



Universidad Internacional de La Rioja
Máster Universitario en Derecho penal económico

DICTAMEN SOBRE ESTRATEGIA DE DEFENSA DE LA PERSONA JURÍDICA

Trabajo de fin de máster presentado por: UXUE PILAR LEGUINA

Titulación: Máster Universitario en Derecho penal económico

Área jurídica: Derecho penal

Director/a: Carlos Bardavío Antón

Ciudad: Bilbao

23 de julio de 2020

Firmado por: Uxue Pilar Leguina

El presente dictamen se emite por Uxue Pilar Leguina, alumna del Máster Universitario en Derecho penal económico, como Trabajo de fin de máster.

Índice

I. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	6
II. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	7
III. OBJETO DEL DICTAMEN	8
IV. ANTECEDENTES DE HECHO	8
V. CUESTIONES PLANTEADAS.....	9
VI. NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA APLICADAS	11
1. Normativa	11
2. Jurisprudencia	13
3. Doctrina	16
4. Otros	19
VII. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	20
1. Análisis y tipificación de los hechos cometidos por la Sra. Sánchez	20
1.1. En relación a las operaciones de reintegro bancario	20
<i>1.1.1. Delito de falsedad documental</i>	20
<i>1.1.2. Delito de apropiación indebida</i>	22
<i>1.1.3. Relación concursal entre el delito de falsedad documental y el delito de apropiación indebida</i>	25
1.2. En relación a los contratos de depósito: delito de estafa	25

2. Argumentos a esgrimir para la defensa procesal y jurídica de la Sra. Sánchez	27
2.1. Afección al tráfico jurídico de los documentos de reintegro falsificados	28
2.2. Principio de autoprotección de la víctima en los delitos de estafa	29
2.3. Estrategia procesal	31
3. Análisis de la eventual responsabilidad penal a la que pudiera enfrentarse el Sr. Pérez con ocasión de no haber ejercido el debido control sobre su empleada	31
3.1. Análisis de la concurrencia de los requisitos del art. 11 CP respecto de los hechos ocurridos con anterioridad al 15 de mayo de 2018	33
3.2. Análisis de la concurrencia de los requisitos del art. 11 CP respecto de los hechos ocurridos con posterioridad al 15 de mayo de 2018	34
4. Argumentos a esgrimir para la defensa procesal y jurídica del Sr. Pérez	36
5. Presupuestos para la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica	36
5.1. Marco teórico	37
5.1.1. <i>Discusión en torno al modelo de atribución de responsabilidad: hecho propio vs. sistema vicarial</i>	37
A) Modelo de autorresponsabilidad	38
B) Responsabilidad por el hecho ajeno	42
C) Criterio aplicado en el presente Dictamen	44
5.1.2. <i>Presupuestos de la responsabilidad penal de la persona jurídica: requisitos del artículo 31 bis CP</i>	45
A) Doble vía de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Elementos comunes	46

B) Déficit de control o incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control	49
5.1.3. <i>Delito corporativo: defecto estructural de la persona jurídica</i>	51
5.1.4. <i>Sistema numerus clausus de los delitos imputables a la persona jurídica</i>	53
5.2. Aplicación al caso concreto	53
5.2.1. <i>En relación a BANCO MERITEL SA</i>	54
A) Concurrencia, o no, de los requisitos del artículo 31 <i>bis</i> CP	54
B) Defecto de organización: especial mención a los modelos de vigilancia y gestión	56
C) Responsabilidad civil subsidiaria	60
5.2.2. <i>En relación a INMOZEVILLA SL</i>	61
6. Estrategia de defensa a seguir en relación a cada una de las personas jurídicas	62
6.1. Cuestiones de índole procesal comunes a la defensa de ambas personas jurídicas	63
6.1.1. <i>Aspectos procesales</i>	63
6.1.2. <i>Especial referencia a la carga de la prueba</i>	65
6.2. Argumentación a esgrimir para la defensa de BANCO MERITEL SA	67
6.3. Argumentación a esgrimir para la defensa de INMOZEVILLA SL	68
CONCLUSIONES	69
ANEXO I	73

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CE	Constitución española
CP	Código Penal
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
Núm.	Número
p.	Página
pp.	Páginas
p. ej.	Por ejemplo
SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SL	Sociedad Limitada
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSS	Sentencias del Tribunal Supremo
UNE	Una Norma Española

II. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

RESUMEN: La introducción, relativamente reciente, de la responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro ordenamiento, sigue suscitando numerosos debates, y es que ni siquiera hay acuerdo sobre cuál es el injusto atribuible al ente corporativo (hecho propio vs. hecho ajeno). Siendo éste el escenario, se analiza en este trabajo la posibilidad de apreciar la responsabilidad penal de una persona jurídica por hechos cometidos, no por un empleado propio, sino por una persona física perteneciente a otra entidad que actúa en representación de la primera; de modo que se estudiarán cuáles son los presupuestos de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, el concepto de representante o la carga de la prueba. Se abordará también la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto*, así como la posibilidad de apreciar la responsabilidad penal de los administradores de la sociedad por los delitos cometidos por los empleados de la misma (en comisión por omisión).

Palabras clave: Art. 31 *bis* CP, Autorresponsabilidad, Beneficio directo o indirecto, Carga de la prueba, Hecho de conexión, Déficit de control.

ABSTRACT: The relatively recent introduction of the criminal liability of a legal person in our legal system continues to spark much debate, and there is not even agreement on what wrongdoing is attributable to the corporate entity (one's own actions vs. vicarious). In this context, this paper analyses the possibility of appreciating the criminal liability of a legal person for actions committed, not by a company's own employee, but by a natural person from another entity who acts on behalf of the former. In such a way that the premises for the attribution of criminal liability of the legal person, the concept of representative or the burden of proof will be studied. Subsidiary *ex delicto* civil liability will also be addressed, along with the possibility of appreciating the criminal liability of company administrators for crimes committed by its employees (commission by omission).

Keywords: Art. 31 *bis* CP, self-responsibility, direct or indirect benefit, burden of proof, act of connection, control deficit.

III. OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del presente dictamen consiste en dar respuesta a la consulta planteada por BANCO MERITEL SA, sobre la posible responsabilidad penal en que éste hubiera podido incurrir y, en su caso, sobre cuál sería la estrategia de defensa a seguir tanto procesal como jurídicamente, y ello con ocasión de determinadas irregularidades detectadas en el marco del contrato de colaboración suscrito con la mercantil INMOZEVILLA SL.

Del mismo modo, el presente dictamen analiza también la posible responsabilidad penal de los directivos, administradores o trabajadores de dicha entidad financiera, así como de la sociedad colaboradora INMOZEVILLA SL y del administrador único (Sr. Pérez) y la empleada (Sra. Sánchez) de ésta última.

IV. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 26 de mayo de 2010, la entidad financiera BANCO MERITEL SA y la mercantil INMOZEVILLA SL suscribieron un contrato de agente colaborador, de modo que ésta pasaba a ser mediadora, actuando en nombre y representación de la entidad financiera, en operaciones propias de banca con particulares y con empresas.
2. En el mes de agosto de 2016, el administrador único de la sociedad INMOZEVILLA SL (el Sr. Juan Pérez), contrató a la Sra. María Sánchez para que ésta llevase a cabo labores de administrativa y se encargase del trato directo con los clientes.
3. Desde el mes de noviembre de 2016, la Sra. Sánchez, sin conocimiento del Sr. Pérez y de la entidad financiera, con la intención de obtener un beneficio ilícito, suscribió cincuenta documentos de reintegro de cuentas bancarias pertenecientes a distintos clientes del banco, y con desconocimiento de los titulares de dichas cuentas bancarias y simulando su firma, dispuso de un importe reintegrado de 900.000 €.
4. El 15 de mayo de 2018, BANCO MERITEL SA descubrió la dinámica delictiva de la Sra. Sánchez.

5. El 16 de mayo de 2018, la entidad financiera resolvió el contrato de colaboración suscrito con INMOZEVILLA SL (mediante envío de burofax).
6. La Sra. Sánchez, al tener conocimiento de tales hechos, causó baja voluntaria si bien continuó acudiendo a la oficina de INMOZEVILLA SL. De igual modo, dicha mercantil, siguió, de hecho, realizando labores de agencia colaboradora para el BANCO MERITEL SA, y ello con conocimiento y consentimiento de ambas mercantiles.
7. La Sra. Sánchez, prosiguió con su dinámica y suscribió tres nuevos contratos de depósito por un total de 20.000 € a un interés alto, cuyo importe recibió en la oficina de INMOZEVILLA SL y del que no dio cuenta ni ingreso en la sucursal. Uno de estos depósitos lo realizó fuera de la sucursal, en casa de una amiga íntima, que le entregó el dinero en el domicilio y del que tampoco consta su ingreso en la sucursal.
8. Ni INMOZEVILLA SL ni BANCO MERITEL SA comunicaron a los clientes de la sucursal las incidencias habidas en la gestión de agencia colaboradora de la entidad.
9. El 18 de junio de 2018 la entidad financiera emitió un informe de auditoría interna (si bien en el mismo no se concretaron las cantidades defraudadas definitivas).
10. El 31 de julio de 2018, BANCO MERITEL SA decidió interponer denuncia contra el Sr. Pérez y la Sra. Sánchez.
11. El 31 de agosto de 2018, INMOZEVILLA SL cerró definitivamente al público, momento éste hasta el que la sucursal había seguido operativa con el letrado oficial de BANCO MERITEL SA.

V. CUESTIONES PLANTEADAS

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, y teniendo en cuenta que se trata de analizar, por un lado, la eventual responsabilidad penal en que hubieran podido incurrir la entidad financiera BANCO MERITEL SA, la mercantil INMOZEVILLA SL, así como las personas físicas involucradas en tales hechos; y, por

otro lado, y directamente ligado con lo anterior, la estrategia de defensa a seguir en relación a cada uno de tales sujetos; se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

1. Análisis y tipificación de los hechos cometidos por la Sra. Sánchez, tanto en relación a las operaciones de reintegro (mediando, para ello, simulación en las firmas de los clientes, y por ende, una falsedad documental) como en lo concerniente a los tres contratos de depósito suscritos: examen de si concurren los elementos típicos de los delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad documental.
2. Examen de los argumentos para la defensa procesal y jurídica de la Sra. Sánchez.
3. Análisis de la eventual responsabilidad penal a la que pudiera enfrentarse el Sr. Pérez con ocasión de no haber ejercido el debido control sobre su empleada.
4. Examen de los argumentos para la defensa procesal y jurídica del Sr. Pérez.
5. Análisis de cuáles son los presupuestos de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo que pueda determinarse en relación a cada una de las mercantiles referidas, si éstas pudieran tener, o no, responsabilidad penal por los hechos expuestos (o si, en su caso, pudieran responder como responsables civiles subsidiarias).
6. A la vista de lo anterior, y una vez concretada la posible responsabilidad penal a la que pudieran enfrentarse cada una de tales personas jurídicas, debe precisarse la estrategia de defensa a seguir en relación a cada una de ellas.

Si bien es cierto que la cuestión nuclear del presente Dictamen lo constituye el análisis de la responsabilidad penal de la entidad financiera, en la medida en que las conclusiones que se alcancen al estudiar la responsabilidad penal de las personas físicas tendrán repercusión directa en aquella (ya que atañe directamente a las vías de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica, así como en los delitos atribuibles a la misma), considero más acertado abordar el estudio de las cuestiones suscitadas en el orden referido *ut supra*.

VI. NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA APLICADAS

Para la resolución de las cuestiones jurídicas referidas, debe acudirse a la siguiente normativa, jurisprudencia y doctrina, de aplicación a las mismas:

A) Normativa

- a. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 1978, Núm. 311.
 - Art. 24.2º: relativo a la tutela judicial efectiva.
- b. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, Núm.281, página 33987.
 - Art. 11: sobre la comisión por omisión.
 - Art. 12: consagra que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando la Ley lo prevea expresamente.
 - Art. 21.5º: circunstancia atenuante de reparación del daño.
 - Art. 26: define el concepto de documento.
 - Art. 31 *bis*: sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
 - Art. 31 *ter*: relativo a la independencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de la responsabilidad de la persona física que comete los hechos.
 - Art. 31 *quater*: recoge las atenuantes específicas aplicables a las personas jurídicas.
 - Art 73: concurso real de delitos.
 - Art. 77: concurso medial de delitos.
 - Art. 74: sobre la continuidad delictiva.
 - Art. 80: establece los requisitos para la suspensión de la pena de prisión.
 - Art. 120.4º: que regula la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa respecto de los delitos cometidos por sus trabajadores.
 - Art. 129: regula la responsabilidad penal de las entidades sin personalidad jurídica.

- Art. 248: regula el tipo básico del delito de estafa.
 - Art. 250: contempla las modalidades agravadas del delito de estafa.
 - Art. 253: sobre el delito de apropiación indebida.
 - Art. 390: sobre las modalidades delictivas de la falsedad documental.
 - Art. 392: regula la falsedad cometida por un particular en documento mercantil.
 - Art. 395: regula la falsedad cometida por un particular en documento privado.
- c. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 23 de junio de 2010, Núm. 152, página 54811.
- Por la que se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico.
- d. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 31 de marzo de 2015, Núm. 77.
- Su exposición de motivos es clara al señalar la responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho propio.
- e. Ley 31/2014 de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. *Boletín Oficial del Estado*, de 4 de diciembre de 2014, Núm. 293, página 99793.
- Apartados 13 y 41 que modifican, respectivamente, los arts. 225 y 529 *ter* del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y que introducen de forma específica el deber de control de la sociedad y de la gestión de los riesgos por parte de los administradores.
- f. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado*, de 17 de septiembre de 1882, Núm.260.
- Art. 119: sobre los derechos que asisten al investigado en el proceso penal.

B) Jurisprudencia

- a. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 634/2000 de 26 de junio; sobre la naturaleza mercantil de los documentos de reintegro bancario.
- b. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 956/2003 de 26 junio 2003; sobre la diligencia exigible a la víctima de los delitos de estafa.
- c. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 989/2005 de 7 de julio; consagra el deber de interpretar restrictivamente la autotutela de la víctima del delito de estafa.
- d. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 928/2005, de 11 de julio; sobre la idoneidad objetiva del engaño en el delito de estafa.
- e. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 1196/2009, de 23 de noviembre; sobre el concepto de documento mercantil.
- f. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 35/2010 de 4 de febrero; sobre falsedad en documento mercantil.
- g. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 954/2010 de 3 de noviembre; sobre la comisión por omisión de los delitos de estafa.
- h. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 1058/2010 de 13 de diciembre; sobre el delito de comisión por omisión.
- i. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 162/2012 de 15 de marzo; sobre el engaño bastante del delito de estafa.
- j. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 37/2013 de 30 de enero, sobre la naturaleza de documento mercantil de los documentos de reintegro.
- k. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 91/2013, de 1 de febrero; sobre el quebrantamiento de la confianza como esencia del delito de apropiación indebida.
- l. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 319/2013 de 3 de abril, sobre el engaño bastante del delito de estafa.
- m. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 331/2014 de 15 de abril, sobre el engaño bastante del delito de estafa.
- n. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 532/2014 de 28 de mayo; sobre los fundamentos de la responsabilidad civil subsidiaria ex delicto.

- o. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 514/2015, de 2 de septiembre; establece el punto de partida para las interpretaciones sobre el modelo de responsabilidad penal vigente en nuestro ordenamiento.
- p. Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, 154/2016, de 29 de febrero; en que se abordan cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- q. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 221/2016, de 16 de marzo; en que se acuña el concepto de «delito corporativo».
- r. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 516/2016, de 13 de junio; en que se afirma se debe optar por un sistema de autorresponsabilidad.
- s. Auto del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, de 28 de junio de 2016, en que se aclara la STS 516/2016, de 13 de junio, decantándose expresamente por un sistema de autorresponsabilidad.
- t. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 614/2016 de 8 de julio; sobre el engaño bastante del delito de estafa.
- u. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 744/2016, de 6 de octubre, sobre la aplicación del art. 119 LECrim a las personas jurídicas, especialmente relativo a la designación de representante empresarial para el proceso (diferente del representante legal de la empresa).
- v. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 17/2017 de 20 de enero; relativa a la posición de garante en los supuestos de comisión por omisión.
- w. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 31/2017, de 26 de enero, en que se incide sobre la necesidad de evitar conflictos de intereses en aquellos supuestos en que el representante de la persona jurídica imputada es también investigado en la misma causa.
- x. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 121/2017, de 23 de febrero, relativa al catálogo de delitos imputables a las personas jurídicas y en que se reconoce la crítica doctrinal existente respecto de la no inclusión de delitos tales como la apropiación indebida o contra los derechos de los trabajadores.

