

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Resolución N° 36/2022

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de
Abogada que presenta:

Maria Claudia Francesca Cano Bravo

ASESORA:

Liliana Calderón Jacinto


Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, CALDERÓN JACINTO, LILIANA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre la Resolución N° 36/2022", del autor(a) CANO BRAVO, MARIA CLAUDIA FRANCESCA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 14/12/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 15 de diciembre del 2025

CALDERÓN JACINTO, LILIANA	
DNI: 41766187	 Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6470-7783	

RESUMEN

En el transcurso de la última década, la incorporación normativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el Compliance Penal en distintos ordenamientos jurídicos son temas que han adquirido relevancia, generando un amplio debate doctrinal y jurisprudencial. En el caso español, se cumple una década desde que se sentaron las bases para adoptar estas instituciones en su sistema penal, lo que ha dado lugar a una relevante producción jurisprudencial. El presente informe jurídico examina precisamente una de dichas resoluciones.

En ese contexto, el propósito del informe consiste en determinar si el Tribunal Supremo efectuó una valoración adecuada para la imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, Auriga Consultoría y Proyectos SL, en calidad de autora del delito de estafa, en el marco del artículo 31 bis del Código Penal español. Para ello, se identifican dos cuestiones principales: i) Determinar qué requisitos deben cumplirse para que las personas jurídicas sean penalmente responsables en caso de que el delito sea cometido por uno de sus administradores; y ii) resolver si la empresa habría tenido responsabilidad, asumiendo que se hubiese implementado un Modelo de Prevención y que el delito de estafa estuviera contemplado en la Ley N° 30424.

De esta manera, se sostiene que el órgano jurisdiccional no realizó un análisis idóneo respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica. No obstante, la resolución permite mantener un espacio de discusión y profundización en torno a derecho comparado, especialmente sobre la implementación y eficacia de los Modelos de Prevención.

Palabras clave

Responsabilidad penal de la persona jurídica, Modelo de Prevención de Delitos, defecto de organización, compliance penal, riesgos.

ABSTRACT

Over the course of the last decade, the regulatory incorporation of criminal liability of legal persons and criminal compliance into various legal systems has gained significant relevance, generating extensive doctrinal and jurisprudential debate. In the Spanish context, it has now been ten years since the foundational groundwork for the adoption of these institutions within its criminal system was established, leading to a substantial body of case law. This legal report examines one of such judicial decisions.

In this context, the purpose of the report is to determine whether the Supreme Court conducted an adequate assessment for attributing criminal liability to the legal entity, Auriga Consultoría y Proyectos SL, as the perpetrator of the offence of fraud, within the framework of Article 31 bis of the Spanish Criminal Code. To this end, two main issues are addressed: (i) determining the requirements that must be met for legal entities to be held criminally liable when the offence is committed by one of their administrators; and (ii) assessing whether the company would have incurred liability assuming that a Compliance Program had been implemented and that the offence of fraud had been included under Law No. 30424.

Accordingly, it is argued that the judicial body did not conduct an adequate analysis regarding the criminal liability of the legal entity. Nevertheless, the judgment provides an opportunity to maintain and advance discussion within the sphere of comparative law, particularly concerning the implementation and effectiveness of Compliance Programs.

Keywords

Criminal liability of legal persons, Crime Prevention Model, organizational defect, criminal compliance, risks.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1. Justificación de la elección de la resolución.....	5
1.2. Presentación del caso y del análisis.....	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	7
2.1. Antecedentes	7
2.2. Hechos relevantes del caso	7
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	10
3.1. Problema principal.....	10
3.2. Problemas secundarios.....	11
IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA	11
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundario	11
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	12
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	13
V1. Problema principal: ¿El Tribunal Supremo efectuó un análisis idóneo para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica Auriga Consultoría y Proyectos SL en calidad de autora del delito continuado de estafa, regulado en el artículo 248 del Código Penal español, con relación al artículo 31 bis del mismo cuerpo normativo?.....	13
V.2. Problema secundario 1: ¿Qué requisitos deben cumplirse para que las personas jurídicas sean penalmente responsables según el artículo 31 bis del Código Penal español en caso de que el delito sea cometido por uno de sus administradores?	13
A. Primer requisito: Presupuestos materiales conforme al artículo 31.a. bis del Código Penal español	15
B. Segundo requisito: Defecto de organización	27
V.3. Problema secundario 2: ¿Asumiendo que Auriga Consultoría y Proyectos SL hubiera contado con un programa de cumplimiento y que el delito de estafa continuada formara parte de los que figuran en la Ley N° 30424, habría tenido responsabilidad penal en el Perú?	31
A. Primer requisito: Presupuestos materiales conforme al artículo 3.a. de la Ley N° 30424	34
B. Segundo requisito: ¿Defecto de organización?	37
C. Tercer requisito: Implementación de Modelo de Prevención	38
VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	41
VII. BIBLIOGRAFÍA	44
VIII. ANEXOS	47

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Resolución No. 36/2022
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Compliance Penal y Derecho Penal
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	<ul style="list-style-type: none">• STSJ Sala de lo Civil y Penal Andalucía, 12-12-2019• STS 39/2022• ATS 4497/2022
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	CS Carpinteros 2025 SL / Don Gervasio
DEMANDADO/DENUNCIADO	Auriaga Consultoría y Proyectos S.L. / Don Evaristo
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal
TERCEROS	-
OTROS	-

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

La sentencia casatoria N° 36/2022, emitida por la Sala Penal del Tribunal Supremo de España posee un carácter genuinamente complejo. En ella se discuten temas que en las últimas dos décadas son considerados como un fenómeno contemporáneo ampliamente debatido por la doctrina y jurisprudencia: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *Criminal Compliance*. Estos conceptos son relevantes, porque han sido incorporados en los ordenamientos jurídicos de diversos países europeos de manera gradual. Incluso, varios países de America Latina ha optado por implementar estos modelos dentro de sus sistemas legales. Por ejemplo, en España se asentaron las bases de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el 2015 con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, mientras que en el Perú se empezó a aplicar en el 2018 con la entrada en vigor de la Ley N°30424.

En la misma línea, la resolución elegida versa, específicamente, sobre una controversia en materia penal, debido a que se condena a una persona jurídica y a su administrador. Así, en aquel instante el Compliance Penal se incorpora como un factor determinante en el análisis, en la medida en que dicha ley española integró un modelo en el que estos entes jurídicos deben cumplir una serie de requisitos para que se les pueda eximir de responsabilidad.

Es menester señalar que, en la actualidad los tribunales no utilizan un criterio uniforme al dictar sentencia, pues subsisten posturas muy contrarias entre sí. No obstante, en el presente caso el Tribunal Supremo centra su valoración en la responsabilidad de la persona natural, realizando un traslado posterior de esta a la sociedad. En ese contexto, esta resolución nos permite participar de la discusión en torno a la posible implementación de un Modelo de Prevención para prevenir la comisión de delitos por parte de sus integrantes, así como los requisitos que deben considerarse para determinar la responsabilidad penal.

1.2 Presentación del caso y del análisis

El presente caso plantea una discusión centrada en la comisión del delito de estafa. Es decir, se mantiene en la esfera del Derecho Penal. Sin embargo, se caracteriza por involucrar tanto a una persona natural como a una persona jurídica, pues ambas reciben una condena penal por parte del Tribunal Supremo. Por consiguiente, se advierte la marcada necesidad de extender el análisis hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Compliance Penal. Puesto que, se trata de un fenómeno que ha tenido una introducción normativa reciente en países europeos y también, varios de América Latina.

En ese sentido, el principal problema jurídico del caso aquí expuesto procura evaluar si el Tribunal Supremo efectuó un análisis idóneo para la determinación de la responsabilidad penal de Auriga Consultoría y Proyectos SL. Además, se plantean dos problemas secundarios. En primer lugar, se persigue identificar los requisitos que deben cumplirse para que las personas jurídicas sean penalmente responsables en caso de que el delito sea cometido por uno de sus administradores en España. En segundo lugar, se plantea determinar, si la empresa también habría tenido responsabilidad penal en el Perú, en caso de haber contado con un Modelo de Prevención y que el delito de estafa estuviera incluido en la Ley N° 30424.

De esta manera, los principales instrumentos normativos que se emplearán son el Código Penal español, la Ley peruana N° 30424 y su reglamento, doctrina y jurisprudencia relevante relacionada al tema. De ello se sigue que, el Tribunal Supremo español no realizó una evaluación idónea, ya que no evidenció un análisis prudente sobre los actos u omisiones correspondientes a la persona jurídica que pudieran justificar esta atribución de responsabilidad penal. Incluso, sin pronunciarse sobre la ausencia de un Modelo de Prevención o deberes de supervisión y control interno en la empresa. Por el contrario, se enfocó únicamente en los actos que cometió la persona natural (su administrador) para la configuración del delito de estafa y luego, la responsabilidad penal de este fue transferida a la empresa de manera casi automática.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

Don Gervasio era **socio mayoritario de “CS Carpinteros 2025 SL”** (de aquí en más “CS Carpinteros”) con el 99% de las participaciones. Además, tenía un **poder** que la **administradora única** le **otorgó** y que le **delegó facultades** para actuar en su nombre. Del mismo modo, **Don Evaristo** era **representante/administrador** único de la empresa **“Auriga Consultoría y Proyectos SL”** (en adelante “Auriga”). Mientras que, su esposa era accionista mayoritaria y fundadora de la misma. Así pues, el proceso penal inicia cuando Don Evaristo en representación de Carpinteros **acusa** a Don Evaristo y Auriga por la comisión del **delito de estafa continuada**.

2.2 Hechos relevantes del caso

A continuación, se presenta la relación de hechos fácticos probados y pertinentes para un adecuado análisis:

- En **agosto de 2013** Don Evaristo y Don Gervasio suscribieron un **contrato** de manera oral, según el cual Auriga brindaría a CS Carpinteros servicios de asesoría fiscal, laboral y contable. Dicha prestación sería retribuida con honorarios mensuales fijados en 200 euros más IVA (21% en España). Es decir, un total de 242 euros. Situación que se presentó bajo el contexto de una fuerte amistad y confianza existentes entre las partes.
- Sumado a lo anterior, en **setiembre de 2013** Evaristo le solicitó a Gervasio la realización de varios trabajos de carpintería en su domicilio como el arreglo de un portón, colocación de una tarima e instalación de armarios. Sin embargo, en ese momento no fijaron un precio, sino que acordaron que el monto se compensaría luego con las cuotas mensuales

que se iban acumulando por los servicios de asesoría que brindaba Auriga a CS Carpinteros.

- Con fecha **06 de setiembre de 2013** se formalizó mediante escritura pública que Evaristo asumiría la administración de CS Carpinteros por mutuo acuerdo de ambos. No obstante, esta no llegó a inscribirse al Registro Mercantil, ya que la empresa tenía la ficha registral bloqueada. Como consecuencia, el acusado nunca ejerció ni tomó decisiones.
- En **octubre de 2014** Auriga detuvo la emisión de las facturas mensuales que mantuvo durante 1 año sin recibir los pagos correspondientes de CS Carpinteros. Dicha acción con el objetivo de evitar seguir generando más IVA, que luego debía regularizar tributariamente.
- A **finales de 2015** los involucrados conversaron sobre como saldar las deudas pendientes, pero tuvieron un desacuerdo respecto al monto. Toda vez que, Gervasio planteaba un cobro total de 8660.18 euros por las labores de carpintería. Cifra que a Evaristo le parecía demasiado alta frente a los 6.000 euros a los que ascendía la iguala. Es decir, a Evaristo le correspondería no solo cobrarse el monto total del devengado con los servicios de carpintería, sino que además, el pago de un excedente de 2,660.18 euros a Don Gervasio.
- Con fecha **01 de febrero de 2016** el acusado resolvió apoderarse del importe de la devolución de IVA del cuarto trimestre del año 2015 (3.192,81 euros) a favor de su cliente para cobrar unilateralmente una parte del crédito que entendía le correspondía a Auriga por parte de CS Carpinteros. Para ello, utilizó su certificado digital como “colaborador” de la AEAT, y luego de realizar un descuento por una deuda que tenía la empresa con el municipio, indicó la cuenta de Auriga para recibir 2.684,51 euros. En ese sentido, a finales de **mayo de 2016** Gervasio consultaba

por el monto no recibido, a lo que Evaristo solo le atribuía responsabilidad a la autoridad fiscal.

- Con fecha **10 de enero de 2017** Evaristo mantuvo su intención de cobrar el resto de la “deuda” bajo el mismo método y apropiarse de 4998.67 euros en total. Por lo que, repitió la misma modalidad con el monto de 2.314,16 euros.
- En el **2017** el Juzgado de Instrucción N° 8 de Granada inició el **Procedimiento Abreviado N°143/2017** en el que Gervasio **acusó** a Don Evaristo y a Auriga Consultoría y Proyectos S.L. por la comisión del **delito de estafa continuada** y luego, fueron condenados en la **sentencia N° 558/2018** que dictó la Audiencia Provincial de Granada el **15 de noviembre de 2018**. En esta se realizó una evaluación de los elementos de configuración del delito de estafa: Engaño y ánimo de lucro. Se concluyó que, en la actuación de Evaristo hubo engaño, pues este no contaba con autorización ni consentimiento para realizar la operación en cuestión; y ánimo de lucro, debido a que hubo dolo y no se probó la existencia de la supuesta deuda.
- Luego, en el **2019** los condenados interpusieron el **Recurso de Apelación N° 108/2019**. Parte de sus argumentos se enfocaban en la no configuración en sí misma del delito de estafa. Además, otro de los motivos se sostuvo en la inapropiada aplicación del art. 31 bis del Código Penal español. Así, se alegaba que al condenar a la empresa y a su administrador se estaría aplicando una doble sanción por el mismo hecho.
- El **12 de diciembre de 2019** la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla dictó la **sentencia N° 225/2019** en la que se **revocó la sentencia N° 558/2018**. Dentro de sus argumentos planteó que no existió engaño, ya que el acusado tenía autorización para actuar ante la AEAT en nombre de la empresa por los

servicios que brindaba; tampoco, ánimo de lucro, porque el acusado no buscaba un beneficio económico, sino únicamente cobrar una “deuda” que asumía le correspondía.

