición en el mundo profesional es la causa de la rebaja en las suspicacias normales de un individuo frente a un engaño (STS 192/2019 de 9 de abril).

Atendiendo a lo expuesto, entendemos que en este caso concreto no se ha producido ese *plus* exigido que justifique la agravación, dado que la Sra. Sánchez no gozaba de una consideración especialmente relevante que pueda fundamentar la aplicación de este tipo penal, en tanto si bien trabajaba para una entidad bancaria conocida, lo cierto es que se trataba de una mera administrativa.

Por otro lado, en lo referente al delito de falsificación documental, previsto y penado en el artículo 392 y ss. CP, consistiría en la plasmación por parte de la Sra. Sánchez de las firmas de los clientes en los documentos de autorización de reintegro, con el fin de evitar que su actuación delictiva de apropiación fuera descubierta. Tal actuación constituye en todo caso una falsedad material que es típica, al haberse realizado por particular en un documento mercantil, entendiendo como tal los documentos de reintegro⁴. En este sentido, el Tribunal Supremo ha venido condenando por delito de falsedad documental supuestos similares, al entender que la simulación de firma es susceptible de incardinarse en este tipo penal (STS 81/2020 de 26 de febrero). A estos efectos, la tipificación de la concreta modalidad comisiva resulta en estos momentos irrelevante, puesto que el propio TS ha establecido que los apartados del art. 390.1 no son cerrados, pudiendo ocurrir que un mismo hecho constituya más de una modalidad típica. Por ello carece de trascendencia el cambio dentro de los apartados, «siempre que no exista mutación fáctica esencial» (en este sentido, FJ 10º STS 37/2013 de 30 de enero).

Con respecto a la parte subjetiva de este delito, se viene requiriendo presencia de dolo de forma general según SILVA SÁNCHEZ (2011), dolo que en este tipo delictivo se denomina *falsario*, y que viene a traducirse en la concurrencia en el autor de una conciencia y voluntad de transformar la verdad, lo que, en el caso que nos ocupa, queda fuera de toda duda: la Sra. Sánchez conocía que esos documentos y las operaciones que en ellos se atestiguaban no habían sido autorizadas por los titulares de las cuentas, tan es así, que no las firma ella con su nombre, sino simulando ilícitamente las firmas de estos.

⁴ Sobre el concepto de documento mercantil nos detendremos en el apartado correspondiente a la posible estrategia de defensa de la Sra. Sánchez.

La relación concursal entre ambos delitos entendemos que sería tipificada como concurso real de delitos puesto que la falsificación no ha sido el medio para cometer la apropiación, sino para encubrirla posteriormente. De esta forma, se trata de delitos autónomos, que han de ser castigados cada uno con su correspondiente pena conforme a la previsión del art. 73 CP.

Asimismo, tanto un delito como otro han de ser entendidos como continuados, en tanto se mantuvo su comisión de forma prolongada durante casi dos años, resultando de aplicación el art. 74 CP. No obstante, en relación con la apropiación indebida no podrá aplicarse la continuidad delictiva del art. 74.1 CP puesto que la suma total de lo apropiado ya ha sido tenida en cuenta para poder aplicar el tipo agravado, tal y como se establece en el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007. El TS ha venido pronunciándose en este sentido afirmando que, cuando las cuantías apropiadas por separado sean insuficientes para cualificar el delito, pero la suma de todas ellas conlleve la aplicación del delito agravado, se produce una incompatibilidad entre el art. 250.1.5º y el artículo 74.2 CP, ya que, de lo contrario, se estaría apreciando dos veces «el fenómeno de la reiteración y cualificación» (FJ 2º STS 365/2018 de 18 de julio). Como en el presente supuesto nada se nos dice sobre si existen determinados reintegros superiores a los 50.000€ previstos en el tipo básico, entendemos que únicamente se podrá condenar por la pena prevista para el delito agravado atendiendo al perjuicio total causado, conforme prevé el art. 74.2 CP.

3.1.2. Hechos posteriores al 16 de mayo

Pasamos ahora a analizar los 3 contratos de depósito que suscribió Dª. María una vez que cesó su relación con las entidades bancarias, y que hemos entendido tipificables como 3 delitos de estafa del art. 248 y 249 CP. En este caso, al contrario que ocurría con su actuación anterior, entendemos que sí que concurre el elemento del engaño antecedente, requisito nuclear de este tipo penal y que lo diferencia esencialmente de la apropiación indebida.