- y. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 260/2017, de 6 de abril; sobre los fundamentos de la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto*.
- z. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 583/2017, de 19 de julio en que se desarrolla el estatuto procesal de la persona jurídica (derecho de defensa y a la última palabra).
- aa. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 668/2017, de 11 de octubre, en que el Alto Tribunal reitera que para condenar a una persona jurídica es necesario constatar que la misma no ha adoptado medidas de control eficaces para la evitación de la conducta delictiva en cuestión.
- bb. Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 2ª, de lo Penal, 737/2018, de 5 de febrero, sobre el delito de apropiación indebida.
- cc. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 365/2018 de 18 de julio, sobre la aplicación de las reglas previstas en los apartados 1 y 2 del art. 74 CP.
- dd. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 613/2018, de 29 de noviembre, referente a la distinción entre la omisión propia pura y la comisión por omisión.
- ee. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 123/2019, de 8 de marzo, en que el Alto Tribunal aboga por un sistema de autorresponsabilidad en clave de hecho de conexión.
- ff. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 182/2019 de 2 de abril, sobre naturaleza y características del delito de apropiación indebida.
- gg. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 477/2019 de 14 de octubre, sobre los fundamentos de la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto*.
- hh. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, 530/2019 de 31 de octubre, sobre los fundamentos y requisitos de la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto*.
- ii. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 27/2020 de 4 de febrero, la creación de un documento *ex novo*, falsificando la firma del verdadero titular, constituye una falsedad documental de carácter material.

- jj. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal 35/2020 de 6 de febrero, relativo a los elementos típicos del delito de estafa.
- kk. Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 2ª, de lo Penal, 81/2020 de 26 de febrero, que confirma la condena por un delito de apropiación indebida por parte de un empleado de la entidad financiera al retirar fondos de las cuentas corrientes de clientes del banco.
- ll. Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014, relativo a la inimputabilidad de las sociedades pantalla o meramente instrumentales.
- mm. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2ª, 30/2018 de 30 de enero, que aprecia la existencia de un delito de apropiación indebida por parte de un empleado de la entidad financiera al retirar fondos de las cuentas corrientes de clientes del banco.

C) Doctrina

Si bien la doctrina no constituye fuente del Derecho, el recurso a la opinión interpretativa mayoritaria debe necesariamente tenerse en cuenta para un completo y adecuado análisis de las cuestiones jurídicas indicadas; de modo que para la elaboración del presente Dictamen debe tenerse en cuenta lo expresado por:

- a. AYALA GONZÁLEZ, A. «¡Houston, tenemos un problema! la indecisión del Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Diario La Ley*. 2019, Núm. 9417.
- b. BARDAVÍO ANTÓN, C. «Imputación y límites del riesgo en la responsabilidad penal de la persona jurídica: premisas y fundamentos de una auténtica responsabilidad». VVAA., *Responsabilidad penal y mapa de riesgos en la empresa. Análisis práctico*. Wolters-Kluwer, 2020 (manuscrito, en prensa).
- c. CARRETERO SÁNCHEZ, S. «El papel de los Principios Generales del Derecho en la responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Diario La Ley*. 2016, Núm. 8751.
- d. DEL ROSAL BLASCO, B. «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS

154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado». *Diario La Ley*. 2016, Núm. 8732.

- e. DEL ROSAL BLASCO, B. *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*. 1ª ed. Madrid: La Ley -Wolters Kluwer, 2018.
- f. FEIJOO SÁNCHEZ, BJ. «Los requisitos del artículo 31 bis». En: BAJO FERNÁNDEZ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2ª ed. Madrid: Aranzadi, 2016.
- g. GALLEGO SOLER, JI. y HORTAL IBARRA, C. «Actividad económica y delitos patrimoniales». En: CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. *Manual de Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Tomo 2. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- h. GARCÍA-PANASCO MORALES, G. «El sistema vicarial y la carga de la prueba sobre los programas compliance en la responsabilidad penal de las personas jurídicas: hacia la superación de un desencuentro». *Diario La Ley*. 2018, Núm. 9227.
- i. GIMENO BEVIÁ, J. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. 1ª ed. Pamplona: Civitas, 2016.
- j. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: BANALOCHE PALAO, J. y GÓMEZ JARA DÍEZ, C. y ZARZALEJOS NIETO, J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2011.
- k. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «El sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: BANALOCHE PALAO, J. y GÓMEZ JARA DÍEZ, C. y ZARZALEJOS NIETO, J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2011.
- l. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014». *Diario La Ley*. 2014, Núm. 8341.

- m. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Diario La Ley*. 2016, Núm. 8830.
- n. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora». *Diario La Ley*. 2016, Núm. 8724.
- o. GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. 1ª Edición. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- p. GÓMEZ TOMILLO, M. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento». *Diario La Ley*. 2016, Núm. 8861.
- q. GÓMEZ TOMILLO, M. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín». *Diario La Ley*. 2016, Núm. 8747.
- r. GOYENA HUERTA, J. «El delito de estafa y el deber de autoprotección de la víctima». *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2017, Núm. 10.
- s. JUANES PECES, A. *Colección Tribunal Supremo. Código Penal. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. 5ª Edición. Madrid: Lefebvre El Derecho, 2018.
- t. MERCEDES MARTÍN, V. «La responsabilidad penal de los administradores y del compliance officer en la última reforma del Código Penal». *Actualidad Jurídica Aranzadi*. 2015, Núm. 910/2015.
- u. MONTANER, R. y FORTUNY CENDRA, M. «La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs. UNE 19601». *La Ley Penal*. 2018, Núm. 132.
- v. NIETO MARTÍN, A. «Introducción». En: ARROYO ZAPATERO, L y NIETO MARTÍN, A. *El Derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- w. PASTOR MUÑOZ, N. «Delitos contra el patrimonio (II)». En: SILVA SÁNCHEZ, JM. *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. 3ª ed. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011.

- x. VELASCO NUÑEZ, E. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales». *Diario La Ley*. 2012, Núm. 7883.
- y. VELASCO NUÑEZ, E. y SAURA ALBERDI, B. *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*. 1ª Edición. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- z. VILLEGAS GARCÍA, M.A. «Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero». *Diario La Ley*. 2016, Núm. 8721.
- aa. ZUGALDIA ESPINAR, J.M. «Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (a propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016) ». *La Ley Penal*. 2016, Núm. 119.

D) Otros

- a. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2007, relativo a la unificación de criterios en torno a la penalidad del delito continuado de estafa y apropiación indebida.
- b. Alerta 1/2016 del Instituto Español de Ética y Compliance, titulada Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado como marco de referencia en la evaluación de los programas de compliance en las empresas españolas, de 26 de febrero de 2016.
- c. Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, de la Fiscalía General del Estado. Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.
- d. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

VII. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Análisis y tipificación de los hechos cometidos por la Sra. Sánchez

En el presente apartado se analizará el reproche penal que merecen los hechos cometidos por la Sra. Sánchez, separando aquellos correspondientes a las operaciones de reintegro bancario (respecto de los cuáles se estudiarán los elementos típicos de los delitos de falsedad documental y de apropiación indebida); de aquellos correspondientes a la suscripción de los contratos de depósito, subsumibles en el delito de estafa.

1.1. En relación a las operaciones de reintegro bancario

Tal y como se desprende de los antecedentes de hecho expuestos en el presente Dictamen, la Sra. Sánchez, con la intención de obtener un beneficio ilícito, suscribe cincuenta documentos de reintegro bancario de cuentas corrientes pertenecientes a distintos clientes de la entidad financiera, simulando para ello la firma de los titulares, y disponiendo finalmente, de un importe reintegrado total de 900.000 €. Ahora bien, la redacción del supuesto práctico planteado, tal y como se analizará a continuación, permite la realización de diversas interpretaciones, lo que llevará aparejado diversas consecuencias jurídicas.

1.1.1. Delito de falsedad documental

Precisamente, y si bien el supuesto de hecho no ofrece dudas en cuanto a la simulación de la firma de los verdaderos titulares de las cuentas corrientes por parte de la Sra. Sánchez, nada dice respecto a si dicha falsificación se produce para facilitar la apropiación del dinero (p. ej., porque las operaciones de reintegro no las realiza ella directamente) o simplemente para encubrir dicha distracción (p. ej., ante una posible auditoria futura). La consideración de si nos encontramos ante uno u otro supuesto, puede resultar determinante para apreciar si nos encontramos ante un documento mercantil o uno privado —lo que, a su vez, tendrá su reflejo en el tipo penal aplicable—.

En cualquier caso, la primera cuestión a valorar es si los documentos de reintegro tienen la condición de documento a efectos penales, para lo que debe traerse a colación lo dispuesto por el art. 26 CP. Dicho precepto, define como documento «todo soporte material que incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica», de modo que podemos afirmar que los documentos de reintegro bancario suscritos por la Sra. Sánchez sí que tienen la consideración de documento a efectos penales.

A mayor abundamiento, y en cuanto a su naturaleza (mercantil o privada¹), el Código Penal no ofrece una definición sobre el concepto de mercantil, entendiendo el máximo intérprete de la legalidad que se trata de un concepto amplio, «equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter» (STS 35/2010 de 4 de febrero, FJ 5º). En línea con ello, recoge la STS 37/2013 de 30 de enero (FJ 11º)², que los documentos de reintegro bancario tienen la consideración de documentos mercantiles, y ello puesto que reflejan realidades económicas que afectan a clientes del banco y constituyen un soporte material destinado a incorporar datos y hechos con eficacia probatoria, gozando por ende de una inequívoca relevancia jurídica en el tráfico habitual de la entidad financiera con sus clientes.

Nos encontramos, por tanto, ante la comisión de un delito de falsedad documental previsto en el art. 392 CP (en relación con el art. 390.1 CP). La STS 27/2020 de 4 de febrero (FJ 3º) es contundente al afirmar que la creación de un documento *ex novo*, falsificando la firma del verdadero titular constituye una falsedad documental de *carácter material*, que merece de reproche penal —en contraposición con las falsedades ideológicas³ que están despenalizadas cuando son cometidas por particulares—. Ahora bien, lo que no es tan claro es en cuál de las

¹ Es evidente que no nos encontramos ante un documento público u oficial, en los que es indispensable la intervención de un fedatario o funcionario público.

² En idéntico sentido se pronuncia la STS 634/2000 de 26 de junio, FJ 6º.

³ Faltar a la verdad en la narración de los hechos.

modalidades comisivas del art. 390.1 CP⁴ debe incardinarse la simulación que nos ocupa (y es que podríamos entender que nos encontramos ante la simulación total de un documento o ante la suposición de que en un acto han intervenido personas que en realidad no lo han hecho).

No obstante, la tipificación de los hechos conforme a una modalidad comisiva concreta del art. 390.1 CP debe relegarse a un segundo plano, y es que la jurisprudencia ya ha precisado que las tres modalidades comisivas contempladas por dicho precepto no constituyen compartimentos estancos, siendo perfectamente posible que un mismo hecho sea susceptible de ser subsumido en más de una de las modalidades típicas de dicho precepto (sirva de ejemplo la ya citada STS 37/2013 de 30 de enero, FJ 10º).

Por consiguiente, y a modo de recapitulación, en el supuesto que nos ocupa concurren los elementos típicos del delito de falsedad en documento mercantil previsto por el art. 392 CP en relación con el art. 390.1 CP. Delito de falsedad respecto del que cabe apreciar también la existencia de una continuidad delictiva (al amparo de lo dispuesto en el art. 74.1 CP), y ello puesto que la conducta de la Sra. Sánchez se prolongó en el tiempo (aproximadamente durante 2 años), realizando diversos actos dirigidos a la misma finalidad.

1.1.2. Delito de apropiación indebida

Al igual que ocurre respecto del delito de falsedad documental, la redacción del supuesto práctico también permite la realización de diversas interpretaciones sobre la mecánica concreta en virtud de la cual la Sra. Sánchez se apropia finalmente de los 900.000 €. Y así, a efectos de tipificación, no es lo mismo que sea ella misma la que efectúe los reintegros, o que, por el contrario, se valga de una tercera persona —a la que engaña— para su ejecución (p. ej., trabajadora de la ventanilla del banco o mediante la autorización de su superior jerárquico). La diferenciación de si nos

⁴ Alterar un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad; o, suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuir a las que sí que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes a las efectuadas.

encontramos ante uno u otro supuesto conlleva la tipificación de los hechos como un delito de estafa o como un delito de apropiación indebida.

En consonancia con lo argumentado en el apartado precedente, y entendiendo que en el caso que nos ocupa es la propia Sra. Sánchez quien ejecuta las operaciones de reintegro⁵, considero que los hechos por ella cometidos deben tipificarse conforme a lo dispuesto en el art. 253 CP⁶.

Dicho precepto regula el delito de apropiación indebida, cuya conducta típica consiste en la apropiación de una cosa mueble ajena entregada por el dueño de la misma en virtud de título no traslativo de dominio, que se produce por «el cambio de la naturaleza de la posesión de la que ya goza como titular el sujeto activo que se transmuta en una situación de propiedad de hecho, ejerciendo el autor poderes dominicales que no le corresponden e incorporando el objeto a su patrimonio» (GALLEGO SOLER y HORTAL IBARRA 2016, p. 267). De este modo, el tipo penal se caracteriza por «la transformación que el sujeto activo hace de la posesión adquirida legítimamente por la entrega en confianza de la disponibilidad de la cosa, en una titularidad ilegítima en concepto de dueño de unos bienes de los que se apodera» (STS 182/2019 de 2 de abril, FJ 2º)⁷.

Es precisamente, esa *posesión legítima* el elemento que marca una diferencia esencial respecto del delito de estafa, y es que tal y como destaca PASTOR MUÑOZ (2011, p. 246), mientras que en la estafa «se produce un engaño inicial que provoca el desplazamiento patrimonial perjudicial para la víctima, en la apropiación indebida el desplazamiento de la cosa al autor es un acto libre en el que no media engaño ni manipulación alguna por parte del autor».

Y así, la jurisprudencia en supuestos análogos al que nos ocupa (sirvan de ejemplo las STSS 81/2020 de 26 de febrero y 737/2018 de 5 de febrero) considera que el aprovechamiento por parte de los empleados de una entidad financiera del

⁵ No ha mediado contacto personal alguno entre ella y los clientes perjudicados por las retiradas de fondos efectuadas, de modo que no parece razonable apreciar la existencia de engaño alguno ni tampoco la realización por los clientes de ningún acto de disposición patrimonial.

⁶ En idéntico sentido se pronuncia la SAP Ourense, Sección 2ª, 30/2018 de 30 de enero, FJ 5º, confirmada por la STS 81/2020 de 26 de febrero.

⁷ La esencia del delito radica así en la «defraudación de la confianza» que supone la tenencia lícita previa del objeto material (STS 91/2013, de 1 de febrero, FJ 3º).

acceso permitido a las cuentas corrientes de los clientes y la distracción de dinero en beneficio propio constituye un delito de apropiación indebida.

A mayor abundamiento, a la vista de que el importe total defraudado asciende a 900.000 €, y que, al igual que ocurría respecto del delito de falsedad documental, las operaciones de reintegro efectuadas se realizaron durante aproximadamente dos años, cabe analizar también la posible aplicación de circunstancias agravantes y de la continuidad delictiva.

En lo que a las circunstancias agravantes se refiere, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la posibilidad de aplicar el abuso de las relaciones personales (art. 253 en relación con el 250.1.6º CP) en supuestos como el que nos ocupa, en que los empleados de una entidad financiera gozan de la confianza del cliente. Pues bien, para poder apreciar la concurrencia de dicha agravante se exige un «plus de desvalor distinto al que supone la violación de la confianza inherente a la relación jurídica que ha generado el título posesorio» (SAP Ourense, Sección 2ª, 30/2018 de 30 de enero, FJ 4º, confirmada por la STS 81/2020 de 26 de febrero), plus que no concurre en el caso que nos ocupa.

Por otro lado, atendiendo a que el valor total de los importes reintegrados excede de 50.000 € y afecta además a un elevado número de personas, cabe plantearse también la posibilidad de aplicar la circunstancia agravante prevista en el art. 253 en relación con el 250.1.5º CP. Ahora bien, la aplicación de dicha agravante puede entrar en conflicto —por vulnerar el principio *ne bis in idem*— con las normas relativas a la continuidad delictiva previstas en el art. 74 CP. Refiere al respecto la STS 365/2018 de 18 de julio (FJ 2º) que «solo se produciría una incompatibilidad, por apreciarse dos veces el fenómeno de la reiteración y cualificación, en el caso de que la continuidad delictiva fuera la razón del surgimiento de la cualificación, esto es, cuando las distintas cuantías apropiadas, defraudadas o sustraídas, insuficientes para cualificar, globalmente consideradas determinan la exasperación de la pena prevista en el artículo 250.1.5 CP».