- En el año **2020**, CS Carpinteros 2025 SL interpuso el **Recurso de Casación N° 1412/2020** contra la sentencia 225/2019 por razón de “infracción de ley” (art. 849LECrim) . En dicho recurso, se fundamentó que no se aplicaron apropiadamente los artículos 248.1 y 249 del Código Penal español, que regulan el delito de estafa.
- Con fecha **20 de enero de 2022** la Sala de lo Penal del **Tribunal Supremo** dicta la **sentencia N° 36/2022** que casó y anuló parcialmente el Recurso de Apelación N° 108/2019 interpuesto por los sancionados. En esta se argumentó que las acciones de Don Evaristo sí configuraron engaño, dado que simuló actos en representación e interés de su cliente, aprovechándose de sus labores como asesor. También, confirma el ánimo de lucro indicando que el acusado era consciente del desacuerdo con respecto al **monto de la deuda** por los trabajos de carpintería. Incluso, tenía conocimiento de que este era **mayor** al de sus servicios por asesorías. Es decir, procuraba apropiarse de un beneficio económico, del cual sabía **no** tenía derecho alguno. Además, sustentó que no se vulneró el principio del “non bis in idem”, porque el acusado solo era administrador, mas no socio mayoritario de la empresa, por lo que no sufriría las mismas consecuencias económicas.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿El Tribunal Supremo efectuó un análisis idóneo para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica Auriga y Consultoría y Proyectos SL en calidad de autora del delito continuado de estafa, regulado en el artículo 248

del Código Penal español, con relación al artículo 31 bis del mismo cuerpo normativo?

3.2 Problemas secundarios

1. ¿Qué requisitos deben cumplirse para que las personas jurídicas sean penalmente responsables según el artículo 31 bis del Código Penal español en caso de que el delito sea cometido por uno de sus administradores?

2. ¿Asumiendo que Auriga Consultoría y Proyectos SL hubiera contado con un Modelo de Prevención y que el delito de estafa formara parte de los que figuran en la Ley N° 30424, habría tenido responsabilidad penal en Perú?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Con relación al **problema principal**, se considera que el Tribunal Supremo español no efectuó un análisis idóneo para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica Auriga Consultoría y Proyectos SL en calidad de autora del delito continuado de estafa, regulado en el artículo 248 del Código Penal español con relación al artículo 31 bis del mismo cuerpo normativo. Puesto que, este no consideró los requisitos que establece la norma española para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Con relación al **primer problema secundario**, el Código Penal español establece en el inciso 1.a. del artículo 31 bis las características bajo las cuales las personas jurídicas tienen responsabilidad penal cuando se cometen delitos: i) en nombre o por cuenta de ellas; ii) en su beneficio directo o indirecto; y iii) una lista de “sujetos de primer nivel” en la que se incluye la figura del administrador. Asimismo, en los incisos 2 y 5 del mismo artículo se plantean las condiciones para eximir la responsabilidad de la empresa; es decir modelo de organización,

control y supervisión, y los requisitos que deben cumplir los modelos de organización, respectivamente. No obstante, en la sentencia el Tribunal Supremo no se pronuncia en ningún extremo sobre lo mencionado, pues solo evalúa los elementos para determinar la configuración del delito de estafa en base a los actos del administrador.

Con relación al **segundo problema secundario**, la Ley N° 30424 señala en los incisos d y e del artículo 12, que si se implementa y acreditan los elementos un Modelo de Prevención, medidas de vigilancia y de control luego de cometer el delito y antes del juicio oral, entonces es posible recibir un atenuante por la sanción. Para ello, se tendría que realizar una revisión del Reglamento de la ley e identificar las características y necesidades de la empresa para poder elaborar un modelo apropiado a sus necesidades. Por consiguiente, si el delito de estafa se encontrara regulado en la lista de delitos que indica la ley peruana, la sociedad sí tendría responsabilidad penal, pero esta no podría ser eximida, solo atenuada por cumplir con los supuestos temporales previstos en líneas anteriores.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

En relación con la resolución materia de análisis, se considera que el Tribunal Supremo español no efectuó una valoración idónea para determinar la responsabilidad penal de Auriga Consultoría y Proyectos S.L. Resulta cuestionable que, a casi una década de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 y tratándose del máximo órgano jurisdiccional en materia penal, no se haya efectuado una evaluación de los requisitos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal.

Resulta evidente que, en la actualidad persiste la ausencia de un criterio uniforme en las distintas instancias judiciales respecto del alcance y aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Situación que llama aún más la atención si se toma en consideración que el propio Tribunal Suprema ha emitido diversos pronunciamientos que han contribuido a perfilar una línea

jurisprudencial más clara y consistente. Bajo esa premisa, en el caso concreto debió evaluarse su resultaba procedente imputar responsabilidad penal a la empresa por un delito cometido por su administrador; si este actuó en nombre o por cuenta de la misma; si se produjo un beneficio, ya sea directo o indirecto, para la entidad; y especialmente, si la sociedad contaba con un modelo de prevención de delitos eficiente o presentaba algún defecto de organización.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

V.1. Problema principal: ¿El Tribunal Supremo efectuó un análisis idóneo para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica Auriga Consultoría y Proyectos SL en calidad de autora del delito continuado de estafa, regulado en el artículo 248 del Código Penal español, con relación al artículo 31 bis del mismo cuerpo normativo?

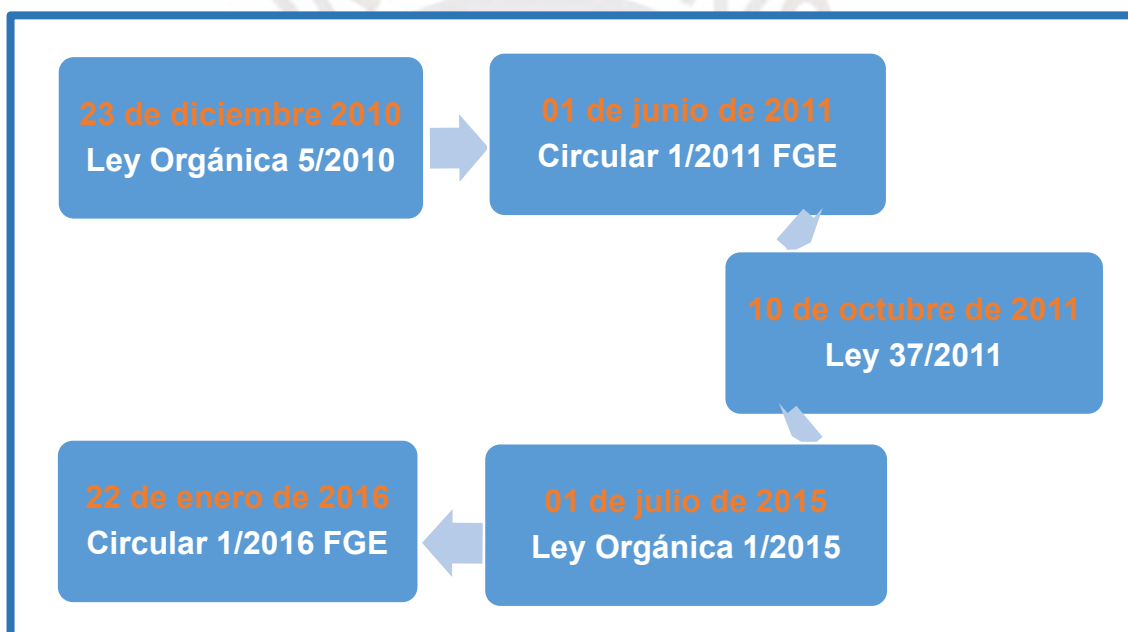
En el presente caso, el Tribunal Supremo no efectuó un análisis idóneo para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica Auriga Consultoría y Proyectos SL en calidad de autora del delito continuado de estafa, con relación al artículo 31 bis del Código Penal. Puesto que, este no consideró el modelo de autorresponsabilidad, ni los requisitos que establece el ordenamiento jurídico español para determinar adecuadamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

V.2. Problema secundario 1: ¿Qué requisitos deben cumplirse para que las personas jurídicas sean penalmente responsables según el artículo 31 bis del Código Penal español en caso de que el delito sea cometido por uno de sus administradores?

En **España** hasta el año **2010** la responsabilidad penal era exclusivamente atribuible a la persona natural y las personas jurídicas únicamente quedaban sujetas a una responsabilidad de carácter solidario respecto del pago de la sanción económica. No obstante, el **22 de junio de 2010** se aprobó la **Ley Orgánica 5/2010**, que modificó la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, y

entró en vigor el **23 de diciembre de 2010**. Esta nueva norma representó una Reforma del Código Penal importante, ya que se introdujo el artículo 31 bis del Código Penal y con él, por primera vez, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A raíz de dicha novedad legislativa, la Fiscalía General del Estado brindó una serie de recomendaciones el **01 de junio de 2011** en la **Circular 1/2011** con el propósito de orientar a los fiscales sobre la interpretación del nuevo régimen. Sin embargo, dichas consideraciones no resultaron suficientes en materia procesal penal. Por ello, el **10 de octubre de 2011** se emitió la **Ley 37/2011** que implicó una Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la cual se aclararon estas cuestiones.

Esquema N° 1



Fuente: Elaboración propia

Posteriormente, se aprobó la **Ley Orgánica 1/2015** y entró en vigencia el **01 de julio de 2015**. Esta reforma del Código Penal es la más importante a la fecha, ya que hizo precisiones sobre los sujetos imputables, redefinió el sistema de atribución de responsabilidad, incorporó expresamente los modelos de organización y gestión como eximentes, y sustituyó el antiguo criterio de “no ejercer el debido control” por el de “incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control”. Finalmente, ante la magnitud del cambio,

la Fiscalía General del Estado emitió la **Circular 1/2016** el **22 de enero de 2016**, que estructuró de manera sistemática los criterios interpretativos sobre el nuevo régimen y consolidó la transición hacia un modelo de autorresponsabilidad corporativa, otorgando relevancia autónoma al análisis del defecto de organización y a la eficacia de los programas de compliance.

A. Primer requisito: Presupuestos materiales conforme al artículo 31 bis.1.a) del Código Penal español.

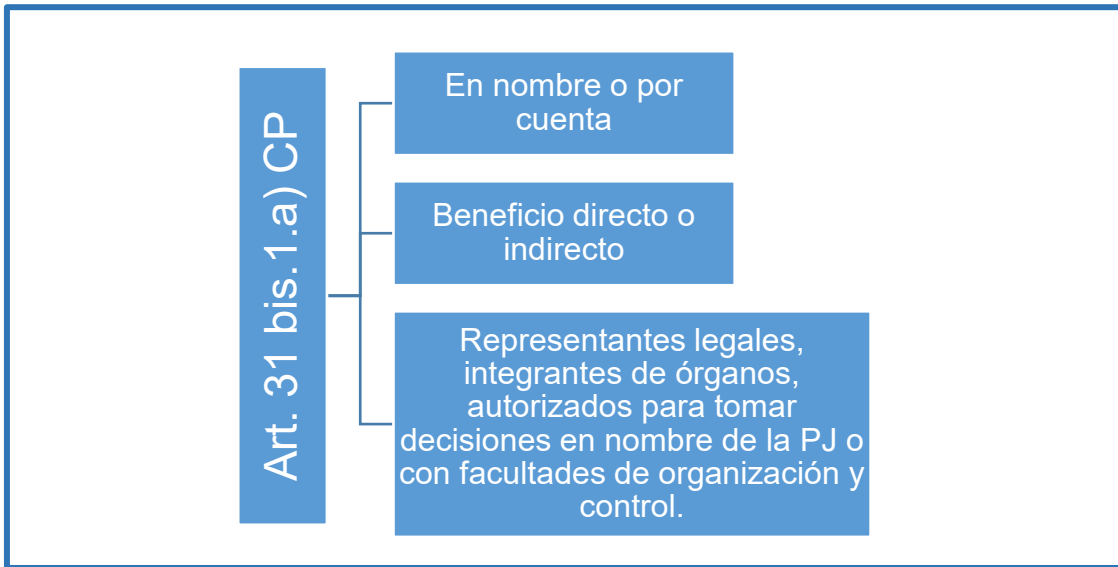
Ahora bien, el artículo 31 bis.1.a) del Código Penal español establece tres presupuestos materiales a evaluar para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la siguiente manera:

1. (...) Las personas jurídicas serán penalmente responsables:
 - a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control de la misma (...) (Código Penal español, 1995)¹.

Cabe mencionar que, la Ley Orgánica 1/2015 sustituyó expresiones como “en su provecho” por otras de mayor precisión técnica como “en beneficio”. También, reformuló la categoría de posibles autores del delito, pasando de la referencia genérica de “administradores de hecho y de derecho” a una lista más amplia y detallada de quienes ostentan facultades de decisión, representación y control dentro de la organización. Dicho escenario responde a que, existía una necesidad de modificación orientada hacia la uniformización interpretativa en la jurisprudencia, dado que hasta entonces persistían los pronunciamientos no homogéneos con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por parte de los órganos jurisdiccionales.

¹Artículo 31 bis del Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995).

Esquema N° 2



Fuente: Elaboración propia

a) Primer presupuesto: Delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica

Este presupuesto plantea dos circunstancias, cuando el delito sea cometido: i) en nombre, y ii) por cuenta de la persona jurídica. Por un lado, el fragmento “en nombre”, hace referencia a los supuestos en que la persona física representa formalmente a la entidad, actúa de manera externa y vinculante frente a terceros y posee facultades de representación (de hecho o derecho). Es decir, se refiere a agentes que expresan la voluntad de la empresa. Por ejemplo, aquí podrían encajar las figuras de administrador único; representante legal; Gerente General (si tiene poder de representación) o un apoderado (con poder inscrito) de cualquiera de los mencionados.

Por otro lado, la expresión “por cuenta” hace referencia a actuaciones en las que esta persona natural no necesariamente representa formalmente a la empresa, pero sí actúa en interés, beneficio o dentro del ámbito de la actividad de la sociedad, pues ejecuta acciones inmersas en la dinámica de la misma. En otras palabras, no se exige la representación formal, pues resulta suficiente con la integración funcional y actuación al servicio de la empresa del agente. A modo

ilustrativo, podríamos mencionar a directivos intermedios como jefes de área o incluso, un oficial de cumplimiento, si ostenta facultades reales de control.

En contraste, Del Rosal Blasco (2015) considera que: “Estos términos son equivalentes entre sí y deben ser interpretados en sentido restrictivo, identificando los mismos con una actuación del directivo en el ámbito de sus competencias” (como se citó en Fernández C. y Chanjan R., 2016, p. 365). Así pues, se entiende que la autora busca evitar que cualquier tipo de conducta sea automáticamente imputable a la persona jurídica. Por ello, plantea que ambos términos apuntan a una sola idea nuclear: La actuación del agente debe presentarse en el ejercicio de sus funciones empresariales. Bajo ese criterio, la frase “por cuenta” parecería prescindible de mantener en el texto normativo. Esto debido a que, la noción de “directivo” podría no corresponder a quienes poseen mandos intermedios, sino únicamente a quienes ejercen competencias decisorias relevantes dentro de la organización.