Ya indicábamos al inicio de la fundamentación por qué entendíamos que concurría esta exigencia, por lo que no vamos a detenernos demasiado en este punto.

Simplemente reiterar que la Sra. Sánchez suscribió tales contratos con el único fin de que los ahora perjudicados le hicieran entrega del dinero, sin que en ningún momento tuviera intención de ingresarlos en el Banco. Es precisamente este engaño mediante el uso de los documentos bancarios el que induce a error a los clientes, motivando el acto de disposición y entrega de las cantidades, permitiendo su apropiación por parte de Dña. María, con el correspondiente perjuicio de estos. En consecuencia, lo relatado colma los requisitos penalmente establecidos para la apreciación del delito de estafa.

Muestra de que tal falta de voluntad de cumplir surge desde el inicio, es que en ningún momento, anterior ni posterior a la denuncia, hizo entrega la Sra. Sánchez de las cantidades defraudadas ni a INMOZEVILLA, ni a sus legítimos propietarios, sino que las incorporó a su esfera patrimonial. Tampoco consta en los archivos correspondientes a la entidad la existencia de tales contratos de depósito, lo que supone un indicio más de la voluntad defraudatoria de la autora, tratando de ocultar su actuación delictiva al no presentar siquiera los documentos en el Banco.

3.2. Posibles estrategias de defensa

3.2.1. Con respecto al delito de apropiación indebida y de falsedad

Podría tratar de alegarse por la defensa de la Sra. Sánchez que se está ante un documento que no tiene carácter mercantil sino meramente privado, por lo que no se trataría de un delito del art. 392 sino, en todo caso del art. 395 CP. En relación con ello, como no se ha falsificado el documento *para perjudicar a otro*, sino que se ha realizado buscando el enriquecimiento de la autora, los hechos serían atípicos. Es cierto que el CP no proporciona una definición de lo que ha de entenderse por *documento mercantil*, ya que el art. 26 CP sólo da el concepto de *documento*, por lo que debemos acudir a la concreción realizada por la jurisprudencia y la doctrina, cuya concepción no ha resultado pacífica.

Así, inicialmente se entendió por el TS que debíamos entenderlo como un concepto amplio, donde entraban todos los documentos regulados en el Código de Comercio, leyes especiales mercantiles, así como los que contenían una operación de comercio, o con validez para hacer constar obligaciones o derechos. No obstante,

posteriormente la corriente interpretativa varió, haciendo una delimitación que englobaba únicamente documentos expresamente recogidos en la legislación mercantil, cuya eficacia jurídica debía ser mayor a la de un mero documento privado.

La reciente STS 695/2019 de 19 de mayo, citando consolidada jurisprudencia, viene a establecer que debemos de entenderlo como un concepto jurídico-penal amplio, y considerar documento mercantil «todo documento que sea expresión de una operación comercial», donde deben incluirse las «facturas, albaranes de entrega u otros semejantes» (FJ 10º). Consecuentemente, será difícil que un Juzgado o Tribunal concluya que los justificantes de reintegros no hayan de ser considerados documentos a efectos mercantiles, en tanto los mismos son precisamente una suerte de albaranes o justificantes de que se ha producido una entrega de dinero, recogiendo una operación de comercio y teniendo validez para hacer constar la extinción de la obligación con respecto a esa cantidad.

En este sentido, la STS 192/2019 de 9 de abril recoge expresamente en su FJ 4º que los impresos de reintegros y semejantes poseen naturaleza mercantil en la medida en que son «soportes materiales destinados a incorporar datos y hechos con eficacia probatoria y con inequívoca relevancia jurídica en el tráfico habitual del Banco con sus clientes». Por ello, atendiendo a lo expuesto, este argumento de defensa decaerá, ya que la acción de la Sra. Sánchez consistió en simular ante la entidad bancaria la propia existencia de esas órdenes de reintegro, no formuladas por los titulares de la cuenta, así como la identidad del verdadero destinatario, generando por un medio documental la apariencia de una realidad inexistente.