En el caso analizado, se desconoce el importe concreto defraudado en cada una de las 50 operaciones efectuadas, pero en tanto que la media de las mismas oscila en 18.000 €, es evidente que no todas ellas son susceptibles, por sí mismas, de

integrar la cualificación. Por ello, y atendiendo a que tal y como ya acordó el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo el 30 de octubre de 2007, prevalece la aplicación de la regla prevista en el apartado 2 del artículo 74 CP, los hechos cometidos por la Sra. Sánchez en relación a las operaciones de reintegro deben tipificarse como un delito de apropiación indebida en su modalidad agravada (art. 253 en relación con el art. 250.1.5º y 74.2º CP).

1.1.3. Relación concursal entre el delito de falsedad documental y el delito de apropiación indebida

Por último, teniendo en cuenta que los hechos relacionados con las operaciones de reintegro han dado lugar a la comisión por parte de la Sra. Sánchez de un delito continuado de falsedad documental y de otro delito de apropiación indebida, debe concretarse cuál es la relación concursal existente entre ambos. Continuando con la línea argumental expuesta previamente (es ella misma quién ejecuta las órdenes de reintegro), más bien parece que la falsedad tiene por objeto dotar a dichas operaciones de apariencia de legalidad, por lo que nos encontraríamos ante un concurso real de delitos (art. 73 CP)⁸.

1.2. En relación a los contratos de depósito: delito de estafa

Por otro lado, en relación a los hechos relativos a la suscripción de los tres contratos de depósito, hemos de tener en cuenta que, a diferencia del supuesto anterior, en este caso la Sra. Sánchez sí que se vale de un engaño para la suscripción de los mismos, lo que nos conduce directamente al delito de estafa.

Concretamente, el art. 248.1º CP regula el tipo básico de la estafa, definiendo ésta como la conducta consistente en utilizar, con ánimo de lucro «engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno». Son, por tanto, los elementos típicos del tipo penal los siguientes (sirva de ejemplo la STS 35/2020 de 6 de febrero, FJ 11º):

⁸ Si la falsedad se hubiera cometido para facilitar la distracción del dinero, se trataría de un concurso medial de delitos (art. 77.1º CP).

1. El *engaño*, requisito fundamental del delito que además de ser procedente o concurrente a la defraudación, tiene que ser considerado de entidad suficiente para producir el traspaso patrimonial, maliciosamente provocado. En este sentido, el engaño ha de ser calificado como *bastante*, es decir «suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto» (GALLEGO SOLER y HORTAL IBARRA, 2016, p. 246).
2. El *error* esencial en el sujeto pasivo.
3. El *acto de disposición patrimonial*, consecuencia del engaño sufrido, que provoca un perjuicio en el disponente y un beneficio en el autor de la defraudación o en un tercero.
4. El *ánimo de lucro*, ya sea en beneficio propio o de un tercero, deducible del complejo de los actos realizados.
5. El *nexo causal* entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, apareciendo éste como inexorable resultado —toda y ello puesto que el dolo *subsequens*, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trata, equivale a un mero incumplimiento de lo pactado (irrelevante a efectos penales y que debe dilucidarse en el campo privado)—.

El elemento esencial del delito de estafa es, por tanto, el *engaño bastante*. La jurisprudencia (sirvan a modo de ejemplo las STSS 319/2013 de 3 de abril (FJ2º) y 331/2014 de 15 de abril (FJ 4º)) es clara al afirmar que la idoneidad de dicho engaño debe ser valorada atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado, así como de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto. En este sentido, y siguiendo a GALLEGO SOLER y HORTAL IBARRA (2016, p. 246) «la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico caso de que se trate». Dicho de otra manera, lo que muchas veces se ha de analizar no es tanto la existencia del engaño, sino su suficiencia.

En el caso analizado, si bien se desconoce la formación o perfil inversor de los perjudicados, teniendo en cuenta que los contratos de depósito se suscriben en las oficinas de atención al público, y dado que a mi parecer, el hecho de que los

rendimientos fueran elevados tampoco es tan determinante como para poder apreciar una negligencia por parte de los clientes⁹, considero que sí que concurre engaño *bastante*. Además, se aprecia también error esencial en los clientes, quienes actuando bajo la creencia de que efectivamente estaban suscribiendo un contrato de depósito, entregan el importe correspondiente a la Sra. Sánchez (acto de disposición). Existe por tanto un nexo causal entre el engaño y perjuicio sufrido por los clientes, quienes de haber sabido las verdaderas intenciones de la Sra. Sánchez, no le hubieran entregado cantidad de dinero alguna. Y lo mismo cabe decir respecto del resto de los elementos subjetivos del injusto: ánimo de lucro y dolo.

Por otro lado, y en el caso concreto del contrato suscrito por su amiga íntima, considero que esta operación en concreto merece especial reproche; pues se lleva a cabo con abuso de las relaciones personales existentes entre ambas (art. 250.1.6º CP). De este modo, sí que concurre un plus de desvalor en su conducta, pues además de la confianza inherente a su condición de empleada de la entidad financiera, concurre también la confianza propia de toda relación de amistad íntima.

En definitiva, y a modo de conclusión, nos encontramos ante la comisión por parte de la Sra. Sánchez de dos delitos de estafa penados en el art. 248.1º CP y de otro delito de estafa agravado tipificado en el art. 250.1.6º CP; todos ellos en concurso real de delitos.

Segundo.- Argumentos a esgrimir para la defensa procesal y jurídica de la Sra. Sánchez

A la vista de las conclusiones alcanzadas en el Fundamento Jurídico precedente, y habiendo cometido la Sra. Sánchez, por un lado, un delito continuado de falsedad documental en concurso real con un delito agravado de apropiación indebida, y por otro, dos delitos de estafa y otro delito de estafa agravada (también en concurso real), cabe analizar, a continuación, los argumentos a seguir para su defensa.

⁹ Tal y como posteriormente se analizará, la invocación del deber de autoprotección de la víctima puede ser una estrategia de defensa.

En este sentido, considero imprescindible conocer si la trazabilidad del dinero de la cuenta corriente de los perjudicados a la cuenta corriente titularidad de la Sra. Sánchez está, o no, documentalmente acreditada, puesto que de ser así, una buena opción a valorar sería alcanzar una conformidad (máxime si tenemos en cuenta que las penas mínimas previstas por dichos tipos penales son inferiores a los dos años de prisión¹⁰).

Del mismo modo, y especialmente en relación a los delitos de falsedad documental y de estafa, existen determinadas corrientes jurisprudenciales minoritarias que podrían alegarse para discutir el reproche penal que merecen los hechos cometidos por la Sra. Sánchez (tales como la efectiva afección al tráfico jurídico de los documentos de reintegro falsificados y el principio de autoprotección de la víctima). Se trata de argumentos que, como posteriormente se dirá, más que para defender la irrelevancia penal de los hechos cometidos por aquella, podrían servir para negociar la minoración de la pena.

2.1. Afección al tráfico jurídico de los documentos de reintegro falsificados

Comenzando por la primera de tales cuestiones, y dado que el legislador equipara las falsedades cometidas en documentos mercantiles a aquellas que afectan a documentos oficiales o públicos (respecto de las que se prevé una sanción superior que a las cometidas en el resto de los documentos privados), es necesario que la falsedad cometida afecte al tráfico jurídico; y ello puesto que aquellas falsedades que a pesar de haberse realizado en el seno de una actividad profesional «limiten su eficacia al ámbito externo sin transcendencia al exterior, esto es, sin conexión alguna con el público o los clientes o proveedores» se considerarán realizadas en documentos privados a efectos de punición, y es que, en realidad, son ajenos al intercambio de bienes o servicios (STS 1196/2009, de 23 de noviembre, FJ 10^o).

¹⁰ El delito continuado de falsedad documental lleva aparejada una pena de prisión de un año y nueve meses a tres años y multa de nueve a doce meses; el delito agravado de apropiación indebida y el agravado de estafa de uno a seis años de prisión; y el delito básico de estafa de un año y nueve meses de prisión a 3 años.

Ello, aplicado al caso que nos ocupa, nos permitiría sostener que dado que los documentos de reintegro únicamente tienen como finalidad encubrir la distracción de los 900.000 €, en realidad no han afectado al tráfico jurídico, y por tanto, gozarían de naturaleza privada. Teniendo en cuenta, además, que el art. 395 CP exige el ánimo de perjudicar a otro (ánimo que en este caso no concurre, pues las firmas no se simulan para perjudicar sino para dotar de apariencia de legalidad a las operaciones realizadas), podría incluso llegar a discutirse la relevancia penal de estos hechos.

2.2. Principio de autoprotección de la víctima en los delitos de estafa

Por otro lado, atendiendo a que la suscripción de los contratos de depósito está rodeada de circunstancias que pudieran tildarse de no habituales —se ofrecen unos rendimientos elevados y una de las suscripciones se lleva a cabo en un domicilio particular—, podría tratar de invocarse el principio de autoprotección de la víctima (y tratar de excluir así la responsabilidad penal de la Sra. Sánchez en relación a los delitos de estafa).

Precisamente, la consideración del engaño como *bastante*, pone de manifiesto, según indica GOYENA HUERTA (2017, p. 3) que la suficiencia del mismo tiene «una proyección bicéfala en la medida en que no sólo exige que el agente haya puesto en marcha un ardid o maquinación objetivamente o subjetivamente fraudulentos, sino también que la víctima haya actuado con una mínima diligencia»¹¹. De este modo, la jurisprudencia, niega la tipicidad cuando «el error proviene no tanto de la maniobra engañosa del defraudador, cuanto del manifiesto descuido del sujeto pasivo» (STS 614/2016 de 8 de julio, FJ 2º); afirmando que, una «absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño» (STS 928/2005, de 11 de julio, FJ 2º). En este sentido, no puede exigirse la misma diligencia a una persona con sólida formación y experiencia en la rama comercial de que se trate, que a una persona lega o inexperta en la materia; debiendo adecuarse la diligencia exigible a las características propias del sujeto pasivo concurrentes en cada caso concreto.

¹¹ De ahí que el denominado principio de autoprotección de la víctima opere como elemento delimitador de la idoneidad típica del engaño.

Ahora bien, al margen de lo anterior, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de engaño burdo, y otra, y como indica la STS 162/2012 de 15 de marzo (FJ 11º) «que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales»¹². Por ello, dicho deber de autotutela debe ser interpretado de forma completamente restrictiva, constituyendo una excepción a la regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas.

A fin de valorar cuáles son las medidas de autoprotección exigibles a la víctima se ha de tener especialmente en cuenta el contexto jurídico o económico en el que tiene lugar la actividad o negocio fraudulento, lo que obliga a tomar en consideración los usos o prácticas habituales en cada rama de la vida económica o jurídica. Y ello puesto que la diligencia exigible será «la propia del ámbito en que se desarrollen los hechos según los usos habituales en el mismo, de forma que la omisión de aquella pudiera considerarse una conducta excepcional, por su negligencia» (STS 956/2003 de 26 de junio; FJ 3º)¹³.

En el caso concreto objeto de análisis, podría tratar de sostenerse que el hecho de que los depósitos ofrecieran rendimientos más elevados a los que acostumbran este tipo de productos financieros, así como que uno de los contratos se suscribiera en un domicilio particular, son circunstancias que debían haber alertado a los clientes de que se trataba de un engaño.

Ahora bien, en mi opinión, se trata de circunstancias que no tienen entidad suficiente como para ser consideradas negligencia por parte de los perjudicados (si bien se desconoce cuál es la formación o el perfil inversor de cada uno de ellos). Además, tal y como he argumentado previamente, el hecho de que uno de los

¹² En esta línea, concluye el Alto Tribunal que «no resulta procedente, renunciar a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas» (STS 331/2014 de 15 de abril, FJ 16º).

¹³ En idéntico sentido, añade la STS 989/2005 de 7 de julio (FJ 3º), que el ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector concreto en que se opere, debiéndose analizar, entre otras circunstancias «la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección».

contratos se celebre en el domicilio particular de una amiga íntima (y a pesar de ser indiscutible que en la práctica habitual tales contratos se suelen celebrar en las oficinas de la entidad financiera) más que como negligencia debe valorarse como muestra de la confianza depositada en la Sra. Sánchez.

2.3. Estrategia procesal

En definitiva, y dado que en mi opinión, ambas argumentaciones van a tener poco recorrido en el Juzgado, considero que lo más adecuado sería utilizar las mismas para alcanzar un acuerdo de mínimos con la acusación. Acuerdo en el que, de haber procedido a la devolución de los importes sustraídos, podría aplicarse también una atenuante cualificada de reparación del daño causado (art. 21.5º CP).

De este modo, de acordar una pena inferior a los dos años de prisión para cada uno de los delitos cometidos, al amparo de lo dispuesto por el art. 80 CP, la Sra. Sánchez podría beneficiarse de la suspensión de tales penas y no ingresar en prisión.

Tercero.- Análisis de la eventual responsabilidad penal a la que pudiera enfrentarse el Sr. Pérez con ocasión de no haber ejercido el debido control sobre su empleada

En este apartado se analizará si el Sr. Pérez, administrador único de INMOZEVILLA SL, debe responder penalmente por los hechos cometidos por la Sra. Sánchez, y ello por no haber ejercido el debido control sobre su empleada.

Antes de nada, cabe precisar que dentro de los delitos de omisión, se distingue entre los denominados de omisión propia pura y los de omisión impropia (también denominados de *comisión por omisión*), siendo la diferencia principal entre ambos que si bien en la omisión propia el sujeto se limita a no intervenir ante un peligro ya existente (de modo que en lugar de combatirlo, deja que siga su curso y no responde del resultado), en los supuestos de comisión por omisión, «ésta crea, desencadena e incrementa el peligro de cuyo resultado responde el sujeto» (STS 613/2018 de 29 de noviembre, FJ 16º).

De este modo, y tal y como recuerda JUANES PECES (2018, pp. 63-64), la estructura del delito de comisión por omisión —previsto en el art. 11 CP—, se integra

«por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo».

Más concretamente, y en lo que a la posición de garante se refiere, ésta se define como «la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto un deber jurídico específico de evitación del resultado; de tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa» (STS 17/2017 de 20 de enero, FJ 6º). Precisamente, de este deber derivado de la posición de garante surge «la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado» (STS 613/2018 de 29 de noviembre, FJ 16º).

Es unánime la admisión de la participación omisiva en los delitos de resultado respecto de aquellas personas que, como en el supuesto objeto de análisis, teniendo un deber normativo, un deber jurídico de actuar, y la posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir la comisión del delito o para, al menos, tratar de limitar sus consecuencias. Y es que, y tal y como señala MERCEDES MARTÍN (2015, p. 1), los administradores sociales responderán, en comisión por omisión, por la no evitación de los delitos cometidos por sus empleados «al resultar ahora un deber legal específico de control sobre las actividades de la empresa y los riesgos de la misma, de la que resulta, en forma más precisa, una posición de garante en relación con la evitación de delitos en el ámbito de la compañía»¹⁴.

En idéntico sentido, recuerda DEL ROSAL BLASCO (2018, p. 133) que los administradores tienen los deberes propios de garante sobre la conducta de sus

¹⁴ La Ley 31/2014 de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, recogió específicamente el deber de control de la sociedad y de la gestión de los riesgos por parte de los administradores (apartados 13 y 41 que modifican, respectivamente, los arts. 225 y 529 *ter* del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

subordinados (deberes orientados a la evitación de resultados lesivos tanto para la propia empresa —*garante de protección*—, como respecto de aquellos que se produzcan sobre personas externas a partir de la actividad de los miembros de la empresa —*garante de control*—). Por ello, concluye que «su responsabilidad no solo puede serlo por contribuir de forma activa en los hechos de sus subordinados, sino también por no impedir, o evitar, en determinadas ocasiones y bajo determinadas circunstancias, la conducta de estos», situaciones en que nacerá la responsabilidad penal del directivo en comisión por omisión.

Por consiguiente, y siendo el Sr. Pérez, en su condición de administrador único de INMOZEVILLA SL, garante respecto de la conducta de sus empleados, hemos de analizar si concurren también el resto de los requisitos del art. 11 CP. Para ello, cabe tener en cuenta que, como recuerda la STS 954/2010 de 3 de noviembre, la participación omisiva parte de unos presupuestos:

1. El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice);
2. Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y
3. Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

De este modo, y debido a que la posible apreciación del presupuesto subjetivo del injusto difiere sustancialmente en los hechos cometidos con anterioridad al 15 de mayo de 2018 de los acontecidos con posterioridad a que el Sr. Pérez tuviera conocimiento del actuar delictivo de su empleada, hemos de analizar tales hechos de manera separada.