No obstante, pareciera que el objetivo del legislador hubiera sido ampliar el ámbito de imputación y evitar que la persona jurídica eluda responsabilidad alegando que el autor no tenía poder formal de representación. En concreto, abarcar también los supuestos en los que los actores no ostentan de dicha representación, pero sí actúa funcionalmente como parte de la estructura empresarial y en interés de la persona jurídica.

a.1) Primer presupuesto: Análisis en el caso concreto

En la sentencia se señala expresamente que Don Evaristo era representante y “administrador único”. Debe advertirse que, la Ley de Sociedades de Capital (LSC) española establece lo siguiente:

“Artículo 215. Inscripción del nombramiento.

1. El nombramiento de los administradores, una vez aceptado, deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados” (Ley de Sociedades de Capital, 2010)².

En esa línea, dicha denominación presupone un nombramiento formal e inscrito en el Registro Mercantil y; por ende, la calificación de administrador de derecho. Por consiguiente, el acusado sí tenía las facultades para actuar “en nombre” de Auriga. Desde esta perspectiva, el hecho de presentar las autoliquidaciones del IVA de CS Carpinteros ante la Hacienda Pública y otorgar una cuenta para realizar el depósito lo demuestra, pues Don Evaristo no actuó como un particular ajeno a la situación, sino en el ejercicio de funciones propias de su cargo. Es decir, de manera externa se percibía como un acto típico y legítimo de la actividad profesional de Auriga. Asimismo, este comportamiento también encajaría en la categoría “por cuenta”, debido a que el ingreso de la devolución tributaria fue realizado directamente a la cuenta bancaria de Auriga, generando un beneficio inmediato para la sociedad.

En ese sentido, en la resolución el Tribunal Supremo parece dar por satisfecho el primer presupuesto bajo el razonamiento de que la conducta del administrador fue realizada “en nombre” de Auriga. Así pues, traslada de manera casi automática la responsabilidad penal de la persona física a la sociedad, lo cual corresponde a un modelo de heterorresponsabilidad. Igualmente, en un extremo afirma que se produjo una transferencia económica y el acusado: “Actuó en beneficio propio simulando actuar en nombre y beneficio de un tercero” (*Auriga y Don Evaristo*, 2022)³, lo cual responde a un análisis típico del delito de estafa, centrado en la configuración del engaño y ánimo de lucro por parte de la persona natural, en este caso en relación a su actuación “en nombre” de CS Carpinteros. Es decir, se presenta a Auriga solo como un instrumento funcional para obtener una ventaja para sí mismo.

² Artículo 215 de la Ley de Sociedades de Capital. (Real Decreto Legislativo 1/2010).

³ Sentencia 36/2022. (2022, 20 de enero). Tribunal Supremo. (Carmen Lamela Díaz). <https://vlex.es/vid/884008998>.

Bajo esta lógica, habría resultado pertinente que el juzgador efectuara una valoración diferenciada de la actuación de la persona natural “en nombre” de la persona jurídica (Auriga) y, adicionalmente, cuestionara si el administrador actuó por cuenta de la empresa o en beneficio propio. También, se pudo haber precisado si ello, hubiera resultado relevante para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

b) Segundo presupuesto: Delitos cometidos en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica

En esa línea, resulta pertinente analizar los motivos por los cuales el legislador tomó la decisión de sustituir la expresión “en su provecho” por “en su beneficio directo o indirecto”. Sucedió que la interpretación que realizaban los operadores de justicia en torno a este elemento era muy objetiva y no se tomaban en consideración supuestos en los que no necesariamente se presentaba de forma económica. Por ello, la Fiscalía General del Estado, apoyándose en el art. 52.4 del Código Penal, realizó una aclaración con respecto al tema: “que cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumplía las exigencias del actuar *en provecho*, por difícil que pueda resultar su traducción a euros” (Circular FGE, 2011)⁴.

Sin embargo, no fue suficiente, ya que se mantenía la línea de análisis en sentido estricto. Por ello, al hacer referencia a este factor los operadores lo relacionaban con dinero, contratos, licitaciones o bienes. De esta manera, una vez emitida la nueva ley, la Fiscalía General del Estado señaló que esta modificación:

Permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedades), los consistentes en un ahorro de costes y, en general,

⁴ Fiscalía General del Estado. *Circular 1/2011. Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.*

todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales (Circular FGE, 2016)⁵.

Así pues, esta afirmación resulta pertinente, ya que en determinados supuestos la persona jurídica no recibe una ganancia en forma material o inmediata, pero puede obtener una ventaja mediata. Por ejemplo, si una empresa consultora presenta informes manipulados para demostrar que sus proyectos generan mejores resultados que los que corresponden a la realidad, entonces obtiene una serie de beneficios indirectos e intangibles: Valor mayor reputacional frente entidades públicas y competidores, asegurando su permanencia en el mercado.

Asimismo, basta con la sola pretensión de obtener el beneficio, aunque este aún no exista o no se llegue a materializar. Tal como Jacobo Dopico señala: “No es necesario que dicho beneficio se haya llegado a producir. Por supuesto, no es necesario que la actuación en beneficio de la empresa sea la motivación principal del delito” (2018, p.140).

En otras palabras, lo determinante al momento de valorar los hechos no es la intención del sujeto, ni la efectiva obtención de este beneficio, sino que la conducta del autor sea objetivamente idónea para generar una ventaja para la entidad, incluso sin que esta se concrete.

Además, el Tribunal Supremo español indica que: “El beneficio o interés (...) ha de estar asociado al delito por el que se hace responsable penal a la persona jurídica (...). Es necesario que sea precisamente el delito el origen o causa, directa o indirecta, del beneficio” (*Ópalo Interiores, KYZ Profesionales y otros*, 2024)⁶. Es decir, no puede ser cualquier beneficio, sino que se exige un vínculo causal con el hecho delictivo que se imputa.

b.1) Segundo presupuesto: Análisis en el caso concreto

⁵ Fiscalía General del Estado. *Circular 1/2016: Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*.

⁶ Sentencia 298/2024. (2024, 08 de abril). Tribunal Supremo (Antonio del Moral García). <https://vlex.es/vid/1032274147>.

En el presente caso, los hechos probados indican que el 01 de febrero de 2016, Don Evaristo, administrador único de Auriga, haciendo uso indebido de sus labores profesionales, se apropió de 2.684,52 euros que le correspondían a su cliente. Además, el 10 de enero de 2017 intentó repetir dicha acción con el monto de 2.314,16 euros, pero esta no llegó a concretarse al verse descubierto por el denunciante. Es decir, su objetivo era recaudar un total de 4,998.67 euros sin autorización de Don Gervasio, representante de CS Carpinteros, y bajo el argumento de “cobrar una deuda”. Cabe resaltar que, estas cantidades de dinero no fueron transferidas directamente a la cuenta de Don Evaristo, ya que este consignó la cuenta de Auriga.

Ahora bien, el Tribunal Supremo realiza un análisis apropiado con respecto a los elementos para la configuración del delito de estafa continuada. Este indica que en la instancia anterior se alegó la inexistencia del ánimo de lucro bajo el sustento de las verdaderas intenciones del agente. Así pues, se determinó que la conducta no fue realizada para incrementar su patrimonio, sino para cobrar una deuda que consideraba pendiente. Posteriormente, el Tribunal Supremo afirma que el acusado era consciente de que existían discrepancias por el monto de la “deuda” e incluso, que luego de efectuar cálculos, quien terminaba debiendo dinero por los servicios de carpintería era Don Evaristo.

En ese contexto, hubiera sido adecuado que, como parte de la evaluación para determinar si la persona jurídica tenía responsabilidad penal, el Tribunal cuestionara si los actos cometidos por el administrador único fueron en beneficio directo o indirecto de Auriga. En esa línea, se considera que existieron dos beneficios en diferentes momentos, en el 2016 y 2017 respectivamente. Ambos eran directos, pues suponían una ventaja económica y cuantificable para la empresa, que tenía como objeto social el servicio de asesoramiento laboral, contable y fiscal a otras.

En la misma línea, el primero concretó su materialización e ingresó directamente a la cuenta de Auriga, incrementando su patrimonio de forma indebida, mientras que el segundo no lo hizo. No obstante, ya se ha hecho mención de que la verdadera motivación del agente no resulta relevante, mientras la conducta sea apropiada para generarla. En concreto, el haber realizado exactamente los mismos actos para obtener el beneficio sería suficiente, a pesar de que no se llegó a concretar por la intervención de un tercero.

Es menester destacar que, desde otra perspectiva podría parecer evidente que el objetivo de Don Evaristo era beneficiar a la empresa y no a sí mismo, porque realizó los depósitos a la cuenta bancaria de Auriga. Sin embargo, hay algunos cuestionamientos que ameritan ser tomados en cuenta. En primer lugar, Evaristo era administrador único; es decir, ejercía un control total sobre los flujos económicos y podía disponer de ellos sin ningún tipo de supervisión ¿Podría aparentar un beneficio empresarial para cubrir un beneficio personal?. En segundo lugar, según los hechos probados, los 6,000 euros a los que ascendía la iguala ya estaban cubiertos y había un exceso de 2,660.18 euros que aún se encontraban pendientes por las labores de carpintería en su domicilio. Es decir, Auriga como empresa ya había concluido su participación en el acuerdo. Luego solo quedó pendiente una deuda personal por los trabajos de carpintería realizados en el domicilio de Don Evaristo. Entonces, ¿podría buscar compensar su deuda personal mediante una supuesta deuda hacia la empresa?.

En definitiva, sí es posible que la empresa pueda ser utilizada como un vehículo para obtener beneficios particulares y se intente simular que los actos fueron cometidos en interés de la misma. Por ello, resulta coherente que las verdaderas motivaciones del agente o que el beneficio se haya hecho efectivo, no sean tomados en consideración, ya que estos supuestos permiten evidenciar la importancia, no solo del resultado, sino del riesgo creado dentro de la organización. En otras palabras, se evalúa el rol del agente en la estructura y la relación entre la conducta y la actividad de la persona jurídica. Por ello, también es importante este vínculo causal entre el delito y el beneficio, pues de haber

existido un marco de control y supervisión efectivo para prevenir la actuación del agente, no habría sido posible percibir ese beneficio.

c) Tercer presupuesto: “Delitos cometidos por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”⁷.

Resulta pertinente señalar que, en el caso español la persona jurídica puede ser imputada, aunque no se localice a la persona física que cometió el delito. Así resolvió la Audiencia Provincial un caso de falsificación documental y delito de estafa en el que se acusó al administrador único, a una empleada de segundo nivel y a las 3 entidades en cuyo seno se perpetró el delito. Sin embargo, el primer sujeto falleció, la segunda acusada fue absuelta y solo se condenó a las 3 personas jurídicas (*Caixabank c/ varios*, 2017)⁸. Entonces, la imputación se puede mantener, aunque la persona natural no sea identificada, fallezca o quede fuera del proceso.

Bajo esa premisa, la redacción final de este presupuesto es producto de una modificación incorporada a través de la Ley Orgánica 1/2015, que anteriormente solo limitaba a los agentes dentro de la categoría de “administradores de hecho o derecho”. Sin embargo, esta decidió ampliar la lista de posibles sujetos activos y abarcarlos en tres categorías.

i) Representantes legales

En esta primera categoría se hace referencia de manera fundamental a quienes ostentan **formalmente** de representación de la persona jurídica. Por ejemplo, un administrador único o apoderado con poder inscrito. En contraste, la Fiscalía General del Estado señala que: “Resulta dudoso que tales representantes

⁷ Artículo correspondiente del Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995).

⁸ Sentencia 141/2017. (2017, 20 de noviembre). Audiencia Provincial de Huesca (Gonzalo Gutiérrez Celma). <https://vlex.es/vid/699890093>.

voluntarios puedan ser considerados representantes legales, (...) accederían al apartado siguiente como autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica” (Circular FGE, 2016)⁹. En otras palabras, la intención del legislador habría sido reservar esta categoría únicamente a agentes que expresen la voluntad de la sociedad frente a terceros de manera orgánica (base mercantil). Por ello, quienes no formen parte del órgano social y actúen por delegación, incluso si tienen un poder inscrito, no encajarían en este supuesto, sino en el siguiente.

ii) Autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la misma

Esta segunda categoría se proyecta sobre aquellos sujetos que, no necesariamente ostentan formalmente la condición de representantes legales, pero sí disponen de una capacidad decisoria autónoma que les permite actuar **funcionalmente** en nombre de la persona jurídica frente a terceros. Entre ellos pueden incluirse cargos como administradores de derecho, Gerente General, CEO, apoderado general o representantes de hecho. En esa línea, González Cussac (2015) considera que: “Estos serían equivalentes al sustituido término *administradores de derecho*” (como se citó en Fernández C. y Chanjan R., 2016, p. 364). Es decir, la nueva ley no pretende sustituir categorías previas, sino ampliar el alcance y poner énfasis en el criterio funcional de toma de decisiones. Por lo tanto, lo que estos actores encajarían de forma natural tanto en el primer como en el segundo grupo.

Asimismo, el Tribunal Supremo señala lo siguiente: “Se entenderá por “administrador de hecho” a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad y (...) de hecho manda o quien gobierna desde la sombra” (*Porfirio y Marco Antonio,*

⁹ Fiscalía General del Estado. *Circular 1/2016: Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.*

2012)¹⁰. De esta manera, a pesar de que esta figura no aparece expresamente en la modificación del artículo, se concluye que encaja en este supuesto, pues abarca funciones de dirección, decisión y no se encuentra subordinado a un control superior. Así pues, la reforma habría buscado evitar que la imputación se limitara solo a títulos mercantiles y abarcara a quienes realmente dirigen la empresa, cerrando el paso a formas de delegación estratégica para eludir imputación.

iii) Ostentan facultades de organización y control

La tercera categoría es algo polémica. Por un lado, la Fiscalía General del Estado afirma que en esta se abarcan diversos cargos y niveles intermedios que ejercen funciones de vigilancia y prevención de infracciones penales. Además, señala que la figura del oficial de cumplimiento puede encajar en este grupo y asegura que esta modificación permite entender mejor el concepto de posición de garante dentro de la persona jurídica (Circular FGE, 2016, p.9)¹¹. Es decir, la clave no radicaría en el rango jerárquico de quienes poseen estas facultades, sino en su función como garante. Por ejemplo, el jefe de control interno o el responsable de riesgos son personajes que también podrían pertenecer a este conjunto. Así pues, estos pueden desempeñar funciones como: diseño de modelo de prevención o protocolos internos; monitoreos periódicos; identificación y denuncia de irregularidades; sancionar internamente; entre otros.