Otro argumento de defensa sería sostener que tales documentos no han sido incorporados al tráfico jurídico, por lo que el bien jurídico protegido por este tipo penal no se ha visto lesionado ni puesto en peligro en ningún momento. No obstante, el TS en su sentencia núm. 277/2018 de 8 de junio viene afirmando que la falsificación de aquellos documentos exigibles legalmente para dejar constancia de decisiones, acuerdos, etc. en aspectos elementales no es potencialmente inocua, ya que de cuestionarse tales actos, se encontrarían con una documentación que no deja constancia de la realidad. Así, sería incorrecto mantener que, como tales documentos no han salido al mundo exterior más que, por ejemplo, si las solicita un órgano

judicial, ya no habría falsedad. Igualmente resulta reseñable la STS 1019/2001 de 25 de mayo, que afirma que el delito de falsedad es un delito de peligro, consumándose desde que se realiza la alteración de la verdad en el documento. Ello conlleva que no se exige una incidencia del documento falso en el tráfico jurídico, bastando la potencialidad dañina cuando el mismo tenga la aptitud e idoneidad para afectarlo negativamente.

En este caso, conforme a la sentencia citada, es cierto que los documentos de reintegro no habrían sido incorporados al tráfico jurídico en tanto no nos consta este extremo, sin embargo, si se elaboraban y guardaban era *para tener cierta eficacia potencial*, puesto que el hecho de que no se hayan utilizado no excluye que se realizaran con un propósito concreto: acreditar actuaciones no ajustadas a la realidad. Y ello es así ya que ninguna explicación alternativa tiene que la Sra. Sánchez falsificara las firmas, por lo que habrá de interpretarse que lo hizo con la finalidad de dar soporte y apariencia de veracidad a los reintegros ilícitamente por ella realizados.

Por otro lado, la Sra. Sánchez puede tratar de alegar que tenía autorización para firmar los reintegros en nombre de los clientes, y que tales cantidades les fueron entregadas a los mismos. Sin embargo, este argumento no podrá prosperar en tanto no se acredite por la misma la existencia de la autorización, que por otra parte será negada por las víctimas del delito, y se pruebe que, efectivamente, el destino dado al dinero no fue incorporarlo a su patrimonio.

En este mismo sentido, con respecto a las apropiaciones, entendemos que la estrategia más básica a seguir sería la de negación de haber cometido los hechos. No obstante, si se pudiera realizar un seguimiento de la trazabilidad de las cantidades sustraídas entendemos que lo mejor sería llegar a algún tipo de conformidad en términos de mínimos. Ello, unido a una devolución o consignación de las cantidades podría dar lugar a la aplicación de una atenuando muy cualificada, logrando que la condena final consistiera en penas de no cumplimiento.

3.2.2. Con respecto a los delitos de estafa

Una de las posibles estrategias que puede desplegar la defensa de la Sra. María respecto a los delitos de estafa, podría ser la de alegar que no se cumple el

requisito de *engaño bastante* exigido por el tipo penal, en tanto ha existido una falta de autotutela por parte de las víctimas. En este sentido, la jurisprudencia ha venido rechazando la concurrencia de un delito de estafa cuando la conducta fraudulenta resulta tan burda que podría haber sido fácilmente evitada, limitando por tanto la protección penal a aquellos casos en los que el autor ha vencido los mecanismos de defensa del perjudicado.

No obstante, aunque resulta efectivamente exigible un cierto deber de autotutela o autoprotección de la víctima, ello no puede extremarse hasta el punto de que el engaño ha de quedar neutralizado por la diligencia del perjudicado ya que, si se realizara una interpretación abusiva de esta exigencia, nunca podría entenderse consumado un delito de estafa. En relación con ello, resulta hondamente ilustradora la STS 35/2020 de 6 de febrero, donde se resume la doctrina del TS sobre esta materia recordando que no se permite desplazar la responsabilidad de la estafa sobre la víctima alegando su falta de autoprotección, pretendiendo eximir de responsabilidad al autor del delito, ya que lo único relevante a efectos del tipo es la *idoneidad* del engaño.

En este caso concreto el engaño consistió en simular estar formalizando un contrato de depósito con la entidad bancaria, haciendo uso la Sra. Sánchez de la imagen y confianza que proyectaba como empleada de INMOZEVILLA para conseguir que los clientes no sospecharan de su ánimo defraudatorio. Se logra así un engaño idóneo para que las víctimas realicen el acto de desplazamiento patrimonial bajo la convicción de que, en virtud del contrato que creían estar formalizando, el dinero aportado iba a ser depositado en una cuenta del Banco.