3.1. Análisis de la concurrencia de los requisitos del art. 11 CP respecto de los hechos ocurridos con anterioridad al 15 de mayo de 2018

De los antecedentes de hecho expuestos, se desprende que el Sr. Pérez no tenía conocimiento alguno de que su entonces empleada suscribió hasta un total de 50 operaciones de reintegro para apropiarse de 900.000 € pertenecientes a los clientes de la entidad financiera. Por consiguiente, y ante la evidente ausencia de

dolo por su parte —al menos dolo directo—, resulta necesario analizar más detenidamente el presupuesto subjetivo de la comisión omisiva para determinar si el Sr. Pérez debe responder penalmente del delito continuado de apropiación indebida.

Matiza el Tribunal Supremo que el presupuesto subjetivo «parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada, y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material» (STS 1058/2010 de 13 de diciembre, FJ 1º).

En este caso, y a pesar de que tal y como se ha concluido previamente el Sr. Pérez sí que ostentaba como administrador único de INMOZEVILLA la posición de garante respecto de los hechos cometidos por su empleada, éste desconocía que aquella estaba sustrayendo dinero de las cuentas corrientes de los clientes del banco, de modo que, dolosamente, no omite ejercer el debido control sobre su empleada.

Parece, por tanto, que nos encontramos más bien ante una omisión imprudente, y por ende, irrelevante a efectos penales (y es que el ordenamiento jurídico no prevé la comisión imprudente del delito de apropiación indebida)¹⁵. Ahora bien, teniendo en cuenta que la conducta de la Sra. Sánchez se desarrolla durante aproximadamente dos años, y que el importe total defraudado asciende a 900.000 €, no parece que nos encontremos ante hechos aislados o difíciles de detectar de haberse ejercido el debido control, razón por la que, en mi opinión, la acusación podría intentar aplicar el dolo eventual.

3.2. Análisis de la concurrencia de los requisitos del art. 11 CP respecto de los hechos ocurridos con posterioridad al 15 de mayo de 2018

A diferencia del supuesto anterior, en este caso el Sr. Pérez sí que tenía conocimiento de que el comportamiento de la Sra. Sánchez no era el adecuado, y a pesar de ello, siguió permitiendo que, de hecho, continuara realizando labores de agencia colaboradora¹⁶. Por tanto, es evidente que en este caso no nos encontramos

¹⁵ Téngase en cuenta que el art. 12 CP dispone que únicamente se castigarán las acciones u omisiones imprudentes cuando la Ley lo prevea expresamente.

¹⁶ El hecho de que la Sra. Sánchez causara baja voluntaria con anterioridad a la comisión del delito de estafa no es impedimento para apreciar la posición de garante que ostentaba el Sr. Pérez respecto de

en el ámbito de la imprudencia, pues es cuánto menos exigible que el Sr. Pérez se representara la posibilidad de que aquella volviera a delinquir (dolo eventual).

De este modo, continuando con el análisis del resto de los elementos del art. 11 CP, cabe señalar que:

1. Concorre la situación típica, que está constituida por el peligro para el bien jurídico (bien jurídico que en el caso del delito de estafa es el patrimonio de quienes suscriben los tres contratos de depósito).
2. La inacción del Sr. Pérez equivale a la realización de la acción, puesto que no impide la producción del resultado lesivo.

Señala el Tribunal Supremo (sirva de ejemplo la ya citada STS 1058/2010 de 13 de diciembre, FJ 1º) que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando «ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico», añadiendo que «la creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que por la posición social del sujeto o el desempeño normal de su función habitual y específica el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica».

De este modo, si el Sr. Pérez hubiera impedido que la Sra. Sánchez siguiera desempeñando, de hecho, labores de agente colaborador, o si, al menos, hubiera ejercido el debido control sobre aquella, no se hubiera producido el resultado lesivo. Y es que éste tiene el deber específico de velar, porque no se produzcan hechos como los acontecidos. En relación a ello cabe precisar que basta con una causalidad hipotética, es decir, con la «comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una seguridad rayana en la probabilidad» (STS 954/2010 de 3 de noviembre), lo cual es evidente que concurre en el supuesto analizado.

3. El Sr. Pérez se encontraba en una posición de garante, y es que como administrador único de INMOZEVILLA SL, tenía el deber de ejercer el debido

su conducta, puesto que, de hecho, siguió permitiendo que aquella desarrollara las mismas funciones de agente colaborador.

control respecto de la conducta de sus empleados y riesgos de la actividad de la mercantil.

4. Se ha producido el resultado del delito, esto es, el desplazamiento patrimonial y el consiguiente enriquecimiento de la Sra. Sánchez.

En definitiva, concurriendo todos los requisitos del art. 11 CP, cabe concluir que el Sr. Pérez debe responder, en comisión por omisión, de los delitos de estafa cometidos por la Sra. Sánchez.

Cuarto.- Argumentos a esgrimir para la defensa procesal y jurídica del Sr. Pérez

A la vista de las conclusiones alcanzadas en el apartado precedente, considero que la estrategia de defensa del Sr. Pérez debe centrarse en la ausencia del presupuesto subjetivo de la comisión por omisión. De este modo, y si bien ello es más sencillo respecto de los hechos ocurridos con anterioridad al 15 de mayo de 2018, en mi opinión debiera tratar de sostenerse una omisión imprudente en su deber de ejercer el debido control respecto de la conducta de su empleada (imprudencia que, como ya he señalado previamente, estaría despenalizada para los delitos de apropiación indebida y de estafa).

Por otro lado, y sin perjuicio de que se analice más detenidamente en el Fundamento de Derecho Sexto de este Dictamen, conviene dejar asentado desde este momento que a pesar de tratarse de defensas coincidentes (pues ambas se centran en la irrelevancia penal de los hechos que se les atribuyen) el Sr. Pérez deberá designar un abogado distinto del de INMOZEVILLA SL, no pudiendo ser tampoco el representante de la mercantil en el proceso penal.

Quinto.- Presupuestos para la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica

En el presente apartado, se analizarán, en primer lugar y desde una perspectiva teórica cuáles son los presupuestos para la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo que, posteriormente, pueda determinarse

en relación a cada una de las mercantiles objeto del supuesto de hecho planteado, si éstas pudieran tener, o no, responsabilidad penal por los hechos expuestos (o si, en su caso, pudieran responder como responsables civiles subsidiarias).

5.1. Marco teórico

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante LO 5/2010) introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que ha supuesto, sin duda, uno de los mayores retos a los que se ha enfrentado el Derecho penal. Así, y a pesar de la reforma realizada apenas cinco años después — en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en lo sucesivo LO 1/2015)— en que el legislador trataba de enmendar posibles errores en la interpretación de la norma, lo cierto es que en la actualidad sigue existiendo un gran debate en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por ello, antes de proceder a analizar el supuesto práctico objeto del presente dictamen, deviene necesario abordar cuáles son esos debates, a fin de concretar qué postura se va a adoptar en relación a cada uno de ellos (especialmente en lo referente a si la persona jurídica responde por el hecho propio o si, por el contrario, se ha de optar por un sistema de responsabilidad vicarial); y poder delimitar, a continuación, cuáles son los requisitos del art. 31 *bis* CP, cuál es el injusto concreto del denominado delito corporativo, así como si existe la posibilidad, o no, de atribuir cualquier delito de la parte especial del Código penal a la persona jurídica.

5.1.1. Discusión en torno al modelo de atribución de responsabilidad: hecho propio vs. sistema vicarial

El modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas es una de las cuestiones más discutidas por la doctrina actual; centrándose el debate en si nos encontramos ante un modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial, en que la persona jurídica es responsable porque lo es la persona física que actúa en su nombre y beneficio, «que le transfiere su culpabilidad» (VILLEGAS GARCÍA

2016, p. 1) o si, por el contrario, se trata de un modelo de autorresponsabilidad o por el hecho propio, en que la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma e independiente de la responsabilidad penal de la persona física.

El legislador trató de cerrar dicho debate mediante la aprobación de la LO 1/2015, en que dotando de una nueva redacción al art. 31 *bis* CP, optaba por un modelo de autorresponsabilidad¹⁷. Sin embargo, lejos de alcanzar su propósito, la nueva redacción ha avivado la discusión, pudiéndose constatar diferencias notables, no sólo entre los autores de la doctrina, sino también entre el criterio de la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) y la interpretación ofrecida por el Tribunal Supremo.

Por ello, dado que el presente Dictamen tiene por objeto ofrecer una solución práctica al problema planteado, y atendiendo a que no se trata de una discusión baladí (pues de ello dependen, p. ej., cuestiones tales como los requisitos típicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la carga de la prueba) se analizarán a continuación cuáles son los principales argumentos que ofrecen los defensores de cada modelo, para posteriormente fundamentar cuál es el criterio que se seguirá en el presente trabajo.

A) Modelo de autorresponsabilidad

Tal y como se ha destacado previamente, el modelo de autorresponsabilidad diseña un esquema en que la persona jurídica responde por el hecho y la culpabilidad propios. Éste no sólo es el modelo seguido por el legislador español sino también el sistema de atribución de responsabilidad que defiende el Tribunal Supremo.

Precisamente, la Sala Penal del Tribunal Supremo se pronunció por primera vez sobre cuál debía ser el modelo a seguir en la STS 514/2015 de 2 de septiembre, declarando que ya se optara por un modelo o por otro (y es que, expresamente, no se decantó por ninguno de ellos), el punto de partida para las interpretaciones sobre

¹⁷ La Exposición de motivos recoge que: «La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial».

el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas debía situarse en el respeto a los *principios irrenunciables* que informan el Derecho penal¹⁸.

Posteriormente, y de una forma mucho más precisa, la Sentencia del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero¹⁹ (FJ 8º), concluyó que una vez constada la comisión de un delito por parte de una persona física integrante de la organización —que actúa como *presupuesto*, no como *fundamento*, de la responsabilidad—, el sistema de responsabilidad de la persona jurídica se basa «en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran dicha organización»; y concluye que, en caso de optarse por un sistema de heterorresponsabilidad, no regirían principios básicos de nuestro ordenamiento como la exclusión de la responsabilidad objetiva o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno. Concretamente, de la exposición efectuada por el Tribunal Supremo, destacan las siguientes ideas clave:

1. La acción punible atribuible a la persona jurídica debe establecerse a partir del análisis de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella «ha sido posible, o facilitado, por la *ausencia de una cultura de respeto al Derecho*»; esto es, debido a la inobservancia de las medidas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos tendentes a la evitación de la comisión de algún delito por parte de éstos.

¹⁸ Critica al respecto ZUGALDIA ESPINAR (2016, p. 2) que dicha afirmación no es del todo correcta, pues, en su opinión, «ningún sistema de heterorresponsabilidad (por el hecho o por la culpabilidad ajena) puede basarse en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal». En idéntico sentido, NIETO MARTÍN (2013, p. 17) indica que la persona jurídica sólo puede ser responsable por el hecho propio pues lo contrario violaría el principio de *ne bis in idem*.

¹⁹ Sentencia en que si bien se recoge un voto particular firmado por siete Magistrados, éste no afecta a la consideración de que la persona jurídica responde por el hecho propio. La discrepancia fundamental entre la opinión mayoritaria y los firmantes del voto particular radica en la ubicación, en sede de tipicidad, de la ausencia de las medidas eficaces de prevención y control. Sin cuestionar que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en la ausencia de tales medidas, consideran los Magistrados discrepantes que, ese defecto de organización no debe constituir un elemento adicional del tipo objetivo, y ello puesto que, de lo contrario, tal ausencia de medidas debería ser acreditado por la acusación. Esta cuestión será objeto de un análisis detallado en el Fundamento de Derecho Segundo de este Dictamen, al que me remito.

2. El núcleo de la responsabilidad penal de la persona jurídica es, por tanto, la «ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos». En relación a ello, y a fin de valorar cuál es la voluntad de cada organización y su compromiso para con el cumplimiento de la legalidad, se tendrán en cuenta la implantación de los denominados modelos de cumplimiento o *compliances*.
3. Corresponde a la acusación la carga de probar que la persona jurídica ha incumplido las medidas de vigilancia y control²⁰; pues lo contrario supondría la vulneración de principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico como la presunción de inocencia o la exclusión de una responsabilidad objetiva.

En idéntico sentido se pronuncia el Alto Tribunal en sus STSS 221/2016, de 16 de marzo o 516/2016, de 13 de junio; sentencia ésta última que es aclarada por el Auto de 28 de junio de 2016, y en que se afirma contundentemente que «el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad, siendo 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».

De este modo, y a la vista de la argumentación esgrimida, el Tribunal Supremo, de las numerosas propuestas dogmáticas existentes para explicar la autorresponsabilidad, parece decantarse por la *teoría de los sistemas sociales autopoieticos*; si bien, como concluye ZUGALDIA ESPINAR (2016, pp. 3-4), parece que lo hizo erróneamente. Y así, si dicha teoría concreta la acción (propia) de la persona jurídica en un defecto de organización empresarial, y «defiende un concepto constructivista de culpabilidad (propia) de la persona jurídica fundamentado en la cultura del ciudadano empresarial fiel al Derecho, en la igualdad objetivada entre las personas, que hace a las personas jurídicas igualmente libres y responsables, pudiendo cuestionar la vigencia de las normas»²¹ (ZUGALDIA ESPINAR, 2016); la

²⁰ A pesar de que en la práctica sea la propia persona jurídica quien fundamente su defensa en la acreditación de la existencia de tales modelos de prevención.

²¹ En la medida en que la persona jurídica es competente para su propia organización, ésta debe comportarse como un buen ciudadano corporativo, puesto que, de lo contrario, de incurrir en una falta de fidelidad al Derecho, será considerada culpable. Señala al respecto AYALA GONZÁLEZ (2019, p. 3) que en base a esta teoría, el «eje sobre el que gira la tipicidad de la persona jurídica es el defecto de organización, la falta del debido control sobre sus integrantes y la ausencia de procesos internos, configurando esto su propio injusto, separado del correspondiente a la persona física».

sentencia del Tribunal Supremo lejos de distinguir entre el hecho ilícito (defecto de organización, tipicidad) y la culpabilidad (falta de cultura de respeto al Derecho), parece aunar ambos elementos en la tipicidad (y dejando, por ende, en su opinión, vacío de contenido el elemento de la culpabilidad).

Por ello, este autor considera que el art. 31 *bis* CP, debe ser interpretado conforme a la *teoría del hecho de conexión*, en que la imputación de la persona jurídica pasa por la actuación anterior de una persona física (que indudablemente, debe guardar relación con el ente colectivo). De este modo, cuando concurren los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, la actuación de una determinada persona física podrá considerarse jurídicamente como propia de la organización, que será penalmente sancionada en aquellos supuestos en que concurra, también, su correspondiente culpa. En este sentido, recuerda ZUGALDIA ESPINAR (2016, p. 5) que la culpabilidad de la persona jurídica consiste precisamente en una «culpabilidad por defecto de organización»²²; precisando a mayor abundamiento AYALA GONZÁLEZ (2019, p. 3) que la culpabilidad del ente colectivo «reside en la ausencia de una organización eficiente que de haber existido habría permitido evitar -o al menos, dificultar- la comisión del delito».

Y, precisamente, en línea con lo expuesto por ambos autores, los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo parecen abogar por que la responsabilidad de las personas jurídicas debe regirse por un sistema de autorresponsabilidad en clave de hecho de conexión. De este modo, y a pesar de que de la lectura de la STS 123/2019 de 8 de marzo, podría parecer que el Tribunal Supremo cambia de criterio y opta por un sistema de heterorresponsabilidad; coincidiendo con la opinión de AYALA GONZÁLEZ (2019), y teniendo en cuenta que en ciertas ocasiones el modelo del hecho de conexión se confunde con el sistema vicarial (el hecho de conexión no implica que las personas físicas transfieran automáticamente sus actos, y con ello su responsabilidad, a la persona jurídica), en mi opinión, el Alto Tribunal sigue aludiendo

²² De una forma más extensa, explica ZUGALDIA ESPINAR (2016, p. 5) que la teoría del hecho de conexión considera que la persona jurídica será culpable «siempre que haya omitido tomar las medidas de cuidado necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad de empresa (se trataría de la infracción del deber de evitar que la actividad de empresa se concrete en la realización de hechos delictivos)».

a un modelo de autorresponsabilidad, en clave de hecho de conexión —lo que, a su vez, se acerca al criterio de los Magistrados firmantes del voto particular de la STS 154/2016 de 29 de febrero—.

B) Responsabilidad por el hecho ajeno

A diferencia del modelo anterior, el sistema vicarial consagra un modelo principal-agente (esto es, la persona jurídica y sus miembros), en que la primera debe responder por los delitos cometidos por los segundos, y ello puesto que la persona jurídica obtiene un beneficio de los actos que éstos llevan a cabo.