Por otro lado, refiriéndonos específicamente al *compliance officer*, Iván Navas explica que quien posee la posición de garante es la sociedad, a través de su órgano directivo, pues este posee la capacidad accionar para evitar que se cometan delitos; mientras que, el *compliance officer* se limita a informarle a este último sobre los riesgos detectados en la empresa (2021, pp.734-735). Dicho de otro modo, parte de la doctrina no coincide con el razonamiento de la Circular,

¹⁰ Sentencia 598/2012. (2012, 05 de julio). Tribunal Supremo. (Juan Gomez de la Torre). <https://vlex.es/vid/395386066>.

¹¹ Fiscalía General del Estado. *Circular 1/2016: Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*.

pues considera que la posición de garante reside principalmente en el órgano de administración (o directivo por delegación). Así pues, cargos intermedios como el oficial de cumplimiento también ostentan de facultades de vigilancia y control, pero no asumen el deber último de evitar la comisión del delito.

c.1) Tercer presupuesto: Análisis en el caso concreto:

Como se indicó en los hechos probados, Don Evaristo no solo era representante de Auriga, sino su administrador único. Mientras que, su esposa Doña Paulina, era socia, con mayoría de participaciones, y se encontraba casada con él bajo régimen de separación de bienes. Así pues, el Tribunal Supremo solo hace mención de los cargos que ostentaban cada uno para argumentar que como Don Evaristo no era socio, entonces económicamente no le afectaría la misma sanción que se le impondría a la persona jurídica. Por lo tanto, no se estaría vulnerando el principio del Derecho Penal *non bis in idem*.

De esta manera, hubiera sido pertinente que el órgano jurisdiccional se hubiera permitido analizar, con miras a una evaluación de responsabilidad penal de la persona jurídica, las funciones que le correspondían a Don Evaristo como administrador único y si dicho puesto se subsumía en alguna de las categorías establecidas en el art. 31 bis 1.a) del Código Penal español. En ese contexto, resulta relevante mencionar que la Ley de Sociedades de Capital señala lo siguiente con respecto a la función del administrador único en España:

“Artículo 209. Competencia del órgano de administración.

Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley” (Ley de Sociedades de Capital, 2010)¹².

En esta línea, se refleja que Don Evaristo era representante legal de Auriga, pues su cargo como administrador único fue inscrito en el Registro Mercantil y poseía

¹² Artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010).

facultades de representación orgánica frente a terceros. Además, era una persona autorizada para decidir en nombre de la persona jurídica, pues como único órgano de administración, solo él concentraba toda esa capacidad dentro de la empresa. También, le correspondían funciones de organización y control, debido a que la estructura de Auriga era unipersonal. Es decir, debía ejercer diversas funciones simultáneamente, como diseño organizativo, supervisión y control interno. Por consiguiente, Don Evaristo tuvo la facultad para realizar la gestión fiscal de su cliente y consignar la cuenta de Auriga en su nombre; tomar todas estas decisiones estatégicas correspondientes a la actividad usual de la empresa que dieron lugar a la comisión del delito; y especialmente, al no advertirse sistemas de control independientes o segregación de funciones, es evidente que ostentaba una posición de garante organizativo.

Bajo tales consideraciones, la posición de Don Evaristo representaba la concurrencia de las tres categorías previstas en el artículo mencionado, pues la norma no es excluyente. Dado que, todo el poder de la empresa involucrada se encontraba concentrado en una sola persona, que no tenía supervisión ni mecanismo de control alguno sobre sus decisiones. Esta situación debió llamar la atención al órgano judicial al reflejar un evidente defecto de organización dentro de la estructura de Auriga Consultoría y Proyectos SL, lo cual pudo considerarse en la evaluación para sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

B. Segundo requisito: Defecto de organización

Ahora bien, el concepto de defecto de organización es clave, pues marca un antes y un después en cuanto a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Este es incorporado al ordenamiento jurídico español, por primera vez, a través del artículo 31 bis 1.b) que señala lo siguiente:

“b) De los delitos cometidos, (...) por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso” (Código Penal español, 1995)¹³.

Es así como, a través de esta disposición el legislador no aplica más el modelo de heterorresponsabilidad e introduce el de autorresponsabilidad. Es decir, el criterio ya no se limita a la transferencia automática de responsabilidad penal de la persona física a la persona jurídica y su correspondiente asignación de consecuencias accesorias, sino que se le otorga bajo un modelo de imputación autónomo para los delitos señalados expresamente en el Código Penal español.

Así pues, Walter Palomino y Cecilia Madrid consideran importante dentro de la empresa: “No solo el hecho de que una persona natural que la integre haya realizado un delito, sino, si aquel se propició por la defectuosa configuración de su ámbito de organización y la inexistencia de una cultura de cumplimiento” (2021, pp. 28-29). Vale decir, la presencia de valores y prácticas orientadas a la prevención y respeto de las normas, internalizadas dentro de la empresa, desde los más altos cargos jerárquicos, resultan fundamentales.

Asimismo, el Tribunal Supremo en una de sus sentencias más relevantes, por marcar un hito jurisprudencial, mantiene la línea de la doctrina y señala que este defecto debería presentarse: “De formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos ” (*Transpinelo*, 2016)¹⁴. Este criterio del máximo intérprete resulta sustancial, ya que manifiesta que no basta con la presunción, sino con la exteriorización de fallas concretas e identificables en el ámbito mencionado y estas pueden presentarse tanto en los agentes de primer nivel como en los subordinados jerárquicamente.

En ese sentido, la doctrina y jurisprudencia definen ese incumplimiento como defecto de organización y parte de que la propia estructura de la sociedad influyó o permitió la comisión del delito por alguno o varios de sus integrantes.

¹³ Artículo 31 bis.1.b) del Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995).

¹⁴ Sentencia 154/2016. (2016, 29 de febrero). Tribunal Supremo (José Maza Martín). <https://vlex.es/vid/599579023>.

Entonces, no se imputa la conducta aislada de un individuo, sino la falta de un entorno institucional capaz de prevenirlo. Una cultura organizacional que se sostiene en una serie de valores éticos que la distinguen a ella y a todos sus miembros, junto con mecanismos de control y supervisión para monitorear que se cumplan y prevenir que los riesgos a los que se encuentra expuesta la persona jurídica se materialicen.

Sobre la base de lo expuesto, otra novedad legislativa es que el artículo 31 bis.2.1.^a del Código Penal español incorpora la posibilidad de excluir la responsabilidad de la persona jurídica cuando esta acredita la adopción y eficacia de modelos de prevención de la siguiente manera:

2. (...) quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (...) (Código Penal español, 1995)¹⁵.

De esta manera, esta disposición no resulta aislada al concepto de defecto de organización, pues se aplica de manera inversa. Es decir, si se plantea que dicha falla estructural es parte de la configuración de la responsabilidad penal de la entidad, entonces, esta herramienta, que vendría a ser el *Criminal Compliance*, puede probar que este no existe. Bajo la premisa de que, la empresa sí se organizó correctamente e implementó un modelo con mecanismos de identificación, evaluación y gestión de riesgos para prevenir el incumplimiento normativo penal. Tal como precisa Giovanna Abad: “La empresa se compromete a desarrollar una conducta preventiva, a monitorear activamente el cumplimiento de sus modelos y (...) denunciar los casos de transgresión” (2019, p. 116).

En ese sentido, este artículo representa el fenómeno contemporáneo al que se hace referencia en varias ocasiones a lo largo de este informe. En concreto, se

¹⁵ Artículo 31 bis.2.1.^a del Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995).

presenta un criterio fundamental para evaluar si la persona jurídica cumplió con el estándar mínimo de diligencia esperada. Esto es, la adopción e implementación eficaz de un Modelo de Prevención de Delitos como parte de un sistema de Compliance Penal. También, deja en claro que la existencia de un programa de cumplimiento no puede considerarse suficiente por sí misma, ya que lo relevante para recurrir a este supuesto radica en que dicho programa haya sido concebido con anterioridad a los hechos, ejecutado con eficacia y orientado a los riesgos específicos que enfrenta la organización. Incluso, plantea la posibilidad de atenuación cuando los modelos poseen deficiencias no tan graves; en otros términos, fueron parcialmente eficaces, pero no lo suficiente para alcanzar la exención.

B.1. Segundo requisito: Análisis en el caso en concreto

En principio, la primera observación del operador jurídico debió enfocarse en las múltiples facultades concentradas en una sola figura: el administrador único, Don Evaristo. Él asumía simultáneamente diversas funciones relevantes como la representación legal, toma de decisiones, gestión financiera, ejecución operativa, control interno, entre otras. Todo ello, sin ningún mecanismo interno que detectara o corrigiera su actuación delictiva, justamente, haciéndola posible y facilitándola.

En ese sentido, la estructura organizacional de Auriga no presentaba segregación de funciones, ni pautas éticas o políticas internas que delimitaran el uso legítimo de las funciones del cargo que ostentaba Don Evaristo, especialmente en una actividad de riesgo penal tan elevado como la gestión tributaria de clientes. Así pues, no se advierte la existencia de medidas pertinentes como procesos de validación, supervisión sobre el uso de certificados digitales o consignación de cuentas bancarias para depósito de devoluciones fiscales; lo cual generó que Auriga sea una empresa con una estructura gravemente vulnerable, sin cultura de cumplimiento normativo y un defecto de organización evidente.

No obstante, el Tribunal Supremo no cuestionó el cumplimiento de este requisito, ya que solo aplicó el modelo de transferencia de responsabilidad penal. Por lo tanto, no indagó si, previo a la comisión del delito, Auriga contaba con un modelo de prevención que cumpla con los estándares mínimos, pero que pudo haber sido sobrepasado por alguno de sus miembros. Uno que le permitiera detectar el acto irregular de transferir y apropiarse de dinero ajeno desde la primera vez que sucedió, ya que pasó casi un año hasta que volvió a intentar cometer este acto. Así, podrían haberse aplicado los criterios de atenuación o exención que plantea el artículo 31 bis del Código Penal español. Sin perjuicio de ello, se concluye que, efectivamente, Auriga Consultorías y Proyectos no contaba con un sistema de compliance penal, ni cumplía con los estándares mínimos de diligencia, ya que no alegó ni acreditó haber implementado uno.

V.3. Problema secundario 2: ¿Asumiendo que Auriga Consultoría y Proyectos SL hubiera contado con un programa de cumplimiento y que el delito de estafa continuada formara parte de los que figuran en la Ley N° 30424, habría tenido responsabilidad penal en Perú?

En el Perú, la Ley N° 30424 - Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional fue promulgada el 20 de abril de 2016 y entró en vigor el 01 de enero de 2018. Sin embargo, a la fecha ha sido objeto de múltiples modificaciones e incorporaciones. Incluso, con anterioridad a su entrada en vigencia se publicó el **Decreto Legislativo N° 1352** con fecha **07 de enero de 2017**, el cual amplió la lista de delitos que regulaba, incluyendo el cohecho, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Asimismo, el **02 de agosto de 2018** se extendió hasta los delitos de colusión y tráfico de influencias mediante la **Ley N° 30835**. Seguidamente, con fecha **09 de enero de 2019** se aprobó el **Reglamento de dicha ley**, mediante el Decreto Supremo N° 002-2019-JUS. Este cuerpo normativo tuvo como propósito desarrollar los elementos mínimos y procedimientos que debían tomar en consideración las personas jurídicas que adopten un Modelo de Prevención de Delitos.

Esquema N°3



Fuente: Elaboración propia

En la misma línea, el **13 de mayo de 2023** se publicó la **Ley N° 31740**, que modificó el título a *Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal* y amplió más el catálogo de delitos sujetos al régimen. Posteriormente, el **10 de junio de 2024** se publicó la **Ley N° 32054** que modificó el artículo 5 de la Ley 30424; excluyendo a los partidos políticos de la aplicación de una serie de sanciones que, hasta aquel momento, les correspondían como personas jurídicas. Finalmente, el **25 de febrero de 2025** se publicó el **Decreto Supremo N° 002-2025-JUS** que modificó el reglamento de la ley para complementar los estándares del Modelo de Prevención de Delitos planteado en la modificación del 2023.

En ese sentido, dicha norma respondía a exigencias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para la adhesión del país a la Convención Anticohecho y tenía como objetivo principal, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para impulsar la lucha contra la

corrupción. En un principio, estas responderían únicamente por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, pero como se pudo evidenciar en las diversas modificaciones, esta lista se fue extendiendo con el paso del tiempo.

Cabe señalar que, durante muchos años nuestro ordenamiento jurídico se sostuvo bajo la aplicación del principio *societas delinquere non potest*. Al respecto, Hurtado Pozo afirma que: “La persona jurídica no posee capacidad de conducta. Dicho atributo recae solo en las personas naturales; no pudiéndose instaurar un proceso penal en su contra” (2015, p. 167).

Conforme a lo señalado, antes de la promulgación de la Ley N° 30424, en el Perú solo se contaba con el artículo 105 del Código Penal, que regula las consecuencias accesorias de las personas jurídicas. Es decir, un modelo en el que la sociedad no tiene responsabilidad penal alguna y solo se limita a recibir una sanción derivada de la condena de la persona natural. Actualmente, se debe seguir utilizando, pero únicamente en casos con delitos no incluidos en el *numerus clausus* de la mencionada ley. Así pues, Giovanna Abad indica que: “Se trata de medidas aplicables (...) dependiente de la condena que se aplique a las personas físicas sentenciadas por la comisión de un delito” (2019, p.117).

En contraste, la introducción de la Ley N° 30424 incorporó por primera vez y de manera expresa un régimen de “autorresponsabilidad” de la persona jurídica; de ahí que constituyó un hito de especial relevancia. Tal como se señala en el Artículo 4 de la misma ley. Sin embargo, se puede afirmar que se trata de un sistema mixto, ya que a pesar de dicho planteamiento, la persona jurídica mantiene una subordinación a la actuación de la persona natural.