El único contrato de depósito que podría ser problemático y en el que, en todo caso, existiría la posibilidad de aceptar la falta de autotutela sería el de la amiga íntima de la Sra. Sánchez, en tanto el mismo se suscribió fuera de la sucursal bancaria, en su domicilio. Se podría alegar que las extrañas circunstancias de la situación deberían haberle llevado a imaginar a esta perjudicada que no se trataba de un contrato al uso, y por tanto debía de haber actuado con mayor precaución. Tal argumento sin embargo puede darse la vuelta, e incluso alegarse por parte de la

víctima que la estafa ha sido llevada a cabo mediante abuso de confianza, debiendo aplicarse así el subtipo agravado del delito previsto en el artículo 250.1. 6º CP.

En este sentido, la jurisprudencia del TS viene estableciendo que esta agravación específica debe aplicarse únicamente en supuestos donde existe un *plus* respecto al *engaño bastante* propio de los delitos de estafa, siendo necesario que exista una relación *ex ante* que posibilite la comisión del delito, y «que conlleve una imprevisibilidad de los acontecimientos ilícitos de la persona en quien tienen depositada su confianza los perjudicados» (FJ 4º STS 192/2019 de 9 de abril). Puede tratarse tanto de un abuso de credibilidad empresarial o profesional como de un abuso de relaciones personales por especial vinculación entre el delincuente y la víctima. El presupuesto de la agravación es, por tanto, la quiebra de una confianza o credibilidad mayor a la genérica subyacente en estos delitos, que ha de ser anterior y distinta de aquella, poniéndose el acento en el tipo de relación (empresarial o de amistad) que tienen autor y víctima.

En el presente supuesto, puede discutirse que los dos primeros contratos no quiebran una especial relación de confianza más allá de la genérica, ya que no nos consta que tuvieran un vínculo anterior a estos depósitos. No obstante, como decíamos, el contrato suscrito con la amiga íntima de la Sra. Sánchez entendemos que sí colma los requisitos jurisprudencialmente exigidos para esta agravación, puesto que es precisamente por esa relación de amistad que la víctima confía y suscribe el meritado contrato en las condiciones y circunstancias en las que lo realiza.

En definitiva, con relación a todos los delitos podría plantearse como opción viable llegar a una conformidad si, a la vista de las circunstancias y consultada la propia Sra. Sánchez se entendiera que ninguno de los anteriores planteamientos tuviese la solidez necesaria para fundamentar una absolución. Ello sucedería si, por ejemplo, con respecto al delito de apropiación indebida se pudiera comprobar mediante la trazabilidad de las cantidades apropiadas, que las mismas han acabado en una cuenta de la que es titular la Sra. Sánchez; con respecto a la falsedad documental, si mediante una pericial caligráfica se comprueba que la letra pertenece a la denunciada; y si con respecto a las estafas fuera fácil comprobar que ni de tales contratos ni del dinero entregado por los clientes consta la existencia en el Banco.

Como decimos, estos extremos deberán ser confirmados por la propia Sra. Sánchez, que es quien conoce indudablemente cuál ha sido el destino dado a tales cantidades, puesto que, en el caso de que todo apuntara a su autoría, resultaría favorable llegar a una conformidad en términos de mínimos penológicos, llegando incluso a poder beneficiarse de la reducción del tercio de la pena, que va a depender del momento en que se alcance el acuerdo.

A ello hemos de añadir, que al igual que ocurre con las personas jurídicas, en este caso también sería conveniente que la Sra. Sánchez consignara las cantidades apropiadas y estafadas, o las devolviera, de forma que pudiera ser tenida en cuenta la atenuante de reparación del daño (ya sea como cualificada o muy cualificada) del art. 21.5 CP. De esta manera, podría llegar a un acuerdo con las acusaciones en tales términos que la pena finalmente impuesta fuera de no cumplimiento y suspenderse en virtud del art. 80 CP.