Este es el modelo de atribución de responsabilidad que defiende la Circular FGE 1/2016, que aboga por una interpretación literal del art. 31 *bis* CP. Y ello puesto que, dicho precepto refiere que las personas jurídicas «serán penalmente responsables de los delitos cometidos» por personas físicas (y no, que las personas jurídicas *cometan* el delito). De este modo, defiende la FGE que:

1. El modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica se establece por transferencia o de tipo vicarial, y ello mediante un sistema *numerus clausus* que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión por parte de la persona física de un delito cometido en el Libro II del CP.
2. El fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno (no propio), de modo que la comisión del delito por la persona física en las condiciones que exige el art. 31 *bis* CP «determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica». Por tanto, junto con el delito de la persona física nace también el de la persona jurídica (sin perjuicio de que ésta pueda quedar exenta de pena si acredita que tenía implantando un modelo adecuado de organización y gestión).

Ahora bien, a pesar de reconocer un modelo de responsabilidad vicarial, la FGE reconoce que existen importantes elementos que otorgan una indudable autonomía a la responsabilidad de las personas jurídicas, elementos éstos que

matizan el sistema de heterorresponsabilidad, atenuándolo²³. Estos elementos son: 1º) que la responsabilidad de la persona jurídica no depende de la previa declaración de responsabilidad de la persona física; 2º) que la no identificación de la persona física o la imposibilidad de dirigir el procedimiento contra ella no excluyen la responsabilidad de la persona jurídica; 3º) que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de la persona física no son trasladables a la persona jurídica; 4º) que la persona jurídica tiene unas circunstancias modificativas específicas y un sistema propio de penas; y así como que 5º) la existencia de la eximente relativa a los programas de cumplimiento normativo.

En consonancia con la FGE, y abogando por una interpretación literal del art. 31 *bis* CP, GARCÍA-PANASCO MORALES (2018, p. 3) advierte que lo que el precepto señala es que la persona jurídica será responsable de un delito cometido por una persona física, y no que la persona jurídica será sancionada por la realización de una determinada conducta, lo que a su entender consagra una responsabilidad vicarial o por representación (que no debe confundirse con una responsabilidad objetiva). Y es que «no basta que una persona física haya cometido un delito para que, automáticamente o de forma acrítica, se atribuya esa responsabilidad a la persona jurídica», sino que «será necesario que concurren las circunstancias que el propio CP exige para que produzca la transferencia de responsabilidad».

En esta línea se pronuncia también DEL ROSAL BLASCO (2016, p. 12), para quien no existe el pretendido hecho propio de las personas jurídicas, sino que se trata de «una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad: tras el falso velo de la “culpabilidad penal de la persona jurídica” se oculta también aquí la culpabilidad de la persona física». Por ello, y coincidiendo con el criterio expuesto por la FGE, defiende que nuestro ordenamiento jurídico acoge un «modelo amplio de identificación» y ello puesto que la responsabilidad penal de la persona jurídica se establece sobre la base de comportamientos de personas físicas²⁴.

²³ En sentido contrario, la existencia de estos mismos elementos permite afirmar a VELASCO NUÑEZ y SAURA ALBERDI (2016, p. 24) y a GÓMEZ-JARA (2011k, p. 5) que la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la de la persona física causante de la acción.

²⁴ En similares términos se pronuncian BARDAVÍO ANTÓN (2020, p. 1) y CARRETERO SÁNCHEZ (2016, p. 1); éste último autor aboga por un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial, si bien

Por ello, y compartiendo la opinión de GÓMEZ TOMILLO (2010, p. 52), considera DEL ROSAL BLASCO (2016, p. 12) que «la tipicidad en el caso de delitos de personas jurídicas consiste en la realización de un hecho objetivamente típico por parte de un sujeto físico, el cual se imputa a la organización». Ahora bien, al igual que hacía la Fiscalía, este autor también reconoce que existen importantes elementos que dotan de una indudable autonomía a la responsabilidad de la empresa, elementos éstos que matizan, flexibilizan o atenúan el modelo de heterorresponsabilidad empresarial.

C) Criterio aplicado en el presente Dictamen

Dado que la opción por un modelo de atribución de responsabilidad o por otro acarrea indudables consecuencias prácticas, resulta necesario precisar, en primer lugar y antes de continuar con el análisis de los presupuestos necesarios para la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, cuál es el modelo de atribución de responsabilidad que se va a seguir en el presente Dictamen.

En este sentido, considero que el modelo más acertado es el de *autorresponsabilidad* (en clave de *hecho de conexión*), precisamente por ser aquel acorde con los principios constitucionales²⁵. Compartiendo la argumentación del Tribunal Supremo, entiendo que el único modelo compatible con los *principios irrenunciables que informan el Derecho penal*, entre ellos el de culpabilidad y no responsabilidad por el hecho ajeno, es el modelo de autorresponsabilidad, en que lo relevante es la culpabilidad propia de la entidad (basada, tal y como se abordará posteriormente, en la existencia, o no, de instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito; esto es, en si la entidad tiene una cultura de cumplimiento de la legalidad).

De este modo, a mi entender, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se basa en un hecho autónomo, conclusión que se ve reforzada si atendemos a lo dispuesto por el art. 31 *ter* CP, en virtud del cual es posible apreciar la

reconoce que la novedosa regulación de los programas de cumplimiento normativo «nos acerca un poco más al ambicioso modelo de culpabilidad por defecto de organización».

²⁵ Tales como el principio de personalidad de las penas, *ne bis in idem* o la presunción de inocencia, de los que se deduce que la persona jurídica sólo puede ser responsable por el hecho propio.

responsabilidad penal de la persona jurídica aun cuando no ha sido posible individualizar a la persona física concreta que comete los hechos delictivos o cuando sobre la misma recaen circunstancias que afectan a su culpabilidad o responsabilidad (p. ej. que sea inimputable); así como en virtud de lo dispuesto por el art. 31 *quater* CP, que prevé la existencia de atenuantes específicas aplicables a la persona jurídica (que no se corresponden con las previstas para las personas físicas)²⁶.

Por otro lado, no podemos olvidar tampoco que el presente Dictamen tiene por objeto ofrecer un informe jurídico respecto de unos hechos que se encuentran sometidos a una investigación judicial, en que, previsiblemente, los Tribunales competentes opten por seguir el criterio fijado por el Tribunal Supremo (máximo intérprete de la legalidad ordinaria); lo que no hace sino reforzar la opción por un modelo de autorresponsabilidad.

5.1.2. Presupuestos de la responsabilidad penal de la persona jurídica: requisitos del artículo 31 bis CP

A la vista de lo analizado en el apartado anterior, es indudable que las conductas de las personas físicas adquieren una relevancia inicial para la responsabilidad penal corporativa. Ahora bien, y en base a lo ya expuesto, dichas actuaciones constituyen el *presupuesto* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (no su *fundamento*), por lo que debe indagarse sobre el núcleo de la conducta reprochable a la persona jurídica.

En este sentido, y teniendo en cuenta que no cualquier actuación delictiva de una persona física es idónea para desencadenar la responsabilidad del ente corporativo, el art. 31 *bis* CP establece en su apartado 1º, letras a) y b), dos vías de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁷, en función de

²⁶ Tales circunstancias atenuantes son la confesión, la colaboración, la reparación del daño y la implantación de un programa de cumplimiento eficaz e idóneo antes del juicio oral.

²⁷ La responsabilidad penal corporativa se basa en la existencia de personalidad jurídica, de modo que únicamente podrán ser responsables penalmente conforme al artículo 31 *bis* CP aquellas entidades que tengan personalidad jurídica (rigiéndose por lo dispuesto en el art. 129 CP aquellas que carezcan de la misma). Ahora bien, dicho precepto no define qué debe entenderse por persona jurídica a efectos penales, razón por la que existe una discusión doctrinal al respecto.

Debate respecto del que si bien no corresponde realizar un análisis profundo en el presente trabajo (puesto que no es una cuestión controvertida que BANCO MERITEL SA e INMOZEVILLA SL, en tanto que son sociedades mercantiles, gozan de personalidad jurídica), sí que me gustaría dejar apuntado

quién sea la persona física concreta que comete los hechos. Y así, la persona jurídica responderá penalmente por aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto, no sólo por sus representantes legales o autorizados, sino también por quienes estando sometidos a la autoridad de los anteriores (p. ej. empleados), han podido realizar los hechos con ocasión de un incumplimiento grave por aquellos de los deberes de supervisión, vigilancia y control.

Dos son, por tanto, las vías de imputación que se contienen en dicho precepto, si bien, tal y como se analizará a continuación, ambas presentan elementos comunes.

A) Doble vía de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Elementos comunes

Siguiendo la explicación que ofrece FEIJOO SÁNCHEZ (2016, p. 78), el art. 31 *bis* CP establece determinados criterios cuya ausencia implicaría que el delito cometido por la persona física debe interpretarse en clave exclusivamente individual, de modo que sin la concurrencia de los elementos de conexión que tienen que ver con una vinculación orgánica o formal a la persona jurídica, y con el beneficio de la misma, no cabría hablar de un *hecho corporativo*.

A.1) Vinculación con la actividad de la persona jurídica: actuación en nombre o por cuenta de esta o en el ejercicio de actividades sociales

El primero de los elementos de conexión se refiere a la vinculación con la actividad de la persona jurídica, de modo que ha de tratarse de supuestos de criminalidad *de* la empresa (y no de criminalidad *en* la empresa); es decir, debe tratarse de supuestos en que el delito se comete «en el ámbito de las competencias específicas asignadas a la organización», o «cuando se haya cometido simplemente con ocasión del ejercicio de tales competencias» (FEIJOO SÁNCHEZ 2016, p. 79).

que, y partiendo de que el criterio mayoritario se muestra conforme con que el Derecho penal tiene autonomía suficiente para delimitar un concepto propio de personalidad jurídica —el cual debe estar vinculado con la capacidad de afectación al bien jurídico (GÓMEZ-JARA, 2011j) —, no hay unanimidad en la doctrina sobre si dicho concepto de personalidad jurídica debe serlo en un sentido formal (DEL ROSAL BLASCO, 2018), o si por el contrario, debe prevalecer un ulterior criterio organizativo-material, en función del cual aquellas sociedades que sean totalmente instrumentales, de modo que no tengan actividad legal alguna y su constitución se deba a aparentar una legalidad inexistente con fines delictivos, serán inimputables (GÓMEZ-JARA, 2014 y Circular 1/2016 FGE).

Precisamente, ambas vías de imputación exigen dicha vinculación, y es que deben ser delitos cometidos por:

- a) Representantes legales o aquellos autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostentan facultades de organización y control de la misma, que comenten el hecho actuando, precisamente, en nombre o por cuenta de la organización.

A fin de precisar cuál es el concepto de representante legal y autorizados, cabe partir de que la nueva formulación introducida por la LO 1/2015 pretende abarcar un círculo más amplio de personas que la redacción anterior²⁸, motivo por el que la doctrina aboga por una interpretación extensiva de los mismos. Así, DEL ROSAL BLASCO (2018, pp. 127-128) entiende que cuando el precepto se refiere a los representantes legales se está refiriendo «no sólo a los representantes orgánicos sino, igualmente, a los representantes voluntarios no orgánicos que también representan (legalmente), dentro del ámbito del poder o de las facultades de representación que se les ha conferido, a la persona jurídica».

En cualquier caso, lo decisivo es que se ostente, de forma directa, la competencia de tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o facultades de organización y control, no siendo suficiente, a tal efecto, la capacidad de influencia en la toma de decisiones que pueden tener determinados terceros (FEIJOO SÁNCHEZ 2016, p. 77).

- b) Empleados o subordinados (sometidos a la autoridad de las personas mencionadas en el apartado anterior), sobre los que no se han ejercido adecuadamente los deberes de supervisión, vigilancia y control, y que cometen el hecho delictivo actuando en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica.

La doctrina mayoritaria coincide en señalar que no se exige una vinculación formal sino que «apela a todo sujeto que opere integrado bajo el ámbito de dirección de los administradores, de modo que se pueden incluir, a sujetos que, sin estar vinculados formalmente a la persona jurídica por un contrato

²⁸ En que se hacía referencia a los representante legales y administradores de hecho y de derecho.

laboral o mercantil, desarrolla para ella sus actividades sociales integrados en su ámbito de dominio social» (DEL ROSAL BLASCO 2018, pp. 130-131). Dicho de otro modo, tiene que existir «una vinculación que permita afirmar que el tercero está ejerciendo actividades sociales y actuando por cuenta de la persona jurídica» (FEIJOO SÁNCHEZ 2016, p. 81).

En este punto, y partiendo de que los hechos pueden cometerse no sólo por acción sino también por omisión, cabe plantearse si existe la posibilidad de atribuir a un órgano directivo la comisión de un hecho delictivo llevado a cabo materialmente por un empleado a sus órdenes. En este caso, nos encontraríamos ante un delito cometido por el empleado, pero también por el directivo, por lo que sería de aplicación la vía de imputación prevista en la letra a) del art. 31 *bis* CP. Y es que tal y como se ha analizado en el Fundamento Jurídico Tercero del presente Dictamen, en el ámbito de la empresa es mayoritariamente admitido que los administradores tienen los deberes propios de garante sobre la conducta de sus subordinados.

A.2) Beneficio directo o indirecto de la persona jurídica

En los dos supuestos analizados se exige, adicionalmente, una actuación en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. En relación a ello tanto la doctrina mayoritaria como el Tribunal Supremo, abogan por una interpretación amplia del término beneficio (VELASCO NUÑEZ y SAURA ALBERDI (2016, p. 27), defienden un concepto amplio de beneficio que va más allá de lo «evaluable» económicamente (p. ej. la reputación)²⁹.

Concretamente, señala la STS 154/2016 de 29 de febrero (FJ 13^º), que puede tratarse de «cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete».

²⁹ En sentido contrario, DEL ROSAL BLASCO (2018, pp. 138-139) considera que no resulta adecuada una interpretación extensiva, de modo que el concepto de beneficio debe ceñirse a la idea de «beneficio patrimonial».

Ahora bien, se trata de una cláusula que como resalta GÓMEZ TOMILLO (2016o, p. 7) plantea múltiples problemas interpretativos —y es que dicha expresión puede interpretarse tanto en términos subjetivos (sería suficiente con que el administrador o empleado actuase con la intención de beneficiar a la empresa) como objetivos (ya sea mediante la exigencia de constatación del efectivo beneficio o como la efectiva tendencia de la acción a conseguir ese provecho)—. El Tribunal Supremo se decanta por éste último punto de vista al precisar que resulta suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad «incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés (...) siempre que el beneficio pueda alcanzar a ésta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella» (STS 154/2016 de 29 de febrero, FJ 13º).

De este modo, el art. 31 *bis* CP no excluye aquellos supuestos donde el autor actúa motivado por un provecho propio en la medida en la que dicho provecho redunde también en la persona jurídica (y ello puesto que, y como recuerda FEIJOO SÁNCHEZ (2016, p. 83) las intenciones o motivaciones del sujeto resultan irrelevantes desde la perspectiva de la organización).

B) Déficit de control o incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control

Tal y como se ha manifestado previamente y reitera la STS 688/2017 de 11 de octubre (FJ 1º), para poder condenar a una persona jurídica es necesario constatar que la misma no ha adoptado medidas de control eficaces para evitar la conducta delictiva llevada a cabo por la persona física.

Y así, a pesar de que la letra a) del apartado primero del art. 31 *bis* CP no hace referencia expresa a la exigencia de este incumplimiento (únicamente se incluye en la letra b), lo cierto es que, a la vista de los requisitos exigidos por el apartado segundo del mismo precepto, incluso en aquellos supuestos en que el delito sea cometido por los administradores o representantes de la sociedad, se exige la concurrencia de un déficit de control, supervisión y vigilancia por parte de un órgano creado a tal efecto por la persona jurídica. De esta manera, en los supuestos contemplados por la letra

a), para que el delito cometido por la persona física exceda de una dimensión puramente individual, es preciso que, junto con dicha actuación delictiva, «no se haya creado un órgano que controle la legalidad de las actuaciones de los administradores y altos directivos, o bien que, existiendo éste, haya omitido o no haya ejercido suficientemente sus funciones de supervisión, vigilancia y control» (FEIJOO SÁNCHEZ 2016, pp. 84-85).

Por otro lado, en los supuestos contemplados en la letra b), el Código Penal es claro al exigir un *incumplimiento grave* por parte de los principales gestores de la entidad de sus deberes de supervisión, vigilancia y control respecto de la actuación de sus subordinados. Y es que precisamente esa infracción grave es el elemento que convierte el delito de la persona física en un hecho de empresa. No obstante, el delito cometido por el subordinado tiene que ser una concreción de la infracción de los citados deberes, debe ser evitable por el cumplimiento de los mismos, de manera que se exige la constatación de que el trabajador no hubiera podido cometer los hechos de haberse ejercido debidamente los deberes de supervisión, vigilancia y control.