Ahora bien, resulta relevante advertir que el título de la ley genera un amplio debate en el ámbito doctrinario, debido a que a diferencia de la experiencia comparada en países como España, Francia o Chile, aquí se optó por la denominación *responsabilidad administrativa*, en lugar de *responsabilidad penal*. En ese sentido, Hurtado Pozo sostiene que:

Estamos frente a una responsabilidad de naturaleza sustancialmente penal, dado que i) la competencia por materia la tiene el juez penal, ii) le corresponde al Ministerio Público ejercer la acción penal contra la persona jurídica, iii) se aplican las normas procesales del Código Procesal Penal (ley 30424, tercera disposición complementaria final) y iv) le asisten a la persona jurídica los mismos derechos y garantías que detenta el imputado en una investigación y proceso penal (2016, p.2).

En otras palabras, se advierte una incoherencia clara entre la denominación consignada en el título de la norma y el tipo de responsabilidad que regula y aplica en la práctica. Cabe considerar que, es probable que dicha decisión haya respondido a la necesidad de evitar la puesta de resistencia por parte de sectores políticos, empresariales o jurídicos, dado que la referencia expresa hacia la “responsabilidad penal” podría haberse interpretado como una criminalización empresarial o, incluso, como un instrumento político. Por lo tanto, el empleo del término “responsabilidad administrativa” parece haber obedecido a una estrategia para facilitar su aprobación legislativa y que sea percibida como una herramienta anticorrupción. Sin perjuicio de ello, en el presente informe se empleará el término *responsabilidad penal* cuando se haga referencia al contexto peruano para efectos metodológicos.

A. Primer requisito: Presupuestos materiales conforme al artículo 3.a. de la Ley N° 30424.

Sobre la base de lo anterior, conviene realizar un análisis del contenido de la Ley N° 30424, precisamente sobre su artículo 3, que regula la responsabilidad penal de la persona jurídica de la siguiente manera:

Artículo 3. “Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

a. Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias” (Ley N° 30424, 2016)¹⁶.

¹⁶ Artículo 3 de la Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (Ley N.º 30424).

Como se puede evidenciar, la norma peruana posee gran nivel de similitud estructural con la española. El único presupuesto distinto sería el que establece las categorías en que se agrupa a los posibles sujetos activos de la comisión del delito, ya que las expresiones “en nombre o por cuenta” y “en su beneficio directo o indirecto” sí se mantienen. A continuación, se presentan los tres presupuestos específicos en el siguiente cuadro:

Esquema N°4



Fuente: Elaboración propia

Sobre la base de lo expuesto, la principal diferencia en cuanto a redacción entre la norma peruana y española recae en el tercer presupuesto. Así pues, los agentes se agrupan en la siguiente clasificación: i) Socios ii) directores; iii) administradores de hecho o derecho; y iv) representantes legales o apoderados de la persona jurídica. Por lo que, se opta por una lista cerrada con un enfoque más orientado a la formalidad.

Ahora bien, José Angulo afirma que: “En la ley objeto de análisis no existe realmente una responsabilidad autónoma, en la medida en que será necesario que en cada caso se identifique a una persona natural como imputado, por lo menos” (2015, p. 241). Por lo tanto, en el sistema peruano estas categorías delimitan el alcance de la imputación en sí misma, pues se pone énfasis en *quien* comete el delito.

En contraste, el sistema español se enfoca más en *como* estaba organizada la empresa y cuáles eran las funciones reales dentro de la estructura. Es decir, su formulación va más allá de simples categorías, pues utiliza estos parámetros como punto de partida para analizar la existencia de un defecto de organización. Por consiguiente, el sistema español responde a un modelo de “autorresponsabilidad” puro, mientras que el peruano a uno mixto. Incluso, se ha podido evidenciar que en España se podría dispensar de la identificación o condena de la persona física como cuando esta fallece. Mientras que, en Perú, si este elemento no se acredita, entonces no es posible imputar responsabilidad a la empresa.

A.1. Presupuestos materiales y análisis en el caso concreto

Ahora bien, en principio el cargo de “administrador único” de Don Evaristo no existe como tal en el Perú. Además, él también posee representación legal de la persona jurídica. No obstante, la Ley General de Sociedades señala lo siguiente: “La administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes” (Ley General de Sociedades, 1997)¹⁷.

En ese orden de ideas, en nuestro país las facultades del acusado podrían adecuarse a la figura de un gerente general. Considerando que le LGS le atribuye poder de representación a esta posición en su artículo 188¹⁸. Cabe resaltar que, Evaristo se encontraba inscrito en el Registro Mercantil de España, lo que le permitía utilizar cuentas bancarias de la empresa, actuar frente a la AEAT y proyectar la voluntad de la sociedad frente a terceros. Por lo tanto, en Perú, sería necesario que el gerente general, a pesar de obtener válidamente representación solo con el nombramiento, se encuentre inscrito en Registros Públicos en la SUNARP para poder disponer de estas facultades plenamente y constituir oponibilidad frente a terceros. Por consecuencia, el cargo de Gerente General de Don Evaristo en el Perú se ubicaría en el tercer supuesto, como

¹⁷Artículo 153 de la . Ley General de Sociedades (Ley N° 26887).

¹⁸ Artículo 188 de la Ley General de Sociedades (Ley N° 36887).

administrador de derecho; y además, en el cuarto como representante legal de la persona jurídica.

B. Segundo requisito: ¿Defecto de organización?

Es menester señalar que, la Ley N° 30424 introduce la posibilidad de quitarle responsabilidad penal a la persona jurídica, a través de la implementación de un *Modelo de Prevención* y lo dispone de la siguiente manera:

17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión (Ley N° 30424, 2016)¹⁹.

Es así como, la norma peruana presenta cierta similitud con el art. 31 bis 2. del Código Penal español. Sin embargo, la función no es equivalente. Por un lado, en España la ausencia de un modelo de prevención y estas medidas de vigilancia y control pertinentes se traducen en el defecto de organización, que viene a ser el núcleo y fundamento principal del injusto propio de la persona jurídica. Por otro lado, en Perú este simplemente opera como un mecanismo de exclusión que neutraliza las consecuencias del injusto, que es la responsabilidad penal. Tal como García Caveró afirma: “Los estudios especializados coinciden en señalar que ese defecto de organización se expresaría en la falta de adopción de un sistema de cumplimiento idóneo (compliance)” (2019, p.904).

Asimismo, ambos modelos presentan una diferencia muy marcada con respecto a la posibilidad de atenuar la pena. De esta manera, la Ley N° 30424 señala lo siguiente en su artículo 12:

Son circunstancias atenuantes (...):
d. La adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención.

¹⁹ Artículo 17.1 de la Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (Ley N.º 30424).

e. La acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención (Ley N° 30424, 2016)²⁰.

Como se puede evidenciar, la legislación peruana respecto a este tema, en contraste con el art. 31 bis.4 del Código Penal español, añade un elemento más. Esta no se limita solo a la verificación parcial del cumplimiento de los estándares mínimos de calidad y eficacia del modelo de prevención, sino que establece un criterio vinculado al momento temporal de la adopción del modelo. Desde esta perspectiva, la finalidad de estos supuestos, no responde a la iniciativa de sancionar a las empresas, sino de coaccionarlas, de manera indirecta, para que implementen estos modelos de prevención y colaboren con la prevención de delitos. De esta manera, el Estado peruano, que no se posee los recursos suficientes, puede prevenir el crimen con apoyo de los particulares.

B.1. Defecto de organización y análisis en el caso concreto.

Si los hechos de la sentencia se hubieran materializado en el Perú y el delito de estafa se encontrara subsumido en la lista taxativa de la Ley N° 30424, entonces la evaluación del defecto de organización se habría realizado de manera distinta. En función de herramienta inversa para obtener el eximente o atenuación de la pena. En ese sentido, se demostró que Auriga no poseía un modelo de prevención al momento de la comisión del delito; por lo tanto sería imposible eximirlo de responsabilidad penal. Sin embargo, la empresa podría haberse acogido a la posibilidad de atenuación de la sanción, si hubiera decidido implementar un sistema de compliance, que acredite su eficacia en cumplimiento de los estándares y mecanismos adecuados, ex post a la comisión del delito y previo a la apertura de la etapa de juicio oral.

C. Tercer requisito: Implementación de Modelo de Prevención

Ahora bien, en el supuesto de que Auriga se proponga conseguir la atenuación de la sanción por responsabilidad penal de la persona jurídica, necesitará

²⁰ Artículo 12.d y 12.e de la Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (Ley N.º 30424).

implementar un Modelo de Prevención adecuado y coherente con su naturaleza, riesgos y características. Ello, a través de mecanismos de vigilancia y control que cumplan con ser eficaces según los parámetros idóneos.

En ese sentido, el artículo 17.2. del Reglamento de la ley establece una serie de directrices a seguir para que la implementación de un Modelo de Prevención sea considerado eficiente. Sin perjuicio de ello, realizaremos un análisis a partir de otra fuente válida, que son los lineamientos de la Superintendencia del Mercado de Valores, que indica indica 5 elementos mínimos para la implementación del Modelo de Prevención (SMV, 2021)²¹:

1. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos: Consiste en identificar las etapas; reunirte con las personas claves que conforman la empresa; realizar un análisis documentario; plantear políticas; escenarios contingentes; matrices de riesgos con algoritmos y fórmulas propias de acuerdo a la realidad de la empresa, entre otros. Por ejemplo, se podría poner énfasis, principalmente, en la gestión de devoluciones tributarias a clientes, uso de certificados digitales fiscales y la administración de cuentas bancarias en operaciones de terceros.

2. Encargado de prevención: Este también puede ser llamado *Compliance Officer*. Debe ser formalmente designado por el máximo órgano de la empresa; es decir, el directorio o la gerencia general. Es indispensable que la persona elegida posea tanto autonomía de funciones como imparcialidad. A modo ilustrativo; se le debe destinar dinero para contratar; contar con softwares y asegurar el cumplimiento de su trabajo. Además, no debe rendirle cuentas a nadie para tomar decisiones y su participación en las reuniones del directorio y comunicación constante con la gerencia general son indispensables.

3. Implementación de procedimientos de denuncia: Resulta fundamental crear canales de denuncia que garanticen la confidencialidad y ausencia de represalias. Lo ideal es diversificarlos para que el medio no sea siempre el correo

²¹ Superintendencia del Mercado de Valores. *Ficha técnica sobre el Modelo de Prevención conforme a la Ley N.º 30424.*

electrónico o la contestación de llamadas. Así, sería ideal la creación de un comité de ética plural con personas de distintas áreas para reportar irregularidades vinculadas a gestión de fondos o prácticas posiblemente fraudulentas.

4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención: Consiste en capacitar al personal y utilizar conceptos clave como el “Tone from the top” para fomentar una cultura de integridad. Ello implica un gran compromiso de la alta dirección, porque si está no se encuentra comprometida con las capacitaciones y el sistema de compliance, entonces este no será eficaz. Así pues, a los superiores jerárquicos les corresponde dar el ejemplo para transmitir coherencia. Estos podrían enfocarse en la prohibición de prácticas fraudulentas, precisión de límites legales con los clientes, las consecuencias penales del delito de estafa y los deberes de actuación en el ejercicio de las facultades de cada uno.

5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención: Finalmente, es indispensable realizar un seguimiento permanente del modelo de prevención para asegurar su adecuado cumplimiento. Tales como, auditorías internas enfocadas en operaciones de riesgo, revisión de protocolos ante irregularidades y actualización constante del mapa de riesgos.

De esta manera, Auriga Consultoría y Proyectos SL podría adaptar estos lineamientos a su modelo de negocio para la implementación de un modelo de prevención idóneo, que detecte a tiempo y evite la posible comisión del delito continuo de estafa por parte de sus miembros en un futuro. Finalmente, este proceder no le quitaría responsabilidad penal como persona jurídica, pero sí le permitiría acceder al beneficio de atenuación de la pena que señala la ley, siempre y cuando se cumpla con el condicionante temporal del mismo.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

- 1.** El Tribunal Supremo no efectuó un análisis idóneo para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica Auriga Consultoría y Proyectos SL en calidad de autora del delito continuado de estafa, con relación al artículo 31 bis del Código Penal español. Puesto que, este no consideró los requisitos que establece la norma para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ni el modelo de autorresponsabilidad.
- 2.** Para que las personas jurídicas sean penalmente responsables según el artículo bis del Código Penal español, en caso de que el delito sea cometido por uno de sus administradores, son los siguientes: i) Los presupuestos materiales conforme el artículo 31 bis.1.a) y ii) el defecto de organización.
- 3.** El cumplimiento de los presupuestos materiales en el sistema español puede dispensar del tercero, en el que se mencionan las categorías del agente, ya que para la imputación de la responsabilidad penal no es necesaria la identificación del mismo. Mientras que, en el peruano es un requisito que se presenten los tres presupuestos y se individualice a la persona física que cometió el delito.
- 4.** Auriga Consultoría y Proyectos SL presentaba un claro defecto de organización, evidenciado en la concentración de funciones decisorias en una sola persona, el administrador único. La ausencia de controles internos y la inexistencia de mecanismos eficaces de supervisión permitió que el delito se ejecutara sin obstáculos, revelando la falta de una cultura corporativa orientada al cumplimiento.
- 5.** Auriga no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 31 bis.2.1.^a del Código Penal español para acceder a una exención de responsabilidad, toda vez que no contaba con un modelo de prevención previo, eficaz ni adaptado a sus riesgos operativos.

6. La sanción impuesta a Auriga y a Don Evaristo no resulta jurídicamente fundada, ya que el análisis realizado por el Tribunal Supremo debe orientarse a la línea jurisprudencial que aplica el modelo de autorresponsabilidad y sanciona a la persona jurídica por cumplir con los presupuestos objetivos y por la verificación de la existencia de un defecto de organización.

7. En el contexto peruano, asumiendo que Auriga hubiera implementado un programa de cumplimiento, luego de la comisión del delito, pero antes del juicio oral, y que el delito de estafa estuviera regulado en la Ley N° 30424, entonces sí habría tenido responsabilidad, pero habría podido obtener una atenuación de la pena.

8. En el Perú el defecto de organización no es un requisito para la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino una herramienta inversa para eximir o atenuar la responsabilidad penal, a través de la implementación de modelos de prevención pertinentes y con medidas de vigilancia adecuadas para prevenir el riesgo de comisión de delitos en su interior por parte de sus miembros.

9. El planteamiento de la Ley N° 30424 sobre responsabilidad “administrativa” de personas jurídicas, en realidad posee naturaleza penal en la práctica y el título es una mera etiqueta. Desde esta perspectiva, la norma no apunta a hacer responsables a las sociedades ni a la aplicación masiva de sanciones, sino a generar incentivos para que estas implementen sus modelos de prevención de riesgos, ya que el Estado peruano no cuenta con los recursos suficientes para prevenir la comisión de delitos, que son los riesgos más graves. Es decir, una forma de autorregulación coaccionada.