VIII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Ya adelantábamos a lo largo de la presente exposición que, si bien entendíamos que ni Banco Meritel ni INMOZEVILLA iban a responder penalmente por los delitos de la Sra. Sánchez, sí que es más que probable que sean consideradas ambas responsables civiles subsidiarias. En efecto, de conformidad con la jurisprudencia del TS y en virtud del artículo 120.4º CP, se exigirá la RC de la entidad por los hechos cometidos por sus empleados siempre que el autor del delito haya actuado en el marco de su relación y dependencia con la empresa, extremo éste que, como ya se ha expuesto, no se va a romper porque el empleado se haya extralimitado o desobedecido al superior (STS 252/2017 de 6 de abril).

Ya hemos analizado a lo largo del dictamen que precisamente ambas entidades están unidas a la Sra. Sánchez por una relación de dependencia, por lo que nos remitimos a los apartados correspondientes en aras a evitar repeticiones sobre estos extremos. Únicamente queremos incidir en que, según el TS, el fundamento de la RC se cimenta tanto en la *culpa in eligendo*, entendida como que el autor ha de

actuar precisamente en el empleo de las funciones que le han sido encomendadas por la entidad, como en la *culpa in vigilando*, es decir, que lleve a cabo tales funciones infringiendo las normas penales sin que sea detectado por los programas de control interno. Lo cierto es que ambas personas jurídicas tenían, al menos en relación con las estafas, elementos más que suficientes que les alertaban sobre las irregularidades en el actuar de Dña. María, que se valía para cometerlos, esencialmente, de su posición como empleada de las entidades.

Precisamente es ese uso irregular de su cargo con objeto de facilitar la comisión de los delitos, lo que genera la responsabilidad civil subsidiaria de ambas entidades conforme al art. 120.4º CP. Así, la misma llevó a cabo dos de las estafas en las oficinas de la entidad, amparada por el nombre tanto de INMOZEVILLA como de Banco Meritel, haciendo uso de la documentación de las entidades, a la que no hubiera tenido acceso si no fuera empleada, y acudiendo a trabajar incluso una vez cesada en su cargo, con el conocimiento y consentimiento, cuando menos tácito, de ambas personas jurídicas.

Es más, el afán de estas, tras el cese de la Sra. Sánchez, de pretender encubrir las irregularidades ya detectadas y mantener una apariencia de normalidad, propició precisamente que la Sra. Sánchez continuara delinquiendo amparada en una aparente legitimidad ante las víctimas de las estafas, ante las que se presentaba como trabajadora del Banco. Esta manera de actuar de las entidades, buscando en todo momento no verse perjudicadas por el actuar de la denunciada, puede incluso provocar la agravación de la responsabilidad civil exigible a las mismas, tal y como lo interpreta el TS en su sentencia núm. 105/2018 de 1 de marzo.

Podría alegarse por las entidades que no cabe exigirles RC al haber existido negligencia por parte, al menos, de la última de las víctimas. Sin embargo, el TS tiene establecido que el mero hecho de que los perjudicados confiasen en el autor del delito no debe desplazar la responsabilidad de la entidad ya que ello no disminuye ni excluye la RC del tercero. Siempre que exista un delito habrá responsabilidad penal y, a su vez, «si el responsable penal responde civilmente, también responderá el tercero del art. 120.4º CP» (FJ 7º, STS 737/2018 de 5 de febrero de 2019). Ello puede llevar a plantearse si, vía art. 114 CP, podría moderarse la RC, sin embargo, la

jurisprudencia ha venido entendiendo que el citado precepto no resulta de aplicación a los delitos de enriquecimiento, al no tratarse de indemnizaciones ni reparaciones, sino de *restitución*.

De esta forma, cuando es procedente la restitución o, en su defecto sustituirla por la indemnización, la misma no podrá ser moderada. Lo anterior encuentra su fundamento en que la RC subsidiaria es «estrictamente vicarial de la responsabilidad civil del responsable penal» (de nuevo FJ 7º STS 737/2018), por lo que el responsable civil subsidiario va a responder de lo mismo que el responsable penal, aunque únicamente en su defecto, sin que quepan diferencias en cuanto al alcance de sus respectivas RC, ni siquiera derivadas de la eventual negligencia de la víctima.

De conformidad con lo expuesto, tanto a Banco Meritel como a INMOZEVILLA les será exigible, de forma subsidiaria a Dª. María Sánchez, responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos por esta.