Es importante tener en cuenta que esta segunda modalidad requiere de un comportamiento imprudente por parte de los gestores de la sociedad (y es que, en caso de tratarse de un actuar doloso, sería aplicable directamente la letra a)), o bien, de la existencia de una organización defectuosa como consecuencia de descuidos o negligencias de sus máximos responsables. En cualquier caso, dicha infracción debe ser calificada como *grave*, no ofreciendo el Código Penal parámetros para delimitar qué supuestos de incumplimiento merecen tal calificativo.

Dado que ello no es una cuestión baladí, en la medida en que la calificación de la conducta como imprudencia leve o menos grave resultará atípica, DEL ROSAL BLASCO (2018, p. 144) propone distinguir entre las distintas fases y contenidos de un programa de prevención (diseño, implantación, ejecución, verificación, revisión, modificación...), para definir algunos de sus componentes de esenciales, y calificar las omisiones de los mismos como *graves*. De este modo, considera este autor que aquellas omisiones relacionadas con el ámbito de la evaluación de riesgos habrán de

ser calificadas, por norma general, como graves (debido a que la evaluación de riesgos es precisamente el eje sobre el que se diseña el programa de prevención)³⁰.

Por su parte, BARDAVÍO ANTÓN (2020, pp. 27-28) considera que para determinar la graduación de la imprudencia lo relevante «no es la exigibilidad de previsibilidad objetiva (...) sino el quebrantamiento de un riesgo no permitido con previsibilidad en relación al saber propio de la persona jurídica». En cualquier caso, argumenta este autor que el incumplimiento grave debe crear un «riesgo objetivo específico contra alguna norma penal idónea para afectar al bien jurídico», debiendo estar, por tanto, «por encima de los incumplimientos administrativos, civiles o mercantiles».

5.1.3. Delito corporativo: defecto estructural de la persona jurídica

El Tribunal Supremo, en la previamente citada STS 221/2016 de 16 de marzo (FJ 5º), sienta las bases del acuñado *delito corporativo*³¹, entendiendo que el mismo se corresponde con un «defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a la toda persona jurídica». En este sentido, el Tribunal Supremo señala que el delito corporativo se encuentra conformado por los «elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit en los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa»³².

Es evidente que la comisión de un delito en el ámbito organizativo de una organización constituye un indicio de que existe un defecto de organización, pero no basta con ello para considerar que la persona jurídica se ha organizado defectuosamente. En efecto, deberá acreditarse la concurrencia de los elementos de representación y beneficio para la persona jurídica, así como determinar si ésta

³⁰ En otro sentido, la FGE en su Circular 1/2016 refiere que «cuando la responsabilidad penal de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 *bis* CP, derive en un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán una duración máxima de dos años», de modo que a su entender, la gravedad o no del incumplimiento, debe reflejarse en la gravedad de la pena.

³¹ Como el cometido por la persona jurídica, en contraposición con el de la persona física.

³² Lo cual resulta coherente con el hecho de que las sociedades pantalla o meramente instrumentales (que, por su propia naturaleza carecen de un mínimo organizativo) sean inimputables (Circular 1/2016 de la FGE; Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014 y GÓMEZ-JARA (2016m, p. 6).

contaba, *ex ante*, con una organización eficaz para conjurar el riesgo que finalmente se generó (o, en el caso de los delitos de resultado, se causó). Para ello, precisa GÓMEZ-JARA (2011k, p. 8) que «los tradicionales principios de riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza y autorresponsabilidad de la víctima van a resultar decisivos para determinar, desde el punto de vista objetivo, si una persona jurídica está correctamente organizada o si, por el contrario, ha generado un riesgo más allá del permitido».

Si bien éste es el criterio mantenido por el Tribunal Supremo y parte de la Doctrina, me gustaría indicar que al igual que ocurría respecto del modelo de atribución de responsabilidad, tampoco hay unanimidad al respecto en tanto que existen diversos postulados dogmáticos que defienden que el defecto de organización debe relacionarse con la culpabilidad (y no con la tipicidad). Así, al igual que lo hacían los Magistrados discrepantes firmantes del voto particular en la STS 154/2016 de 29 de febrero, GÓMEZ TOMILLO (2016q, p. 2) defiende que la adopción de un programa de cumplimiento serio, eficaz y debidamente implementado, excluye la culpabilidad «entendida como defecto de organización» (y ello puesto que, a su entender, ningún sentido preventivo tiene que si un sujeto ha agotado todos los medios a su alcance para impedir la comisión de un delito, se le sancione por ello).

Sin embargo, en mi opinión, y dado que se ha optado por un modelo de autorresponsabilidad en clave de hecho de conexión, la culpabilidad propia de la persona jurídica debe relacionarse con una falta de cultura de cumplimiento de la legalidad por parte de la persona jurídica³³ (cultura de cumplimiento que debe ligarse a las causas de exención de responsabilidad previstas por el art. 31 *bis* apartado 5 CP). De este modo, en sede de tipicidad deberá analizarse si como consecuencia del defecto de organización se ha generado un riesgo más allá del permitido y si ese riesgo no permitido es el que se ha materializado en el resultado lesivo concreto (tipicidad *objetiva*); debiendo basarse la imputación *subjetiva* de la persona jurídica, compartiendo el criterio expuesto por GÓMEZ-JARA (2011k, p. 9), en el conocimiento organizativo de ésta respecto de los riesgos derivados de su actividad.

³³ En idéntico sentido ya se pronunció GÓMEZ-JARA (2016m, p. 5).

5.1.4. Sistema *numerus clausus* de los delitos imputables a la persona jurídica

En último lugar, dentro del análisis del marco teórico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cabe apuntar que ésta únicamente puede ser declarada en atención a un catálogo de delitos delimitado previamente (entre los que se incluye el delito de estafa pero no el delito de apropiación indebida).

Se trata de un listado objeto de múltiples reproches (crítica que reconoce el propio Tribunal Supremo en la STS 121/2017, de 23 de febrero (FJ 2º)), pues si bien se contienen en él delitos cometidos habitualmente por las personas jurídicas, se han omitido numerosas figuras delictivas. Así, p. ej. GIMENO BEVIÁ (2016, p. 120) reprocha que se hayan excluido delitos tales como la apropiación indebida, las coacciones, delitos contra la seguridad en el trabajo... La explicación que ofrece a tal respecto VELASCO NUÑEZ (2012, p. 3) es que la selección se ha realizado bajo la influencia de importantes lobbies sociales y empresariales.

5.2. Aplicación al caso concreto

Una vez analizado el marco teórico relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas, procede analizar si en el supuesto de hecho planteado concurren los presupuestos para la atribución de responsabilidad penal en relación a cada una de las sociedades mercantiles.

Para ello, cabe dejar asentado desde este momento, que respecto de los hechos acontecidos con anterioridad al 15 de mayo de 2018 —los cuales han sido tipificados en el Fundamento Jurídico Primero del presente Dictamen como constitutivos de un delito de falsedad documental y de otro delito de apropiación indebida— no será posible apreciar la responsabilidad penal de ninguna de las mercantiles, puesto que tales delitos no se encuentran previstos en el catálogo *numerus clausus* de delitos atribuibles a las personas jurídicas.

5.2.1. En relación a BANCO MERITEL SA

En primer lugar, y comenzando por el análisis de la eventual responsabilidad penal de quien encarga la emisión del presente Dictamen, se han de tener especialmente en cuenta las siguientes particularidades: por un lado, que la representación de la entidad financiera la ostenta otra persona jurídica (de hecho, la empleada que comete los hechos no es empleada de BANCO MERITEL SA, sino que lo es de la persona jurídica representante); por otro lado, si BANCO MERITEL SA ha obtenido algún beneficio, siquiera, *indirecto*, con la actuación de dicha persona física; y finalmente, y en relación al posible déficit de control, se han de diferenciar claramente dos momentos temporales (situando el punto de inflexión en el 15 de mayo de 2018, cuando se tiene conocimiento de los hechos cometidos por la Sra. Sánchez y a pesar de ello, de facto, se sigue permitiendo esa colaboración).

A) Concurrencia, o no, de los requisitos del artículo 31 *bis* CP

Comenzando por la primera de las particularidades enunciadas, cabe referir que la FGE, en su Circular 1/2011 de 1 de junio, ya señaló que no hay ningún impedimento para atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica cuando la misma es representada por otra persona jurídica. Concretamente, concluyó la FGE que «(...) como la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma, podrá responder también cuando su administrador sea otra persona jurídica a la que, a su vez, le sea de aplicación el art. 31 *bis* del Código Penal». Por tanto, siguiendo el criterio de la FGE es posible la atribución de responsabilidades penales de personas jurídicas en cascada, y es que a pesar de que el art. 31 *bis* 1º párrafo segundo CP se refiera a los administradores y representantes legales como personas físicas, ello no imposibilita la imposición de una sanción a una persona jurídica administrada o representada por otra persona jurídica.

De este modo, y dado que el contrato de colaboración suscrito entre BANCO MERITEL SA e INMOZEVILLA SL de 26 de mayo de 2010 —en virtud del cual ésta pasaba a ser agente colaborador de la entidad financiera actuando en su nombre y por su cuenta—, tiene perfecta cabida en el previamente analizado concepto de representante, de apreciarse la responsabilidad penal de INMOZEVILLA SL, no habría

ningún impedimento para apreciar también la responsabilidad penal de BANCO MERITEL SA (en virtud de la primera de las vías de imputación analizadas (art. 31 *bis* apartado 1º letra a)).

En cualquier caso, de no considerarse aplicable la primera de las vías de imputación, lo sería la segunda, pues a pesar de no existir un vínculo laboral formal entre la Sra. Sánchez y la entidad financiera (es empleada de INMOZEVILLA SL), aquella actúa en representación del banco en sus operaciones con los clientes (al amparo del contrato de colaboración suscrito entre ambas sociedades), y por tanto, dentro de su actividad social.

Ahora bien, no podemos olvidar que junto con la vinculación formal u orgánica, el tipo penal exige también la obtención de un beneficio, directo o indirecto, de la persona jurídica para poder apreciar la responsabilidad penal de ésta. Y precisamente, ésta es una cuestión más que discutible en el caso de BANCO MERITEL SA, y es que de los antecedentes de hecho previamente expuestos lo que se desprende es que es la Sra. Sánchez quien se apropia, en exclusiva, del dinero sustraído. No parece pues, que BANCO MERITEL SA obtenga algún beneficio, ni siquiera indirecto de la actuación de la Sra. Sánchez, lo que ya de por sí, excluiría la posibilidad de que la entidad financiera responda penalmente.

En efecto, BANCO MERITEL SA no obtiene ninguna ventaja o mejora de posición respecto de otros competidores (todo lo contrario, de conocerse el actuar delictivo de quien actúa en su nombre, los efectos reputacionales y de imagen pueden causar graves perjuicios económicos a BANCO MERITEL SA); y tampoco considero que exista un beneficio indirecto relacionado con mantener la confianza de los clientes o tratar de dotar de apariencia de normalidad el funcionamiento de la entidad financiera.

De este modo, y si bien es cierto que en lugar de cesar cualquier relación con la Sra. Sánchez tras tener conocimiento de que ésta había sustraído hasta 900.000€ de clientes del propio banco, la entidad financiera siguió permitiendo que actuara en su representación para, supongamos, no levantar sospechas, y que con ello, pudo evitar perder clientes que ya tenía o potenciales nuevos clientes, a mi modo de ver, ello no supone un beneficio en los términos exigidos por el art. 31 *bis* CP.

Principalmente porque la actuación de la Sra. Sánchez al suscribir los tres contratos de depósito, no es idónea para que la entidad financiera obtenga alguna ventaja asociada directamente a dichas suscripciones; o, dicho de otro modo, tratar de crear una apariencia de normalidad no es consecuencia de que la Sra. Sánchez engañe a tres clientes del banco para apropiarse de 20.000 €.

Lo contrario, esto es, entender que dicha ventaja podría subsumirse dentro del concepto de beneficio indirecto, supondría, a mi modo de ver, una interpretación excesivamente amplia del término beneficio; lo que en la práctica llevaría aparejado a que la gran mayoría de las situaciones que pudieran plantearse fueran abarcadas por dicho concepto. Ello, en mi opinión, resulta contrario a la voluntad del legislador, puesto que de ser ese su criterio, no hubiese introducido la exigencia de obtener un efectivo beneficio por parte de la persona jurídica.

Por ello, en mi opinión, no concurren los presupuestos previstos por el art. 31 *bis* CP, si bien ello no es obstáculo para que, como posteriormente se dirá, pueda apreciarse un déficit de control y la entidad financiera deba responder como responsable civil subsidiaria.

B) Defecto de organización: especial mención a los modelos de vigilancia y gestión

No obstante, a pesar de la conclusión alcanzada en el párrafo precedente, dado que se trata de analizar la aplicación al caso concreto de los presupuestos teóricos previamente señalados, creo necesario analizar también si en el caso concreto de BANCO MERITEL SA se ha producido un déficit de control (p. ej. para el hipotético supuesto de que la acusación pudiera considerar que la entidad financiera sí que ha obtenido algún beneficio indirecto, y solicitara la imputación de la mercantil).

Y es que, recordemos que la responsabilidad penal de la persona jurídica no depende únicamente de la constatación de que concurren los elementos del hecho de conexión (art. 31 *bis* 1 CP), sino también de la existencia de un defecto de organización.

Y así, con el fin de valorar si la persona jurídica había adoptado medidas de control y vigilancia idóneas para evitar o reducir el riesgo de comisión del concreto delito cometido, cabe tener en cuenta los parámetros o condiciones que se contienen en los apartados 2 y 4 del art. 31 *bis* CP (que regulan la exoneración de responsabilidad penal en los casos de la letra a) y b) del apartado 1, respectivamente), y que permiten valorar si ha existido, o no, un estado de descontrol. Entre tales requisitos destacan:

- la necesidad de que la organización haya adoptado un modelo de organización y gestión³⁴ real, eficaz y adecuado a las características concretas de la persona jurídica, que *ex ante*, resulte idóneo para prevenir o reducir el riesgo concreto de comisión del delito cometido;
- que la persona jurídica cuente con un órgano de cumplimiento encargado de la función de supervisión; o
- que no se haya producido una omisión o ejercicio insuficiente de tales funciones de supervisión, vigilancia y control, entre otros.

Se trata, en definitiva, de crear una cultura organizativa, una forma de hacer las cosas, en que la persona jurídica tenga una clara intención y vocación de cumplir con la legalidad, y evitar, en la medida de lo posible (y es que la reducción del riesgo a cero es imposible³⁵), la comisión de delitos por parte de sus directivos o empleados.

Para ello, y dado que los términos utilizados por el legislador en el artículo 31 *bis* 5 CP son abstractos y generales³⁶, lo que provoca una evidente inseguridad jurídica, MONTANER y FORTUNY (2018, p. 17) consideran una acertada estrategia de defensa corporativa que la persona jurídica disponga de un modelo de organización

³⁴ Más conocido en la práctica como programa de cumplimiento o *compliance programme*.

³⁵ Tal y como refiere GIMENO BEVIÁ (2016, p. 189) no existe ningún programa de cumplimiento que pueda prevenir todas las conductas delictivas, de modo que de lo que se trata es de examinar si «el programa está adecuadamente diseñado para obtener la máxima efectividad en la prevención y detección de delitos, así como en verificar si los administradores y directivos lo aplican o, por el contrario, animan a los empleados a participar en actividades delictivas para lograr los objetivos de la persona jurídica».

³⁶ Según dicho precepto los modelos de organización y gestión deben contener los siguientes elementos: 1º) un mapa de riesgos; 2º) unos protocolos de actuación preventiva y reactiva frente a la comisión de delitos; 3º) modelos de gestión de los recursos financieros; 4º) un canal de denuncias; 5º) un sistema disciplinario que «sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo»; y 6º) una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación.

y gestión correctamente auditado y certificado por un tercero independiente, conforme a la UNE 19601.

Por su parte, NIETO MARTÍN (2013, p. 24) considera que la manera más idónea de conseguir un programa de cumplimiento efectivo es encomendar su diseño, implantación y supervisión a terceros independientes (reforzando así aquellos controles, p. ej. el canal de denuncias, cuyo eficaz funcionamiento no dependa de la dirección de la empresa). En cualquier caso, a la hora de proceder a la implementación de los programas de cumplimiento, deberán tenerse en cuenta factores generales tales como el tamaño y complejidad de la organización, el tipo de actividad comercial de la persona jurídica o, incluso, su historial delictivo previo (y es que la comisión recurrente de hechos delictivos en la empresa, la participación de altos directivos en las mismas o la tardanza en reportar tales infracciones a las autoridades pueden ser evidencias de que el programa no funciona adecuadamente); siendo también fundamental que se produzca una actualización periódica del programa de cumplimiento³⁷.