- **Recomendación 1: Implementación de un Modelo de Prevención**

La empresa debe implementar un modelo de prevención integral, basado en un análisis de riesgos actuales y documentados, que incluyan normas internas, canales de reporte, mecanismos disciplinarios y auditorías periódicas que garanticen su actualización continua. Se debe tomar especial enfoque en el delitos como el de estafa.

- **Recomendación 2: Segregación de funciones y límites a la autonomía decisoria**

Se recomienda establecer una segregación estricta de funciones, evitando la acumulación de atribuciones en una sola persona. Toda decisión relevante debe pasar por procesos de doble control, aprobación colegiada o revisión independiente.

- **Recomendación 3: Fortalecimiento del gobierno corporativo**

Auriga debe crear o activar órganos internos de supervisión, como comités de auditoría o de cumplimiento, encargados de revisar operaciones sensibles, supervisar a la administración y asegurar que los controles funcionen de manera efectiva.

- **Recomendación 4: Capacitación continua en prevención del delito**

Resulta indispensable implementar un programa permanente de capacitación en riesgos de fraude y estafa, dirigido especialmente a quienes ocupan funciones relacionadas, con evaluaciones periódicas que midan su efectividad.

- **Recomendación 5: Implementación de canales de denuncia y supervisión activa**

La empresa debe habilitar un canal de denuncias seguro y confidencial, promover su uso y establecer procedimientos claros para la investigación interna, garantizando la transparencia y la detección temprana de irregularidades

VI. BIBLIOGRAFÍA

Abad, G. (2019). El Criminal Compliance: La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y el cumplimiento normativo. *Advocatus*, (37), 117. <https://vlex.pucp.elogim.com/search/jurisdiction:;PE/abad+giovanna+criminal+compliance/vid/812459233>.

Angulo, J. (2015). La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos de prevención del delito: Análisis jurídico a partir de la Ley 30424 y del principio de culpabilidad penal. *Advocatus*, (33), 241. <https://vlex.pucp.elogim.com/search/jurisdiction:;PE/josé+angulo+portocarrero+ley+30424/vid/798799161>.

Congreso de la República del Perú (2016, 20 de abril). *Ley N° 30424. Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional*. Diario Oficial El Peruano. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/documentos/leyes/30424.pdf>.

Congreso de la República del Perú (1997, 9 de diciembre). *Ley N° 26887. Ley General de Sociedades*. Diario Oficial El Peruano. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=15>

Cortes Generales (1995, 23 de noviembre). *Ley Orgánica 10/1995. Código Penal español*. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Fernández, C. y Chanjan, R. (2016). La responsabilidad de las *personas jurídicas*: Un estudio comparado entre España y el Perú. *Derecho PUCP*. (77), 350. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/15640/16077>.

Fiscalía General del Estado (2011, 01 de junio). *Circular 1/2011. Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00001.pdf

Fiscalía General del Estado (2016, 22 de enero). *Circular 1/2016. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>.

Gómez-Jara, C. (2012). *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*. (p.89). Navarra: Civitas/Aranzadi.

Hurtado.J. (2015). *Compendio de derecho penal económico. Parte general. Curso universitario*. Fondo Editorial PUCP.

Hurtado, J. (2016). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestión política*. Recuperado el 13 de junio de 2016 de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/tribuna/tr_20160408_02.pdf.

Ministerio de la Presidencia. (2010, 02 de julio). *Real Decreto Legislativo 1/2010. Ley de Sociedades de Capital*. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>.

Navas, M. (2021). La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento. *Política Criminal* 16(32), 734-735.

<http://politicrim.com/wpcontent/uploads/2021/12/Vol16N32A8.pdf>

Palomino, W., Madrid, C. (2021). Análisis crítico de las reglas procesales existentes para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz de la Ley N° 30424. *Ius Verum* (1), 28-29. <https://vlex.pucp.elogim.com/search/jurisdiction:;PE/walter+palomino+ley+30424/vid/908363776>.

Reyna, L (2018). Implementación de los Compliance Programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. Actualidad a partir de la Ley 30424, el Decreto Legislativo 1352 y el Proyecto de Reglamento de la Ley 30424. *Advocatus*, (37), 39.

Sentencia 598/2012. (2012, 05 de julio). Tribunal Supremo. (Juan Gomez de la Torre). <https://vlex.es/vid/395386066>.

Sentencia 154/2016. (2016, 29 de febrero). Tribunal Supremo (José Maza Martín). <https://vlex.es/vid/599579023>.

Sentencia 221/2016. (2016, 16 de marzo). Tribunal Supremo (Manuel Marchena Gómez). <https://vlex.es/vid/631536907>.

Sentencia 36/2022. (2022, 20 de enero). Tribunal Supremo (Carmen Lamela Díaz). <https://vlex.es/vid/631536907>.

Sentencia 298/2024. (2024, 08 de abril). Tribunal Supremo (Antonio del Moral García). <https://vlex.es/vid/1032274147>.

Superintendencia del Mercado de Valores. (2021). Lineamientos para la implementación y funcionamiento del Modelo de Prevención (Ley N° 30424, sus modificatorias y su Reglamento). <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Lineamientos%20para%20el%20Modelo%20de%20Prevención%20SMV%20versión%20diagramada%202021.pdf>

VII. ANEXOS





Roj: **STS 39/2022 - ECLI:ES:TS:2022:39**

Id Cendoj: **28079120012022100018**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2022**

Nº de Recurso: **1412/2020**

Nº de Resolución: **36/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ Sala de lo Civil y Penal Andalucía, 12-12-2019,**
STS 39/2022,
ATS 4497/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 36/2022

Fecha de sentencia: 20/01/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1412/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/01/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MGS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1412/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 36/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 20 de enero de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 1412/2020 interpuesto, por infracción de ley, por la entidad **CS CARPINTEROS 2025 SL** acusación particular, representada por el procurador D. Jaime Pérez de Sevilla Guitard y bajo la dirección letrada de D. Damián García Ledesma, contra la sentencia n.º 225/2019, de 12 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso de Apelación n.º 108/2019, que revocó la sentencia n.º 558/2018 de 15 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada en el Rollo 10/2018, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 143/2017 del Juzgado de Instrucción n.º 8 de Granada, que condenó a Evaristo y a la entidad Auriga Consultoría y Proyectos por el delito de estafa. Es parte el Ministerio Fiscal y, como parte recurrida D. Evaristo y la entidad mercantil **Auriga Consultoría y Proyectos S.L.**, representados por la procuradora Doña Sonia López Merino y bajo la dirección letrada de D. Jorge Carmelo Fernández Díaz.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 8 de Granada, incoó Procedimiento Abreviado con el número 143/2017, por delito de estafa contra Don Evaristo y Auriga Consultoría y Proyectos S.L. y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada cuya Sección Segunda dictó, en el Rollo n.º 10/2018, sentencia n.º 558/2018 el 15 de noviembre de 2018, que contiene los siguientes **hechos probados**:

" I.- De las pruebas practicadas, apreciadas en conciencia, resulta probado y así se declara que en el mes de agosto de 2013 el acusado D. Evaristo, mayor de edad y sin antecedentes penales, y D. Gervasio, el primero en representación de la sociedad Auriga Consultoría y Proyectos SL (en lo sucesivo "Auriga") de la que era administrador único y socia su esposa, el segundo como apoderado por la administradora única de la sociedad CS Carpinteros 2025 SL (en lo sucesivo "CS Carpinteros") de la que era socio mayoritario al 99%, concertaron verbalmente la prestación por la primera a la segunda de los servicios de asesoría fiscal, laboral y contable de la empresa, a cambio de unos honorarios profesionales para Auriga de 200 euros mensuales más IVA, total, 242 euros al mes, a modo de una iguala. Esa relación profesional entre los representantes de las dos sociedades se entabló en el marco de la estrecha amistad que ya entonces tenían D. Evaristo y D. Gervasio, donde regía la más absoluta confianza del uno en el otro, tanto personal como empresarial. En esa situación y ya al mes siguiente, en septiembre de 2013, D. Evaristo encargó a D. Gervasio ciertos trabajos de carpintería para su propio domicilio -restauración de un portón, instalación de tarima y armarios empotrados...-, cuyo precio no consta se llegara a concretar en aquel momento, quedando los dos en que compensarían más adelante el importe que resultara de los trabajos de carpintería con los devengos sucesivos de la iguala, razón por la cual ésta no se pagaba por CS Carpinteros a pesar de la facturación mensual que Auriga le giraba, facturación que ésta dejó de emitir en octubre de 2014 para no generar más el IVA que Auriga debía liquidar con la Administración Tributaria sin haberlo cobrado de CS Carpinteros.

Tanta era la confianza entre los dos amigos que al tiempo que pactaron la contratación de los servicios de asesoría, acordaron también que D. Evaristo asumiera la administración de CS Carpinteros, lo que se formalizó por escritura pública de fecha 6 de septiembre de 2013, ignorándose de quién partió esa iniciativa y a cuál de ellos más interesaba. El nombramiento, sin embargo, no se llegó a inscribir en el Registro Mercantil por denegación del Registrador porque la hoja registral de CS Carpinteros estaba cerrada por falta de depósito de las cuentas sociales del ejercicio de 2011. Como consecuencia de ello, D. Evaristo jamás ejerció como administrador ni tomó una sola decisión por CS Carpinteros, sabedor de que su amigo, además de apoderado, era de hecho el único y auténtico gestor de esa sociedad.

II.- Entre los servicios profesionales que Auriga prestaba a CS Carpinteros, se encontraba la de presentar ante la Administración Tributaria las autoliquidaciones periódicas del IVA de esa empresa, para lo cual Auriga cumplimentaba los modelos oficiales y los presentaba ante la AEAT vía telemática utilizando el código de acceso o certificado digital de D. Evaristo como "colaborador" de la AEAT, sin que D. Gervasio exigiera al acusado que le diese cuenta o justificase documentalmente tales liquidaciones, que Auriga conservaba.

En fecha no determinada a finales de 2015, el acusado y D. Gervasio mantuvieron conversaciones sobre la oportunidad de liquidar lo que se debía por el precio de los trabajos de carpintería y las cuotas devengadas de la iguala hasta entonces no satisfechos ni por el uno ni por el otro, surgiendo la discrepancia en el importe de lo que D. Gervasio pretendía cobrar al acusado, 7.362,18 euros por los trabajos de instalación de tarima y armarios que el acusado entendía no hechos, más 1.298 euros por la reparación del portón que consideraba excesivo, de acuerdo con las facturas proforma que el otro le presentó, frente a los aproximadamente 6.000



euros a que ascendían entonces los devengos debidos de la iguala. Comoquiera que no llegaron a un acuerdo, sin que esto afectara aparentemente a la relación de amistad y profesional que seguían manteniendo, el acusado, aprovechándose de la confianza de Gervasio y presumiendo que por ello nada sospecharía, decidió cobrarse una parte del crédito de Auriga con CS Carpinteros con el importe de la autoliquidación del IVA correspondiente al cuarto trimestre de 2015 que arrojaba un saldo de 3.192,81 euros a devolver a CS Carpinteros, para lo cual cumplimentó el modelo oficial 303 en el que, para hacerse con esa cantidad, consignó como cuenta bancaria donde la AEAT debía transferir el dinero de la devolución la núm. NUM000 de la que era titular auriga, conociendo de antemano que la AEAT haría el ingreso en esa cuenta sin más averiguaciones por aparecer en la autoliquidación como la designada por la empresa contribuyente. Cumplimentado de esta forma el modelo, el acusado, haciendo uso de su firma digital como colaborador de la AEAT, presentó esa liquidación a la AEAT por vía temática el 1 de febrero de 2016, logrando de esta forma que la Administración Tributaria ingresara en la cuenta de Auriga la suma de 2.684,51 euros tras deducir del importe de la devolución una deuda de CS Carpinteros con el Ayuntamiento de Granada. Comunicada por la AEAT a CS Carpinteros la orden de pago de la devolución a finales de mayo de 2016, y comoquiera que pasaba el tiempo y no la percibía, D. Gervasio preguntó reiteradamente al acusado por las razones de la tardanza, a lo que éste respondía con evasivas culpando a Hacienda del retraso.

III.- Ante el éxito de esta acción, y comoquiera que Auriga siguió llevando los asuntos fiscales de CS Carpinteros hasta que ésta cesó en su actividad el 31 de diciembre de 2016 lo que también se comunicó a Hacienda por Auriga, el acusado, animado del mismo propósito de cobrarse lo que aquella seguía debiendo a su empresa, realizó idéntica operación cumplimentando el modelo informático de la autoliquidación del IVA correspondiente al cuarto trimestre de 2016 con un saldo en favor de CS Carpinteros esta vez de 2.3014,16 euros, con designación de la misma cuenta titularidad de Auriga, que presentó telemáticamente ante la AEAT el 10 de enero de 2017, si bien el dinero de la devolución no llegó a ingresarse en esa cuenta por impedirlo D. Gervasio, enterado ya por consulta con la AEAT de lo que había sucedido, tras instar de ésta que el ingreso se hiciera en una cuenta de su sociedad."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos al acusado Evaristo, como autor responsable de un delito continuado de estafa ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas, a las penas de un año y nueve meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y siete meses de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros (1.260 euros en total), con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en su caso, previa la exacción de sus bienes, y al pago de la mitad de las costas procesales incluidas las causadas a la Acusación Particular.

Y debemos condenar y condenamos a la acusada AURIGA CONSULTORÍA Y PROYECTOS SL, como persona jurídica penalmente responsable del mismo delito, a la pena de multa de 8.053,53 (ocho mil cincuenta y tres euros con cincuenta y tres céntimos), y al pago de la otra mitad de las costas procesales.

Asimismo, condenamos a los acusados Evaristo y Auriga Consultoría y Proyectos SL a que solidariamente y por mitad entre sí indemnicen a CS Carpinteros 2025 SL en 2.684,51 euros (dos mil seiscientos ochenta y cuatro euros con cincuenta y un céntimos), suma que devengará el interés prevenido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta fecha hasta su completo pago.