CONCLUSIONES

Primera. Sobre la responsabilidad penal de Banco Meritel

En atención a lo expuesto a lo largo del presente trabajo, entendemos que no sería imputable penalmente Banco Meritel por los delitos de estafa cometidos por la Sra. Sánchez una vez cesada su relación con las mercantiles.

Resulta evidente que, conforme a los requisitos que tiene establecidos la jurisprudencia, la empleada está integrada en el perímetro de dominio social de Banco Meritel, por lo que, a efectos del art. 31 *bis* b) CP, se va a considerar que la misma se encuentra sometida a la autoridad de la entidad. Consecuentemente, se entiende que la relación de dependencia entre ambas existe, dado que la Sra. Sánchez cometió los hechos precisamente aprovechándose de su condición de empleada de la mercantil y, por ende, en nombre y por cuenta de esta.

No obstante, en nuestra opinión, no se aprecia la existencia de beneficio alguno para la persona jurídica, ni *directo* ni *indirecto*, derivado del actuar de la persona física. La ausencia de tal exigencia va a conllevar que no sea posible apreciar la existencia de responsabilidad penal de la empresa por estos hechos, por lo que la entidad únicamente responderá como responsable civil subsidiario *ex art. 120.4º CP*.

Segunda. Respecto a las estrategias de defensa de Banco Meritel

Sin perjuicio de reiterar la postura y argumentos para la exoneración de Banco Meritel sobre la inexistencia de beneficio alguno, resultaría del todo conveniente que la entidad inicie una investigación interna con el fin, no solo de colaborar con las autoridades y lograr la atenuación de la eventual pena, sino incluso de elaborar un informe donde se plasme la falta de responsabilidad de esta.

En relación con la atenuante del *compliance program*, el mismo habrá de ser configurado conforme a los requisitos del art. 31 *bis* 5 CP, y contar con un mapa de riesgos; unas determinadas medidas de prevención de los riesgos detectados; destinar los recursos financieros suficientes; tener instaurado un canal de denuncias; crear un órgano de cumplimiento; establecer un sistema de sanciones, así como mantener el programa actualizado mediante revisiones y adaptaciones.

Tercera. Acerca de la imputabilidad de la sociedad INMOZEVILLA

Al igual que ocurría con Banco Meritel, entendemos que no sería imputable penalmente INMOZEVILLA por los delitos de estafa cometidos por la Sra. Sánchez, realizados una vez cesada su relación con las mercantiles.

El art. 31 *bis* 1 a) regula la RPPJ al infringir los directivos el deber de control y vigilancia al que están obligados sobre sus empleados, permitiendo con ello que estos cometan un hecho delictivo en el ámbito de la entidad. En este caso, resulta innegable la vinculación entre la Sra. Sánchez e INMOZEVILLA, dadas las circunstancias de su contrato y su efectivo desempeño de la actividad. Así, es incuestionable que era ante el Sr. Pérez ante quien respondía directamente la Sra. Sánchez y, por ende, de él dependía el efectivo ejercicio de las labores de vigilancia y control pertinentes. En este sentido, la total pasividad del Sr. Pérez tras haber rescindido su contrato con ella y con Banco Meritel una vez conocidas las irregularidades cometidas por su empleada, permitiendo que la Sra. Sánchez continuara acudiendo a las oficinas y manteniendo allí contacto con los clientes, ha supuesto una total omisión e infracción del deber de control por su parte.

El mismo, aun conociendo el *modus operandi* de la autora decide no establecer ningún tipo de vigilancia sobre esta para tratar de evitar y prever la comisión de nuevos delitos, estando obligado a ello por su cargo como administrador. Ante tales circunstancias, debemos entender que el Sr. Pérez resulta responsable en comisión por omisión de los delitos de estafa llevados a cabo por la Sra. Sánchez, sin que pueda entenderse que su actuar se trate de una mera imprudencia.

Sobre la responsabilidad penal de INMOZEVILLA por el delito cometido por su administrador, no cabe duda de que el Sr. Pérez es quien ejerce de forma efectiva el control y dirección de la entidad en tanto es el administrador único de la misma. Igualmente está claro que omitió todo tipo de control y vigilancia sobre la empleada a que venía obligado por su posición de garante, pese a tener conocimiento del actuar de la misma. Consecuentemente, al no haber actuado conociendo las circunstancias y pudiendo hacerlo, se entiende cometido el delito por éste y, por ende, colmados los requisitos necesarios para establecer la RPPJ por el delito del directivo.