En el caso concreto analizado, y en tanto que para la elaboración del presente Dictamen no se ha facilitado información alguna sobre si BANCO MERITEL SA cuenta, o no, con un programa de cumplimiento normativo (y en su caso, desde cuándo), deviene imposible realizar un pronunciamiento sobre si el mismo resulta idóneo para prevenir o reducir el riesgo concreto de comisión del delito de estafa cometido. Ahora bien, y por considerar que puede resultar de utilidad para quien encarga la elaboración del presente Dictamen, se acompaña como *Anexo I* de este trabajo, una *checklist* que sintetiza los criterios que deberán tener en cuenta los Fiscales del Estado para analizar la eficacia de un programa de cumplimiento normativo; de modo que de forma rápida y sencilla pueda comprobarse por BANCO MERITEL SA si, en términos generales, su *compliance programme* es, o no, eficaz.

A pesar de lo anterior, lo sí que se puede valorar desde una perspectiva teórica es si se ha producido un déficit de control por parte de la entidad financiera, para lo

³⁷ Tales factores se encuentran entre los criterios recogidos en la Circular 1/2016 de la FGE que los fiscales del Estado deben seguir para poder afirmar que una organización cuenta con un programa de cumplimiento eficaz que permita a la persona jurídica eximirse de la correspondiente responsabilidad penal.

que resulta necesario diferenciar *dos momentos muy diferentes*: el antes y el después de tener conocimiento el 15 de mayo de 2018 de que la Sra. Sánchez estaba actuando ilícitamente. En ambos supuestos, será necesario analizar si BANCO MERITEL SA disponía de un modelo de gestión eficaz y adaptado a los riesgos propios de su actividad (entre los que, necesariamente debe contemplarse como riesgo la eventual comisión por sus empleados de delitos de estafa, y en que se adopten medidas de prevención contra dicho riesgo en concreto). En relación a ello, no podemos olvidar que la actividad bancaria es un sector regulado, de modo que la determinación del riesgo permitido está claramente delimitada.

Y así, respecto de los hechos acontecidos con anterioridad al 15 de mayo de 2018 —y sobre los que se señala en los antecedentes de hecho expuestos que la entidad financiera no tenía conocimiento alguno—, en el supuesto en que efectivamente BANCO MERITEL SA tuviese adoptadas medidas de control eficaces y concretas respecto del delito cometido por la Sra. Sánchez se podría argumentar que no ha existido un defecto de organización. Matizo el término *podría* puesto que atendiendo al importe total sustraído, a que son cincuenta los clientes afectados y al hecho de que el comportamiento delictivo de la Sra. Sánchez se haya prolongado durante aproximadamente un periodo de dos años, permiten suponer que incluso en el supuesto de existir dicho *compliance programe*, el mismo no resulta idóneo y adecuado.

En cualquier caso, será mucho más difícil sostener que no se ha producido dicho déficit de control en relación a los hechos acontecidos con posterioridad al 15 de mayo de 2018; momento a partir del cual la entidad financiera sí que tenía conocimiento de que una de sus subordinadas no actuaba correctamente, y aun así, permitió que siguiera actuando en su representación. Es evidente que la entidad financiera no podrá alegar desconocimiento de la conducta de su subordinada, riesgo respecto del que no parece haber adoptado medidas idóneas o eficaces para su tratamiento o control.

Ahora bien, en mi opinión, esta discusión debe quedar relegada a un segundo plano y es que tal y como he manifestado previamente, considero que BANCO MERITEL SA *no tiene responsabilidad penal*, y así deberá argumentarlo en caso de

que sea llamada al procedimiento en calidad de investigada: respecto de los hechos relacionados con las operaciones de reintegro bancario puesto que los delitos de apropiación indebida y falsedad documental no se encuentran en el catálogo de delitos atribuibles a las personas jurídicas, y en relación a la suscripción de los contratos de depósito, debido a que no concurre el necesario beneficio de la entidad.

Ahora bien, cuestión distinta es la que atañe a la posibilidad de apreciar la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto* de la entidad financiera, extremo que se analizará en el siguiente apartado.

C) Responsabilidad civil subsidiaria

El art. 120.4º CP prevé la responsabilidad civil subsidiaria de una persona jurídica por los delitos cometidos por sus empleados, dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios. El fundamento de dicha responsabilidad radica, no sólo en los pilares de las clásicas *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*, sino también y sobre todo, en la teoría del riesgo (conforme al principio *qui sentire commodum, debet sentire incomodum*). Tal y como refiere la STS 477/2019 de 14 de octubre (FJ 6º), ello supone «un paso hacia la "objetivación" de dicha responsabilidad, pero manteniendo no obstante la necesidad de alguna vinculación entre la actividad del trabajador, en cuanto que ésta reporta un beneficio para su principal ("*commodum*"), con el delito cometido y la responsabilidad de él derivada ("*incomodum*")».

De esta manera, y como recuerda la STS 530/2019 de 31 de octubre (FJ 4º), «quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados». Se trata por ello de una responsabilidad que abarca incluso aquellos supuestos de extralimitación en las funciones por parte del dependiente o empleado³⁸.

³⁸ Y es que como dispone la STS 532/2014 de 28 de mayo, «el principal ha de responder si el conjunto de funciones encomendadas al autor del delito le confieren una apariencia externa de legitimidad en su relación con los terceros, en el sentido de permitirles confiar en que el autor del delito está actuando en su condición de empleado o dependiente del principal».

Para poder apreciar la concurrencia de la responsabilidad civil subsidiaria, se requiere de la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal: tal y como recuerda la ya citada STS 530/2019 de 31 de octubre (FJ 4º), el infractor y el responsable civil subsidiario deben estar ligados «por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se encuentre bajo su dependencia onerosa o gratuita, duradera o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario».
2. Que el delito que genere la responsabilidad se haya producido en el ejercicio normal, o anormal, de las funciones desarrolladas por el infractor, dentro de su ámbito de actuación.

En definitiva, y en palabras del Tribunal Supremo (STS 260/2017 de 6 de abril), «lo relevante es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente en el ejercicio de dichas funciones (*culpa in eligendo*), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (*culpa in vigilando*)».

Se trata de requisitos que concurren en el supuesto concreto analizado, y es que la Sra. Sánchez, si bien no es empleada directa de la entidad financiera, sí que actúa en representación de aquella, habiendo delinquido ésta en el marco de su ejercicio profesional; y en que, además, al menos respecto de los hechos acontecidos con posterioridad al 15 de mayo de 2018, ha existido un claro déficit de control por parte de BANCO MERITEL SA.

5.2.2. En relación a INMOZEVILLA SL

Por otro lado, a la hora de analizar la posible responsabilidad penal de INMOZEVILLA SL, adquieren especial relevancia cuestiones tales como si se puede entender que la Sra. Sánchez actuaba en el marco de las competencias específicas de dicha organización (dado que, de hecho, actuaba en representación de BANCO MERITEL SA), así como si ha obtenido algún beneficio por su actuación.

Pues bien, comenzando por la primera de tales cuestiones, y tal y como y se desprende de los antecedentes de hecho expuestos, en agosto de 2016 INMOZEVILLA SL contrató a la Sra. Sánchez como administrativa. Es evidente, por tanto, que hay una relación laboral formal entre persona física y persona jurídica; persona jurídica cuya actividad es, recordemos, el ejercicio de labores de colaboración y de representación de la entidad financiera, por lo que la Sra. Sánchez sí que habría cometido los hechos actuando en el ejercicio de las actividades sociales. Nos encontraríamos, de esta forma, ante la segunda de las vías de imputación previstas en la letra b) del art. 31 *bis* apartado 1º CP.

Ahora bien, en la medida en que el Sr. Pérez, administrador de INMOZEVILLA es responsable en comisión por omisión de los delitos de estafa cometidos por la Sra. Sánchez, resulta más adecuado acudir a la primera de las vías de imputación previstas en la letra a) del art. 31 *bis* apartado 1º CP.

No obstante, y al igual que ocurría respecto de BANCO MERITEL SA, no parece que INMOZEVILLA SL haya obtenido beneficio alguno de la actuación de su empleada, razón por la que cabe excluir también su responsabilidad penal. En cualquier caso, y por las mismas razones que se han expuesto en relación a la entidad financiera, INMOZEVILLA SL responderá como responsable civil subsidiaria ex art. 120.4º CP.

Sexto.- Estrategia de defensa a seguir en relación a cada una de las personas jurídicas

En el presente apartado, a la vista de las conclusiones alcanzadas en el Fundamento Jurídico precedente, se abordará cuál es la estrategia de defensa a seguir en relación a cada una de las sociedades mercantiles.

Para ello, cabe partir en ambos supuestos de que, tal y como dispuso el Tribunal Supremo en su STS 154/2016 de 29 de febrero, las personas jurídicas gozan en el proceso de los mismos derechos y garantías constitucionales que las personas físicas (tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, derecho al Juez legalmente predeterminado, etc.); de modo que hay que prestar especial atención en evitar que surja un conflicto de intereses entre la persona jurídica y la persona física

(especialmente en aquellos supuestos en que el representante de la persona jurídica imputada es también investigada en la misma causa).

En este sentido, y a fin de evitar reiteraciones innecesarias, se analizarán a continuación los aspectos procesales comunes a la defensa de toda persona jurídica (necesidad de una imputación formal, sus derechos como investigada, nombramiento de representante propio, etc.), para abordar con posterioridad, qué argumentación concreta debiera seguir cada una de las sociedades objeto del presente Dictamen (que serán muy similares habida cuenta de que ninguna de ellas ha obtenido beneficio alguno como consecuencia de la actuación de la Sra. Sánchez).

6.1. Cuestiones de índole procesal comunes a la defensa de ambas personas jurídicas

El proceso penal de las personas jurídicas tiene sus propias especialidades, y en lo que aquí interesa, conviene diferenciar por un lado aquellas cuestiones relacionadas más propiamente con los derechos y garantías constitucionales, y, por otro lado, lo relativo a la carga de la prueba (esto es, y teniendo en cuenta que previamente se ha optado por un modelo de atribución de responsabilidad por el hecho propio, definir qué aspectos concretos habrán de ser probados por la acusación y cuales por la defensa de la persona jurídica).

6.1.1. Aspectos procesales

De los diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cabe tener en cuenta especialmente los siguientes:

1. Necesidad de imputación formal y necesidad de indagar sobre los elementos organizativo-estructurales: precisamente, y tal y como se desprende de la STS 221/2016 de 16 de marzo (FJ 5º), es necesario que se produzca una imputación formal de la persona jurídica, de modo que ésta tenga conocimiento de los hechos y de la participación en ellos que se le atribuye; debiendo centrarse su declaración de investigada en «la indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit

de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa».

2. Necesidad de evitar conflictos de intereses que perjudiquen tanto a la persona física como/y a la persona jurídica, especialmente en aquellos supuestos en que el representante de la organización imputada es también investigado en la misma causa. Tal y como recuerda GÓMEZ JARA (2016n, p. 5), los intereses procesales de la persona física y la persona jurídica se muestran en «una relación de potencial conflicto»; y ello «no sólo por la previsión en el Código penal de determinadas atenuantes específicamente aplicables a personas jurídicas, sino también por la existencia de regímenes procesales distintos para personas físicas y jurídicas en un ámbito tan nuclear como la conformidad»³⁹.

Se trata, en efecto, de una cuestión esencial que afecta directamente al derecho y a la estrategia de defensa de la persona jurídica (art. 24.2º CE), respecto de la que las STSS 31/2017 de 26 de enero y 583/2017 de 19 de julio, haciéndose eco de pronunciamientos previos del Tribunal Supremo, destacan los siguientes aspectos:

- La persona jurídica investigada debe nombrar un representante procesal propio para el procedimiento penal (diferente del representante legal). Sobre ello incide también la STS 744/2016 de 6 de octubre, que se pronuncia sobre el art. 119 LECrim en relación a las personas jurídicas, y en especial, sobre la necesidad de requerir a la persona jurídica investigada para que designe un representante para el proceso penal. En relación a ello, NIETO MARTÍN (2013, p. 21) recomienda que se incluya en el programa de cumplimiento el procedimiento a seguir para la elección del abogado, estableciendo, p. ej., que sea el órgano encargado del cumplimiento el competente para su elección (especialmente si éste

³⁹ Precisamente, la previsión de la atenuante de colaboración de la persona jurídica (que puede incluso suponer la exención de responsabilidad penal del ente corporativo según señala la FGE en su Circular 1/2016), así como el hecho de que la persona jurídica pueda conformarse con independencia de lo que decidan las personas físicas, pueden generar un evidente conflicto de interés entre ambas. En idéntico sentido se pronuncia NIETO MARTÍN (2013, pp. 19-20).

es un órgano independiente). De este modo, se garantizaría una defensa efectiva de los intereses de la empresa, y es que si el administrador es investigado en el procedimiento, estará interesado en escoger un abogado de su confianza para la entidad, primando así la defensa de sus intereses personales.

Precisamente, tal y como recuerda DEL ROSAL BLASCO (2018, p. 384), el representante procesal designado se convierte, a todos los efectos, en los ojos y boca de la persona jurídica, circunstancia ésta que deberá condicionar, de forma muy determinante, la estrategia de su designación.

- La defensa jurídica de la persona física y persona jurídica investigadas debe ser ejercida por diferentes Direcciones Letradas. Es más, en opinión de GÓMEZ-JARA (2016n, p. 6), ni siquiera podrían pertenecer al mismo despacho colectivo.

Se trata de cuestiones que deberán tener en cuenta tanto BANCO MERITEL SA como INMOZEVILLA SL en caso de ser llamadas al procedimiento penal en condición de investigadas.

6.1.2. Especial referencia a la carga de la prueba

Por otro lado, y sin olvidar que en el presente Dictamen se ha optado por un modelo de autorresponsabilidad en clave de hecho de conexión, cabe abordar a quién corresponde la carga de la prueba (especialmente en relación al déficit de control). Se trata, nuevamente, de una cuestión muy debatida, sobre la que ni siquiera existe acuerdo entre los propios miembros de la Sala Penal del Tribunal Supremo (y es que, precisamente, y tal y como se ha mencionado con anterioridad, el voto particular de la STS 154/2016 de 29 de febrero se refiere a esta cuestión).

Y así, frente a la sentencia mayoritaria que considera que la falta de cultura de cumplimiento de la legalidad debe ser acreditado por la acusación (al tratarse de un elemento típico del delito)⁴⁰, los siete Magistrados firmantes del voto particular,

⁴⁰ Concretamente, refiere en su FJ 8º que: «el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como

sin cuestionar que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en la ausencia de las medidas de control y vigilancia, consideran que ese defecto de organización no debe constituir un elemento adicional del tipo objetivo, y es que, de lo contrario, tal ausencia de medidas debería ser acreditado por la acusación. A su entender, ello supondría «un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos», razón por la que consideran que corresponde a la propia persona jurídica alegar la concurrencia de los instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito. Lo contrario, sería en su opinión, constituir prueba diabólica al tener que probar un hecho negativo, que además, no sería acorde con la tradición jurisprudencial que asigna la carga probatoria de las eximentes a quien las aduce.

Pues bien, tal y como se ha sostenido a lo largo del presente Dictamen, constituye el injusto de la persona jurídica el defecto de organización, perteneciendo las cuestiones relativas a la cultura de cumplimiento de la legalidad al ámbito de la culpabilidad. Por ello, considero más acertada en este aspecto la opinión de los siete Magistrados discrepantes; si bien en este punto me gustaría traer a colación la interpretación integradora ofrecida por GÓMEZ-JARA (2016n, pp. 10-12), quien tratando de aunar ambas posturas, así como el criterio de la FGE, efectúa una propuesta consistente en distinguir entre las medidas de control referidas a los hechos concretos objeto de imputación y el funcionamiento del sistema de gestión de compliance penal (interpretación integradora que, en mi opinión resulta muy acertada).

Y así, correspondería a la acusación la carga de probar la falta de idoneidad de las medidas de control respecto del delito concreto que se imputa a la persona jurídica, mientras que correspondería a la defensa la acreditación de que la persona jurídica tiene una adecuada cultura de cumplimiento de la legalidad y que, por ello, es merecedora de la exención de responsabilidad penal. Dicho en palabras de GÓMEZ-JARA (2016n, p. 11), «la prueba de inidoneidad de las medidas de vigilancia y control concretas respecto del delito concreto que, a la vista de los hechos

responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión».

concretos, es imputado a la persona jurídica corresponde a la acusación; la prueba de la cultura de cumplimiento de la legalidad —incluida la prueba de idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de la misma naturaleza— corresponde a la defensa».