Firme esta resolución, aplíquese al pago de la responsabilidad civil declarada la cantidad consignada en la cuenta de este Tribunal por el acusado Sr. Evaristo "para devolución en su caso a CS Carpinteros 2025 SL".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados Evaristo y Auriga Consultoría y Proyectos S.L., dictándose sentencia n.º 225/2019 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en fecha 12 de diciembre de 2019, en el Rollo de Apelación número 108/2019, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Evaristo y "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L." contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada en fecha 15 de noviembre de 2018, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su lugar, debemos absolver y absolvemos a los acusados D. Evaristo y "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L." del delito de estafa que se les imputa.

Declaramos de oficio las costas de ambas instancias."

y en la que consta como **hechos probados**:

"Se dan por reproducidos los apartados I y III de los descritos en la sentencia apelada.



Se sustituyen los expuestos en el apartado II por los siguientes:

II.- Entre los servicios profesionales que "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L." prestaba a "CS Carpinteros 2025, S.L.", se encontraba la de presentar ante la Administración Tributaria las autoliquidaciones periódicas del IVA de esa empresa, para lo cual Auriga cumplimentaba los modelos oficiales y los presentaba ante la AEAT vía telemática utilizando el código de acceso o certificado digital de D. Evaristo como colaborador de la AEAT, sin que D. Gervasio exigiera al acusado que le diese cuenta o justificase documentalmente tales liquidaciones, que Auriga conservaba.

En fecha no determinada a finales de 2015, el acusado y D. Gervasio mantuvieron conversaciones sobre la oportunidad de liquidar lo que se debía por el precio de los trabajos de carpintería y las cuotas devengadas de la iguala hasta entonces no satisfechos ni por el uno ni por el otro, surgiendo la discrepancia en el importe de lo que D. Gervasio pretendía cobrar al acusado, 7.362,18 euros por los trabajos de instalación de tarima y armarios que el acusado entendía no hechos, más 1.298 euros por la reparación del portón que consideraba excesivo, de acuerdo con las facturas proforma que el otro le presentó, frente a los aproximadamente 6.000 euros a que ascendían entonces los devengos debidos de la iguala.

Comoquiera que no llegaron a un acuerdo, el acusado D. Evaristo decidió cobrarse una parte del crédito de "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L." con "CS Carpinteros 2025, S.L." con el importe de la autoliquidación del IVA correspondiente al cuarto trimestre de 2015 que arrojaba un saldo de 3.192,81 euros a devolver a "CS Carpinteros 2025, S.L.", para lo cual cumplimentó el modelo oficial 303 en el que, para hacerse con esa cantidad, consignó como cuenta bancaria donde la AEAT debía transferir el dinero de la devolución la num. NUM000 de la que era titular "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L.". Cumplimentado de esta forma el modelo, el acusado, haciendo uso de su firma digital como colaborador de la AEAT, presentó esa liquidación a la AEAT por vía telemática el 1 de febrero de 2016, logrando de esta forma que la Administración Tributaria ingresara en la cuenta de Auriga la suma de 2.684,51 euros tras deducir del importe de la devolución una deuda de "CS Carpinteros 2025, S.L." con el Ayuntamiento de Granada."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la acusación particular, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación procesal de la recurrente, basa su recurso de casación en el siguiente motivo:

Único motivo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849-1º de la LECrim, por inaplicación indebida de los artículos 248.1 y 249 del Código Penal.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida solicitan la inadmisión del motivo del recurso y subsidiariamente la impugnación del mismo; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 19 de enero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia núm. 558/2018, de 15 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, condenó a D. Evaristo como autor de un delito continuado de estafa a las penas de un año y nueve meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y siete meses de multa, a razón de una cuota diaria de 6 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas y al pago de la mitad de las costas procesales incluidas las causadas a la Acusación Particular. Igualmente condenó a Auriga Consultoría y Proyectos SL, como persona jurídica penalmente responsable del mismo delito, a la pena de multa de 8.053,53 euros y al pago de la otra mitad de las costas procesales.

Asimismo, condenó a Evaristo y a Auriga Consultoría y Proyectos SL a que solidariamente y por mitad entre sí indemnizen a CS Carpinteros 2025 SL en 2.684,51 euros, con el interés prevenido en el art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago.

Contra esa sentencia interpuso recurso de apelación la representación legal de D. Evaristo y de Auriga Consultoría y Proyectos SL, resuelto mediante la sentencia núm. 225/2019, de 12 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que fue estimado y les absolvió del delito por el que habían sido condenados en la instancia.



Frente a esta última sentencia recurre ahora CS Carpinteros 2025, SL.

SEGUNDO.- La Acusación Particular articula su único motivo del recurso, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los arts. 248.1 y 249 CP.

En contra del parecer del Tribunal Superior de Justicia, entiende la recurrente que concurre en el actuar del acusado D. Evaristo engaño y ánimo de lucro.

Señala que existe engaño pues los hechos probados evidencian que el Sr. Evaristo no tenía la autorización de CS Carpinteros 2025, SL (en adelante CS), la que tampoco conocía su actuación. Alega que los hechos probados no indican que el Sr. Evaristo estuviera autorizado y en los fundamentos de derecho el Tribunal ratifica la conclusión de la Audiencia en el sentido de que no estaba acreditada la supuesta reunión entre las partes en la que se acordó (también supuestamente) que el Sr. Evaristo percibiría las devoluciones de IVA de CS para cobrarse sus servicios de gestoría.

Describe que la actuación del acusado fue facilitar sin su permiso a la Administración Tributaria el número de la cuenta bancaria de Auriga Consultoría y Proyectos SL (en adelante Auriga) y no el de la cuenta de CS, que era el sujeto pasivo del impuesto con derecho a las devoluciones tributarias. A su juicio ello supone un engaño para la Agencia Tributaria que entiende que el número de cuenta facilitado ha sido aceptado por el sujeto pasivo del impuesto para la devolución y por eso transfiere a dicha cuenta los fondos con el consiguiente perjuicio para el sujeto pasivo. Estima que para que no existiera el engaño, la sentencia debería indicar en sus hechos probados que el Sr. Evaristo estaba autorizado por el sujeto pasivo del impuesto para que el importe de la devolución fuera a parar a la cuenta de Auriga. Y no solo no lo expresa, sino que en los fundamentos de derecho se razona que dicha autorización y consentimiento no existió.

También considera la recurrente que existe ánimo de lucro porque aunque la finalidad del Sr. Evaristo fuera la de cobrarse una hipotética deuda, esa finalidad es irrelevante a efectos penales y no excluye el dolo de la estafa, de ser consciente de la falsedad y del mecanismo ilícito empleado para obtener la suma transferida a su favor en base al engaño padecido por la Agencia Tributaria (AEAT).

Discrepa con el parecer del Tribunal cuando razona que el acusado realizó la conducta no para incrementar su patrimonio gratuitamente sino para cobrar el crédito que estimaba pendiente. Y por ello concluye que el acusado no quería beneficiarse económicamente en ilícito perjuicio de la entidad denunciante sino recibir lo que creía que le era debido.

Frente a esta versión del Tribunal, expone la recurrente que los hechos probados de la sentencia no constatan la existencia de dicha deuda. Por el contrario ponen de manifiesto que existía una discrepancia entre las partes sobre el importe de los trabajos efectuados por D. Gervasio, por lo que no estaba liquidada la relación económica entre las partes ni la supuesta deuda a favor de Auriga, pues de ser cierta la tesis de D. Gervasio, sería el Sr. Evaristo el que resultaría deudor al ser superior el importe de los trabajos de carpintería a los de la iguala por la labor de gestoría. En todo caso sostiene que en el supuesto de que se acreditara la existencia de la deuda y fuera la intención del Sr. Evaristo la de cobrarse la misma, ello resultaría irrelevante porque el comportamiento de éste sería ilícito. A su entender, la intención de cobrarse una supuesta deuda no excluye el dolo y la voluntad de engañar.

TERCERO.- 1. El cauce casacional elegido por la Acusación Particular (art. 849.1º LECrim), propio del tipo de recurso en que nos encontramos, obliga a respetar los hechos que el Tribunal ha considerado probados (art. 884.3º LECrim).

Antes de proceder al examen del motivo, debe dejarse constancia de cierta incoherencia observada en la sentencia de instancia. Así, el Tribunal Superior de Justicia desestima razonadamente, en los fundamentos de derecho segundo y cuarto, los motivos deducidos por el acusado en el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por la Audiencia, por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías y por error en la valoración de la prueba, y confirma el hecho probado, la suficiencia de la prueba y la valoración racional y lógica efectuada por la Audiencia Provincial.

Pese a ello, previamente, de forma paradójica e incongruente, en contra de lo expresado en aquellos fundamentos y sin ningún tipo de motivación, ha excluido determinadas expresiones del hecho probado redactado por la Audiencia, impidiendo a las partes y a este Tribunal conocer la razón de tal decisión.

A continuación, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, al examinar el motivo deducido por la parte apelante por infracción de los preceptos sustantivos aplicados (arts. 248, 250.1.6ª y 74 CP), excluye la existencia de engaño y ánimo de lucro en la conducta desplegada por el Sr. Evaristo .

Ello no obstante, aun partiendo del relato de hechos que contiene la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, reproducidos en los antecedentes de hecho de la presente resolución, concurren en la conducta



del acusado los elementos integrantes del delito continuado de estafa de **los arts. 248.1 y 249 CP**. En concreto, la utilización de engaño por el acusado y el ánimo de lucro que guio su acción.

2. Como señalamos en la sentencia núm. 828/2014, de 1 de diciembre, la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que el delito de estafa requiere la utilización de un engaño previo bastante con ánimo de lucro, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido en el patrimonio de la víctima (primer juicio de imputación objetiva); y de tal acción tiene que derivarse un desplazamiento patrimonial realizado por el sujeto pasivo del engaño en perjuicio del bien jurídico que tutela la norma penal, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal ontológico o naturalístico), materializándose en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima implica la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva) (SSTS 220/2010, de 16 de febrero; 752/2011, de 26 de julio; y 465/2012, de 1 de junio).

Y en la sentencia núm. 679/2018, de 20 de diciembre, señalábamos que el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del Código Penal, debe ser entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado (STS 902 / 2013, de 14 de noviembre). También hemos dicho que existe perjuicio económico si se produce un desplazamiento patrimonial en beneficio de una persona y correlativo perjuicio de otra, sea esta o no la directamente engañada. El ánimo de lucro existe aun cuando no sea el sujeto activo del engaño el que en definitiva resulta beneficiado (STS 469/2008, de 9 de julio).

En el caso de autos, la acción del acusado contribuyó de forma decisiva a que la AEAT ingresara en la cuenta de Auriga la devolución del IVA, y no del verdadero sujeto pasivo del impuesto.

Como señala el hecho probado, el Sr. Evaristo , como asesor fiscal de CS y haciendo uso de su firma digital como colaborador de la AEAT, presentó la autoliquidación del IVA que arrojaba un saldo a devolver a favor de CS, pero consignando como cuenta bancaria donde la AEAT debía transferir el dinero de la devolución una cuenta de la que era titular "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L."

Ello supone desde luego engaño a la AEAT, engaño que resultó esencial para que se produjera el desplazamiento patrimonial pretendido. Como indica la Audiencia, el acusado, aprovechando el mecanismo que le brindaba el sistema telemático vía Internet de la AEAT para la presentación por las empresas de las autoliquidaciones del IVA, cumplimentó como gestor de CS el formulario correspondiente en el que aparecía que CS era el contribuyente que solicitaba la devolución del IVA, haciendo constar una cuenta como designada por CS donde deberían ser transferida la cantidad a devolver, de la que en realidad era titular Auriga.

Señala el Tribunal Superior de Justicia para sustentar la no existencia del engaño para la AEAT que "D. Evaristo era colaborador autorizado para la presentación telemática de impresos y solicitudes ante la AEAT, con facultad para actuar en representación de "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L.", y en tal condición cumplimentó el modelo 303 para la devolución del IVA correspondiente al cuarto trimestre de la anualidad 2015, con expresión de los datos exigibles y, entre ellos, de la cuenta bancaria para el ingreso de los fondos a devolver; con tales presupuestos, la AEAT había de proceder a la devolución sin necesidad de mayores comprobaciones ni averiguaciones en torno a la relación interna entre contribuyente y colaborador, salvo petición posterior en contrario como ocurrió con la devolución correspondiente al cuarto trimestre de 2016".

Sin embargo, este es precisamente el ardid del que se valió el acusado para apoderarse del dinero que fue ingresado en la cuenta de Auriga. Como expresa el hecho probado, "cumplimentó el modelo oficial 303 en el que, para hacerse con esa cantidad, consignó como cuenta bancaria donde la AEAT debía transferir el dinero de la devolución la num. NUM000 de la que era titular "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L.". Cumplimentado de esta forma el modelo, el acusado, haciendo uso de su firma digital como colaborador de la AEAT, presentó esa liquidación a la AEAT por vía telemática el 1 de febrero de 2016, logrando de esta forma que la Administración Tributaria ingresara en la cuenta de Auriga la suma de 2.684'51 euros". Y es precisamente tal artificio lo que llevó a la AEAT a ingresar erróneamente la devolución en una cuenta que no correspondía al contribuyente.

El engaño no tiene solamente una significación positiva, sino también omisiva, de forma que el deber de proporcionar toda la información que sea debida al caso pertenece a quien posee tal información, máxime cuando de ello depende, como en este caso, que llegue a deudor tributario el dinero a abonar por la AEAT procedente de la liquidación del IVA.

El acusado, faltando al deber de lealtad que su actividad profesional le exigía, no actuó en beneficio de CS, a quien representaba. Actuó en beneficio propio simulando actuar en nombre y en beneficio de un tercero, CS, consignando de forma falaz en la solicitud de devolución una cuenta bancaria de Auriga como designada por CS, en lugar de una cuenta de CS. Ello ningún conflicto hubiera suscitado si hubiera transferido a continuación el dinero al tercero, pero era evidente que no era ésta su intención, como después lo demostró.



Se produjo así el desplazamiento patrimonial en perjuicio de CS y en beneficio del Sr. Evaristo , quien con este modo de proceder recibió una cantidad de dinero que de otra forma no habría percibido.

3. Concorre también ánimo de lucro.

La actuación llevada a cabo por el acusado tuvo lugar tras las conversaciones que mantuvo con el Sr. Gervasio sobre la oportunidad de liquidar lo que se debían recíprocamente por el precio de los trabajos de carpintería realizados por el Sr. Gervasio y las cuotas devengadas por los servicios de asesoría prestados por el Sr. Evaristo , que hasta entonces no habían sido satisfechos ni por el uno ni por el otro.