No obstante, nuevamente no puede negarse que no concurre la existencia de un beneficio para la persona jurídica. Este requisito, o mejor dicho su ausencia, va a conllevar que no sea posible apreciar la existencia de responsabilidad penal de la empresa por estos hechos, máxime cuando incluso podría sostenerse que la misma resulta perjudicada por el actuar delictivo de la Sra. Sánchez. Ello supone que la entidad únicamente responderá como responsable civil subsidiario *ex art. 120.4º CP.*

Cuarta. En relación con la estrategia de defensa de INMOZEVILLA

Lo primero que debe hacer INMOZEVILLA es nombrar a una persona especialmente designada para su representación en el procedimiento penal, ya que el Sr. Pérez, administrador único de la entidad, también es parte investigada.

Al igual que ocurre con la estrategia defensiva de Banco Meritel, sin perjuicio de reiterar la postura y argumentos sobre la inexistencia de beneficio alguno, y con ello su no responsabilidad penal, resultaría del todo conveniente que la entidad iniciase una investigación interna. Ello con el fin, no solo de colaborar con las autoridades y lograr la atenuación de la eventual pena, sino incluso de elaborar un informe donde se plasme la falta de responsabilidad de la propia entidad.

Con relación al programa *compliance* hemos de reproducir aquí los argumentos expuestos con respecto a Banco Meritel por resultar también de aplicación a esta empresa, siendo necesario que se implante un modelo de prevención conforme a los requisitos que recoge el CP, y para evitar que, de cara al futuro, pueda verse responsabilizada por los delitos cometidos en su seno.

Quinta. En lo referente a la responsabilidad penal de Dª. María Sánchez

En opinión de esta parte se cumplen los requisitos establecidos para que se entienda cometido, en primer lugar, un delito continuado de apropiación indebida en concurso real con un delito continuado de falsificación de documento mercantil, por la realización de reintegros sin autorización de los clientes, falsificando sus firmas en los documentos bancarios.

Además, la Sra. Sánchez también sería autora de 3 delitos de estafa, dos de ellos en modalidad básica y uno en su modalidad agravada por abuso de confianza,

al tratarse la víctima de una amiga de Dª. María, quien se sirvió precisamente de ese vínculo anterior que les unía para desplegar el engaño típico de este delito.

Sexta. Sobre la estrategia de defensa de la Sra. Sánchez

Sin perjuicio de poder alegar por los motivos expuestos en la fundamentación jurídica que las falsedades son actos inocuos y por tanto atípicos; que la Sra. Sánchez no se ha apropiado de cantidad alguna, así como que no se ha producido engaño en los clientes estafados, creemos que lo mejor que podría hacer la defensa de la Sra. Sánchez es llegar a un acuerdo con las acusaciones de forma que se produzca una condena en términos de mínimos, que le permita suspenderlas en virtud de lo establecido en el art. 80 CP. A estos efectos, sería esencial que se lleve a cabo por su parte la devolución o consignación de las cantidades ilícitamente apropiadas, con el fin de conseguir la aplicación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño del art. 21. 5 CP, con la consecuente rebaja penológica que esta conlleva.

Séptima. Sobre la responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas

Sin perjuicio de que se pueda o no establecer la responsabilidad penal de las entidades por los hechos cometidos por la Sra. Sánchez, lo cierto es que, en todo caso, Banco Meritel e INMOZEVILLA van a ser consideradas responsables civiles subsidiarias *ex art. 120.4º CP*. Con respecto a la apropiación indebida, la relación de dependencia entre la Sra. Sánchez y las mercantiles resulta, como hemos expuesto, del todo innegable. Igualmente, en el caso de las estafas, tal responsabilidad se podrá ver incluso agravada por la total permisividad con la que la Sra. Sánchez continúa haciendo uso de su condición de empleada del Banco para delinquir, con el conocimiento y consentimiento tácito de ambas mercantiles.

Precisamente este va a ser el fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria de las sociedades, al haberse cometido los delitos por la persona contratada por éstas, infringiendo las normas y sin ser detectada por el sistema de control interno, pese a ser ambas conocedoras de las irregularidades previas.

Dictamen sobre estrategia de defensa de una persona jurídica

En Bilbao, a 23 de julio de 2020.