6.2. Argumentación a esgrimir para la defensa de BANCO MERITEL SA

A continuación, y sin perjuicio de remitirnos, con el propósito de evitar reiteraciones innecesarias, a lo ya expuesto sobre la concurrencia o no de los presupuestos necesarios para la atribución de responsabilidad penal a BANCO MERITEL SA, se recapitularán cuáles son los principales argumentos para su defensa.

En mi opinión, una buena estrategia de defensa de la entidad financiera sería aquella consistente en la denominada por la doctrina *defensa de negación*, que consistiría en negar: 1º) la vinculación de la Sra. Sánchez con la empresa (o al menos, alegar que su actuar se corresponde con una extralimitación de sus funciones profesionales —y es que, a pesar de haber concluido previamente que el contrato de colaboración suscrito entre ambas sociedades tiene plena cabida en el concepto de representante legal del art. 31 *bis* 1 CP, la acusación deberá probar que la Sra. Sánchez ha actuado en el marco del mismo—); y, especialmente, 2º) que se haya producido un beneficio para la sociedad. Este es precisamente el argumento principal que considero debiera esgrimir la defensa de BANCO MERITEL SA, y es que, precisamente, los 900.000 € objeto de las operaciones de reintegro y los 20.000 € relativos a los contratos de depósito suscritos por la Sra. Sánchez lo son en su propio beneficio, más bien al contrario, pudiendo alegar BANCO MERITEL SA que de alguna manera se ha visto afectada por el ilícito actuar de su subordinada (p. ej. por tener mala reputación en el sector y entre sus propios clientes).

Del mismo modo, la entidad debiera defender el correcto funcionamiento de su programa de compliance (en caso de tenerlo), pudiendo aportar la documentación acreditativa de ello, o incluso valerse de un informe pericial. Nos encontramos ante un sector regulado, de modo que mediante la elaboración de un informe pericial podría acreditarse que la entidad financiera cumple con todos los parámetros preestablecidos y que dispone de medios idóneos y eficaces para la prevención, y en

su caso, tratamiento, de cuantos riesgos pudieran existir. Ahora bien, por cuanto ya se ha expuesto, ésta no será una cuestión sencilla en el caso concreto de los hechos acontecidos con posterioridad al 15 de mayo de 2018.

En definitiva, y dado que hay argumentos sólidos para la defensa de la entidad, considero que no debiera llegarse a ningún acuerdo de conformidad, sino defender la irrelevancia penal de su conducta.

6.3. Argumentación a esgrimir para la defensa de INMOZEVILLA SL

Al igual que en el supuesto anterior, el principal argumento para la defensa de INMOZEVILLA SL es negar la existencia de beneficio alguno por su parte. De este modo, una adecuada estrategia pudiera ser la denominada *defensa de admisión*⁴¹, consistente en admitir la vinculación de la Sra. Sánchez con la empresa, pero negando la obtención de cualquier beneficio por parte de la persona jurídica.

Otra opción, y ante la posibilidad de atribuir responsabilidad penal por la vía de imputación prevista en la letra a) del art. 31 *bis* 1 CP, pudiera ser negar que el administrador de INMOZEVILLA SL haya cometido delito alguno en comisión por omisión. Sin embargo, en mi opinión, sería mejor estrategia personarse como acusación particular frente al administrador (en caso de que la identidad de los socios de la sociedad limitada no se corresponda con la del administrador) y la Sra. Sánchez, para negar contundentemente que el delito ha sido cometido en su beneficio o a causa de un déficit de control interno.

En cualquier caso, de lo que no hay duda es de que INMOZEVILLA SL debe designar como representante para el proceso penal a una persona diferente de su administrador, pues es evidente que existe un conflicto de intereses con el Sr. Sánchez.

⁴¹ Denominación otorgada por DEL ROSAL BLASCO (2018, p. 356).

CONCLUSIONES

Primera.- La Sra. Sánchez incurre en responsabilidad penal tanto por la simulación de los documentos de reintegro bancario y la distracción de 900.000 € de clientes de la entidad financiera, como por la suscripción de los tres contratos de depósito en que se beneficia de un total de 20.000 €.

Precisamente, los hechos relativos a las operaciones de reintegro bancario son constitutivos de un delito continuado de falsedad documental (previsto en el art. 392 en relación con los arts. 390.1º y 74.1º CP), y de un delito de apropiación indebida en su modalidad agravada (penado por el art. 253 en relación con el art. 250.1.5º y 74.2º CP); ambos en concurso real de delitos pues la finalidad de la simulación de las firmas no era sino dotar de apariencia de legalidad a las operaciones de reintegro efectuadas.

Por otro lado, los hechos relativos a la suscripción de los tres contratos de depósito deben ser tipificados como dos delitos de estafa penados en el art. 249 CP y de otro delito de estafa agravado tipificado en el art. 250.1.6º CP (pues la suscripción que afecta a su amiga íntima merece especial reproche al llevarse a cabo con abuso de las relaciones personales existentes entre ambas); cometidos todos ellos en concurso real de delitos.

Segunda.- En tanto que concurren todos los elementos típicos de los delitos de falsedad documental, apropiación indebida y estafa, y teniendo en cuenta que la trazabilidad del dinero sustraído por la Sra. Sánchez no va a resultar, previsiblemente, difícil de acreditar, la estrategia de defensa a seguir sería tratar de alcanzar un acuerdo de mínimos con la acusación en que se impusiera una pena inferior a los dos años de prisión por cada delito. De este modo, la Sra. Sánchez podría beneficiarse de la suspensión prevista en el art. 80 CP y eludir así su ingreso en prisión.

Para ello, además de la devolución de los importes sustraídos (que podrían llevar aparejada una atenuante cualificada de reparación del daño), la defensa podría alegar: 1) la falta de afección al tráfico jurídico de los documentos de reintegro falsificados, en tanto que su finalidad es la de encubrir la distracción del dinero, y por

tanto no afectan al tráfico jurídico, gozando por ello de naturaleza privada; así como 2) el principio de autoprotección de la víctima en los delitos de estafa, por considerar que las circunstancias que rodean la suscripción de los contratos de depósito (ofrecer rendimientos más elevados que los que acostumbran este tipo de productos financieros o suscribir el contrato en un domicilio particular) debían haber alertado a los clientes de que se trataba de un engaño.

Tercera.- El Sr. Pérez es responsable en comisión por omisión respecto de los delitos de estafa cometidos por la Sra. Sánchez con posterioridad al 15 de mayo de 2018, y es que como administrador único de INMOZEVILLA SL ostentaba la posición de garante respecto de la conducta de sus subordinados, y tenía el deber específico de velar por la no producción de hechos como los acontecidos. En este sentido, y teniendo en cuenta que era conocedor del actuar delictivo previo de su empleada, la omisión de sus deberes de control debe ser tildada de, cuanto menos, dolo eventual; y por ende, merecedora de reproche penal.

Cuestión distinta es la relativa a los hechos ocurridos con anterioridad al 15 de mayo de 2018, en los que al desconocerse por el Sr. Pérez que su empleada estaba apropiándose de dinero de las cuentas corrientes de los clientes del banco, difícilmente pudo, dolosamente, omitir ejercer el debido control sobre aquella. De este modo, y al no concurrir el presupuesto subjetivo requerido por el art. 11 CP, se trata de una omisión imprudente irrelevante a efectos penales (y es que el Código penal no prevé la comisión imprudente de los delitos de apropiación indebida y falsedad documental).

Cuarta.- La estrategia de defensa del Sr. Pérez debe centrarse en la ausencia del presupuesto subjetivo de la comisión por omisión, alegando para ello que la omisión de ejercer el debido control sobre la conducta de su empleada merece el calificativo de imprudente.

Quinta.- El art. 31 *bis* CP consagra un modelo de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho propio (en clave de *hecho de conexión*). En

este sentido, el injusto del delito corporativo se corresponde con un defecto estructural de los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica (de modo que como consecuencia de dicho defecto de organización se genera un riesgo más allá del permitido, riesgo que se materializa en el resultado lesivo concreto); correspondiéndose la culpabilidad propia del ente corporativo con la existencia, o no, de instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito —*cultura de cumplimiento de la legalidad*—.

En el caso concreto de BANCO MERITEL SA, no procede apreciar su responsabilidad penal por los hechos cometidos por la Sra. Sánchez, y es que a pesar de que ésta actúa en representación de la entidad financiera en sus operaciones con los clientes: 1) en lo que a las operaciones de reintegro bancario se refiere, el delito de falsedad documental y el delito de apropiación indebida no se encuentran en el listado *numerus clausus* de delitos atribuibles a la persona jurídica, y tampoco concurre el necesario beneficio, ya sea directo o indirecto, de la persona jurídica; y 2) en lo relativo a los contratos de depósito, el banco no obtiene ningún beneficio de la actuación de la Sra. Sánchez, y es que únicamente ella se apodera de los 20.000 €. En lo que a la posible obtención de un beneficio indirecto se refiere, cabe precisar que, en mi opinión, tratar de mantener la confianza de los clientes o de dotar de apariencia de normalidad el funcionamiento de la entidad financiera no es constitutivo de un beneficio indirecto en los términos exigidos por el art. 31 *bis* CP; y ello puesto que lo contrario, supondría, a mi modo de ver, una interpretación excesivamente amplia del término beneficio que resultaría contraria a la voluntad del legislador.

De igual modo, y por idénticas razones, no procede apreciar tampoco la responsabilidad penal de INMOZEVILLA SL, pues ésta tampoco obtiene beneficio alguno con el actuar de su empleada; no concurriendo por ello los presupuestos previstos por el art. 31 *bis* CP.

Ahora bien, ambas mercantiles son responsables civiles subsidiarias, conforme establece el art. 120.4º CP, de los delitos cometidos por la Sra. Sánchez, en tanto que ésta actúa en representación de la entidad financiera y es empleada de la agencia colaboradora, habiendo delinquido en el marco de su ejercicio profesional.

Sexta.- Para el supuesto de que las personas jurídicas sean llamadas como investigadas al proceso penal, deberán nombrar un representante procesal propio para dicho proceso (que en el caso de INMOZEVILLA, deberá ser una persona distinta del Sr. Pérez al existir un conflicto de intereses entre ambos), y tendrán la carga de acreditar que gozan de una adecuada cultura de cumplimiento de legalidad (mediante la aportación de los programas de cumplimiento normativo, informes de valoración del riesgo, informes periciales, etc.).

Además, BANCO MERITEL SA podría adoptar la denominada *defensa de negación*, consistente en rechazar tanto la vinculación de la Sra. Sánchez con la entidad financiera (o al menos, alegar que su actuar se corresponde con una extralimitación de sus funciones profesionales), como, y especialmente, la obtención de beneficio alguno por parte de la sociedad.

Por su parte, INMOZEVILLA SL podría adoptar la conocida *defensa de admisión*, consistente en admitir la vinculación de la Sra. Sánchez con la empresa, pero negando la obtención de cualquier beneficio por parte de la persona jurídica.

En Bilbao, a 23 de julio de 2020.

ANEXO I

Checklist elaborada por ANA MARTÍN BOADO, Abogada especialista en Compliance, en que se recoge una relación sumaria de los criterios que deberán tener en cuenta los Fiscales en España para considerar la eficacia de un programa de cumplimiento, y que figura como documento adjunto a la Alerta 1/2016 del Instituto Español de Ética y Compliance, titulada Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado como marco de referencia en la evaluación de los programas de compliance e las empresas españolas, de 26 de febrero de 2016.

CRITERIO	DENOMINACIÓN	DEFINICIÓN /REQUISITOS
1	CLARIDAD	Los Programas de Cumplimiento han de ser claros y precisos.
2	ESCRITO	Los programas de Cumplimiento han de ser redactados por escrito.
3	ADECUACIÓN A LOS DELITOS	Los Programas de Cumplimiento han de ser eficaces. No basta la existencia de un programa por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido. Se realizará para valorar la eficacia un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción.
4	ADAPTACIÓN A LA NATURALEZA Y TAMAÑO DE LA EMPRESA	Los Programas de Cumplimiento deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos. Copiar un programa elaborado por otra empresa, aunque sea del mismo sector, e implantarlo en la organización puede poner en tela de juicio la idoneidad del modelo y el verdadero compromiso de la empresa con la prevención de delitos.
5	PROMOCIÓN DE UNA CULTURA EMPRESARIAL	Los Programas de cumplimiento no pueden ser un salvoconducto para evitar la sanción penal, sino que tienen que promover una verdadera cultura empresarial “donde el delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de la pena una consecuencia natural de dicha cultura”.
6	IDENTIFICACIÓN Y GESTIÓN DE RIESGOS	Es necesario que la persona jurídica identifique y gestione adecuadamente los riesgos, estableciendo, aplicando y manteniendo las medidas y procedimientos eficaces para identificarlos, neutralizarlos, controlarlos y comunicarlos. Todo ello teniendo en cuenta tanto los riesgos reales como los potenciales, y de acuerdo con el nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección.
7	PROCESOS INTERNOS Y APLICACIONES INFORMATICAS	Es necesario que se controlen los procesos internos de negocio de la empresa y, sobre todo si ésta tiene un cierto tamaño, es muy recomendable que esto se realice a través de aplicaciones informáticas exhaustivas.
8	CONTRATACIÓN Y PROMOCIÓN DE DIRECTIVOS Y MIEMBROS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: ANTECEDENTES ÉTICOS	Los Programas de Cumplimiento deben establecer protocolos y procedimientos con altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los miembros de los órganos de administración, teniendo en cuenta la trayectoria profesional y los antecedentes.
9	REDUZCAN SIGNIFICATIVAMENTE LOS RIESGOS DE COMISIÓN DE DELITOS	Un Programa de Cumplimiento puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta. Sin embargo, no puede decirse automáticamente que un programa sea ineficaz por el hecho de haberse producido un delito en el seno de la empresa. Se considera eficaz un programa que reduzca significativamente el riesgo de comisión de delitos, lo cual va a obligar al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo.
10	MECANISMOS DE DETECCIÓN DE CONDUCTAS DELICTIVAS: CANALES DE DENUNCIAS.	Los Programas de Cumplimiento tienen que tener una eficacia preventiva, pero además deben posibilitar la detección de conductas delictivas. Deben observar la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia de los Programas de Cumplimiento. Los canales de denuncia son por tanto uno de los elementos claves para la eficacia de los programas.
11	VERIFICACIÓN PERIÓDICA	Los Programas de cumplimiento deben contemplar un plazo y un procedimiento de revisión de forma expresa. Además, deben verificarse y revisarse si concurren circunstancias que puedan influir en el análisis del riesgo.
12	SUPERVISIÓN POR EL COMPLIANCE OFFICER O COMITÉ DE COMPLIANCE	Los Programas de Cumplimiento deben ser supervisados por la persona o el órgano encargado de esta función (<i>Compliance Officer</i> o Comité de Compliance), así como participar éstos en la elaboración de los programas, y asegurar su buen funcionamiento estableciendo sistemas de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos de eficacia que establece la ley en el artículo 31 Bis 5 (un ejercicio insuficiente de sus funciones impedirá apreciar la exención).

Dictamen sobre estrategia de defensa de la persona
jurídica

13	CUMPLIMIENTO DE TODA LA LEGALIDAD, NO SOLO LA PENAL	Los Programas de Cumplimiento deben observar la legalidad en penal, pero no sólo ésta, sino que también deben observar la legalidad en general.
14	IMPORTANCIA EN LA TOMA DE DECISIONES	Es muy importante para valorar la eficacia de un Programa de Cumplimiento, no el sólo el mero hecho de que el programa sea eficaz, sino valorar la importancia de éste en la toma de decisiones de los dirigentes y subordinados, y ver en qué medida éste es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento.
15	CERTIFICACIONES Y ACREDITACIONES	Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo son un elemento a tener en cuenta, pero no acreditan la eficacia del programa, cuyo juicio corresponde al juez. Serán considerados como un elemento adicional más de la observancia, pero en modo alguno sustituyen la valoración del juez o acreditan la eficacia del programa
16	FALTA DE COMPROMISO DE LA ALTA DIRECCIÓN	Es necesario el compromiso de la alta dirección, por lo que si un alto responsable participó o consintió el delito el programa se presumirá ineficaz por los fiscales.
17	DELITOS COMETIDOS EN BENEFICIO ÚNICAMENTE INDIRECTO DE LA PJ	Si los delitos son cometidos en beneficio propio del autor del delito con beneficio sólo indirecto para la persona jurídica, esto habrá de tenerse en cuenta por los fiscales.
18	COLABORACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA	Los fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia entidad y su puesta en conocimiento a la autoridad.
19	ANTECEDENTES DE LA PERSONA JURÍDICA	Los fiscales tendrán en cuenta la conducta en el pasado de la entidad en cuanto a compromisos éticos se refiere.
20	ACTUACIONES POSTERIORES A LA COMISIÓN DEL DELITO	Se evaluarán por los fiscales las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad a la comisión del delito.