El hecho probado, respetado en este punto por el Tribunal Superior de Justicia, describe la falta de acuerdo en aquellas conversaciones entre el Sr. Gervasio y el Sr. Evaristo sobre las cantidades que recíprocamente se adeudaban. Pese a ello, conociendo la postura del Sr. Gervasio , el acusado decidió hacer suyas las devoluciones del IVA correspondientes a dos trimestres, por importes de 2.684'51 y 2.314'16 euros.

Conocía la existencia de la deuda contraída frente al Sr. Gervasio por los trabajos de carpintería realizados por éste en su domicilio, siendo esta la única explicación ofrecida para entender que durante más de dos años el acusado aceptara el impago de los doscientos cuarenta y dos euros que el Sr. Gervasio debería haberle abonado mensualmente por servicios de asesoría fiscal, laboral y contable, llegando a generar una deuda cercana a los seis mil euros.

También era consciente de las discrepancias existentes entre él y el Sr. Gervasio . Asimismo sabía que el importe de la deuda que éste le reclamaba por los trabajos de carpintería era superior al crédito devengado a su favor por las labores de gestión realizadas a favor de CS.

Por ello lo que perseguía el acusado era el cobro directo de lo adeudado por el Sr. Gervasio sin salvar diferencias sobre importes adeudados y sin compensarlo con la deuda contraída por él como consecuencia de los trabajos de carpintería realizados por el Sr. Gervasio , como así habían acordado.

En definitiva, pretendía obtener lo que no le correspondía al no haberse practicado previamente la liquidación correspondiente.

Por todo ello, procede la estimación del motivo.

4. Tal estimación no obedece exclusivamente a consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo y puede entenderse que sobrepasa los límites de nuestra capacidad revisora fijados por la doctrina jurisprudencial y del TEDH cuando se ha dictado sentencia absolutoria.

Efectivamente, los elementos internos como el dolo o el ánimo o intención determinada que guía la conducta forman parte de la *questio facti* y, por tanto, están afectados por aquéllas limitaciones.

Ahora bien, en el presente caso, no se ha desconocido el principio de inmediación en la práctica de pruebas de carácter personal, pues éstas fueron practicadas precisamente ante la Audiencia Provincial, que llegó a unas conclusiones que ahora han sido recuperadas y reforzadas por este Tribunal.

No se ha procedido a efectuar una nueva valoración de las pruebas. La valoración directa de los medios de prueba presentados por las partes fue realizada en la instancia.

En la sentencia de esta Sala núm. 89/2020, de 3 de marzo, en la que, al igual que ahora sucede, se trataba de anular un pronunciamiento absolutorio dictado por el Tribunal Superior de Justicia frente al fallo condenatorio emitido por un Tribunal del Jurado, explicábamos que "la pretensión de anular el pronunciamiento de apelación en contra del reo, haciendo revivir el pronunciamiento condenatorio, no tropieza con obstáculo alguno -cfr. SSTS 555/2014, 10 de julio y 1043/2012, 21 de noviembre- derivado de la jurisprudencia constitucional y europea, a tenor de la cual la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias exigiría la audiencia del acusado en la fase de recurso, y en su caso, la reproducción de prueba. En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría ex novo esta Sala Segunda por vía de recurso. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo el Tribunal del Jurado que encontró al acusado culpable. Esa inicial apreciación jurisdiccional emanada de un Tribunal que ha oído personalmente al acusado, escuchando su versión de los hechos, atendiendo a sus explicaciones, ha sido sustituida (legítimamente en principio: no ha habido exceso en ello) por el Tribunal Superior de Justicia al conocer de la apelación. Ahora en casación no se trataría ya de verificar un nuevo juicio sobre la prueba, sino de valorar las razones dadas por el Tribunal de apelación para tachar de carentes de suficiente fuerza convictiva las apreciaciones del Jurado. El Jurado oyó al acusado. Ahora las acusaciones piden que en casación se repongan las inferencias que extrajo el Jurado a partir de los indicios por considerar que estaban suficientemente avaladas por esos hechos externos, -indicios-, que se dieron como probados. En esas condiciones no es aplicable esa doctrina jurisprudencial que invitaría a cuestionarnos si es posible el pronunciamiento reclamado por el Ministerio Fiscal, que conduce a resucitar



una condena anulada, en un recurso extraordinario como la casación no compatible con la audiencia personal del acusado.

Viene bien plasmar un fragmento de una de las abundantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pone de manifiesto que ese dato no es en absoluto baladí: " el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000 #, caso Constantinescu c. Rumania , §§ 58 y 59)". No cabría una primera condena en casación pero sí rescatar una condena anulada.

También esta Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre la admisibilidad de ese tipo de pronunciamientos, sin necesidad de una nueva audiencia al reo en trámite de recurso, como resultaría de una precipitada e irreflexiva aplicación de la doctrina citada. Decía la STS 1385/2011, de 22 de diciembre: " la segunda cuestión es si, en el caso del recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, resolviendo una apelación contra la del Tribunal del Jurado, reviste alguna especialidad en cuanto a la doctrina constitucional afortunadamente consolidada en cuanto al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa. Al respecto, atendiendo al caso que juzgamos y al recurso del Ministerio Fiscal, es claro que no se pretende de la casación que lleve a cabo una valoración de los medios de prueba personal para determinar si su resultado autoriza la inferencia que afirma los elementos del tipo de homicida. Lo cuestionado es si esa valoración, ya efectuada por quien recibió dicha prueba, es decir por el Tribunal del Jurado, ha sido o no correctamente desautorizada por la sentencia que ante nosotros se recurre y que es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia y no la de aquel Tribunal del Jurado.

Pues bien, la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia de apelación, no es la resolución que, por primera vez y como fruto de la valoración de la prueba, impone la condena a los acusados que permanecían hasta ahora absueltos por razón de la apelación. La reposición a la condición de penados deriva de la inicial sentencia y de la consideración como incorrecta de su revocación en apelación. Por ello tal hipótesis cae al margen del ámbito en el que la doctrina constitucional y la del TEDH exige la directa audiencia del así penado".

Ese matiz, de tanta relevancia a los efectos de fijar los límites de revisión de esta Sala, adquiere incluso un significado especial cuando de lo que se trata -como en el caso presente- no es de restablecer la condena en la instancia a partir del análisis de la consistencia del armazón probatorio de esa condena, sino de verificar un juicio de subsunción que concluya que los hechos declarados probados por el órgano jurisdiccional ante el que se practicó la prueba, tienen relevancia típica".

CUARTO.- La estimación de un motivo por parte del Tribunal de apelación -atipicidad de los hechos atribuidos al acusado- dio lugar a que fuera innecesario el examen del último motivo alegado por las partes entonces apelantes, D. Evaristo y Auriga Consultoría y Proyectos SL.

Sin embargo, como consecuencia de la estimación del recurso formulado por la Acusación Particular, este Tribunal ha dejado sin efecto la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia. Es pues evidente que aquél motivo oportunamente deducido en apelación y que quedó sin respuesta recobra interés para la parte que lo invocó y debe obtener contestación conforme a lo dispuesto en el art. 120.3 CE.

Ello nos lleva a rechazar la posibilidad de "revivir" la condena de la Audiencia Provincial.

Procede por tanto determinar si procede el reenvío al Tribunal Superior de Justicia para su resolución o si debe ser este Tribunal el que le dé respuesta.

Esta cuestión ya fue resuelta en la sentencia de esta Sala núm. 577/2020, de 4 de noviembre. En ella se examinaban anteriores pronunciamientos de esta Sala (SSTS 299/2013, de 27 de febrero y 735/2018, de 1 febrero), si bien referidos a un recurso sujetos al régimen de recursos vigente antes de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada mediante Ley 41/2015, de 5 de octubre; a un recurso de casación formulado contra una sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia en un procedimiento de Ley del Jurado. En aquel caso la cuestión se suscitaba en relación a una sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial (art. 847.1 b) LECrim), limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a través del motivo previsto en el art. 849.1º por infracción de ley y siempre que exista interés casacional conforme se infiere de lo dispuesto en el art. 889 párrafo 2º LECrim.

De su contexto podemos extraer las siguientes consideraciones:

1. Debe partirse de la base de que la técnica del reenvío solo se dispone en nuestro ordenamiento procesal para los supuestos en los que declaramos la existencia de un vicio "in procedendo", un quebrantamiento de



forma, y no en los supuestos de los errores "in iudicando" que son resueltos por esta Sala cuando le han sido efectivamente planteados, poniendo fin definitivamente a la cuestión deducida ante el Poder Judicial al que esta Sala pertenece como órgano jurisdiccional superior en el orden penal (art. 123 CE).

Esta concepción prevista para las sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales es trasladada a la casación contra sentencias de apelación, entendiéndose que un paralelismo pleno habría de conducir también a recobrar la instancia anterior, esto es "la segunda instancia". Por ello, anulada la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, si ésta dejó motivos de apelación sin resolver, habrán de ser dilucidados en una segunda sentencia dictada por el Tribunal de Casación, que actuaría en ella como Tribunal de apelación, al igual que asume el papel del Tribunal de instancia en la casación ordinaria cuando estima un motivo por infracción de ley y ha de dictar segunda sentencia.

Apoya esta solución el procurar que la resolución del conflicto que comporta todo enjuiciamiento se produzca en un plazo razonable, lo que no se alcanzaría si propiciáramos un reenvío de la decisión al tribunal de la apelación con posterior impugnación casacional.

2. En determinados supuestos este principio puede quebrar:

2.1. Si se priva con ello a las partes pasivas de capacidad impugnativa. Habrá que comprobar si las partes pasivas han tenido o no oportunidad real y efectiva de impugnación. Lo cual no ocurrirá cuando:

a) Hayan formulado recurso adhesivo de casación o recurso supeditado de casación (ya que falta el gravamen imprescindible para recurrir autónomamente)

b) Si en el escrito de impugnación han manifestado su disconformidad en otros extremos con la sentencia.

2.2. Si este Tribunal no está en condiciones de adoptar todas esas decisiones competencia inicial del Tribunal de instancia, lo que tendrá lugar:

a) Cuando ello suponga hurtar a la primera instancia algunas zonas del debate. Privar a las partes la posibilidad de discutir en vía de recurso esos puntos controvertidos intermedios que pueden aparecer en el tramo discursivo que va desde el tema solventado en casación hasta todos los pormenores del pronunciamiento resolviendo definitivamente la cuestión. Ello puede acontecer cuando la absolución se produzca por haberse apreciado la prescripción, o por haber considerado que los hechos enjuiciados son atípicos.

En los puntos que resolviere directamente, sin previo pronunciamiento de fondo anterior por la Audiencia, se estaría privando a las partes tanto de la posibilidad de impugnar, como de la oportunidad de que la Audiencia resolviere en primera instancia de una forma más favorable a sus intereses (artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966).

b) Cuando los hechos probados no hayan quedado fijados en su integridad, se hayan dejado puntos sin analizar (por razón de que no era necesario a la vista de la decisión absolutoria que se iba a adoptar), ya que el Tribunal Supremo no puede fijar los hechos probados sin haber presenciado la prueba.

3. En el caso de recursos contra sentencias dictadas en apelación por una Audiencia Provincial, además, deberá tenerse en cuenta que se trata de recursos limitados en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a través del motivo previsto en el art. 849.1º LECrim, por infracción de ley, y a que exista interés casacional conforme se infiere de lo dispuesto en el art. 889 párrafo 2º LECrim.

Se trata de un recurso extraordinario que se abre por motivos tasados y cuya finalidad esencial es la de controlar la aplicación del derecho a los hechos definitivamente preestablecidos en la instancia, unificando la jurisprudencia para garantizar la seguridad jurídica. Por ello, aun cuando la estimación de un recurso por vicio "in iudicando" determine el dictado de una segunda sentencia, ésta debería únicamente limitarse a establecer las consecuencias que de ello deberían deducirse para las partes. Las demás cuestiones suscitadas por las partes, de haber sido resueltas por el Tribunal de apelación, serían firmes y ejecutivas al no ser susceptibles de recurso ante este Tribunal.

QUINTO.- En nuestro caso nos encontramos ante una sentencia dictada en apelación por un Tribunal Superior de Justicia contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial, conforme al nuevo régimen de recursos implantado por la citada Ley 41/2015, de 5 de octubre.

El Tribunal Superior de Justicia dejó sin resolver un único motivo deducido por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 31 bis CP.

El dictado de una sentencia por este Tribunal resolviendo este motivo no priva a las partes pasivas de capacidad impugnativa ya que el acusado, en el recurso de apelación, manifestó su disconformidad con el pronunciamiento condenatorio de Auriga Consultoría y Proyectos SL.



Tampoco supone hurtar a la primera instancia algunas zonas del debate. Todas las partes han tenido la oportunidad de discutir en vía de recurso esos puntos controvertidos. En concreto, el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular impugnaron tales cuestiones al contestar el recurso de apelación formulado por la defensa ante el Tribunal Superior de Justicia.

La cuestión planteada es estrictamente jurídica. No se encuentra vinculada a valoraciones probatorias que pueda y deba realizar el Tribunal de apelación.

Además, la resolución del conflicto en este momento evitará una mayor dilación de la causa, al evitar el reenvío de la decisión al Tribunal de la apelación con posterior impugnación casacional.

Por ello procedemos a resolver el motivo de apelación que quedó pendiente ante el Tribunal Superior de Justicia.

SEXTO.- Como anticipábamos, el motivo imprejuizado denunciaba infracción de precepto legal. En concreto, discrepan los recurrentes de la responsabilidad penal de Auriga Consultoría y Proyectos SL, que fue declarada por la Audiencia Provincial. Citan como infringido el art. 31 bis CP. Tras glosar determinadas sentencias de esta Sala, únicamente señalan los recurrentes que "siendo el único responsable real de la sociedad el Sr. Evaristo, titular de la mercantil constituida como sociedad limitada junto a su esposa, es decir, se podría decir, unipersonal, por ello si se condenara a la empresa se estaría penando dos veces el mismo hecho, y de ahí que por este motivo igualmente debería dictarse una Sentencia absolutoria para la mercantil Auriga Consultoría y Proyectos, S.L."

El recurrente parte de una base errónea. La consulta directa de los autos (art 899 LECrim) nos muestra (f. 18 y siguientes del Rollo de la Audiencia Provincial) que el Sr. Evaristo aparece como administrador único de la citada sociedad, pero no es socio de la misma. Por el contrario, según certificación registral de la sociedad, consta como socia fundadora de la misma D^a. Paulina, casada con el Sr. Evaristo en régimen de separación de bienes. Dicha fundadora suscribió totalmente las seiscientos veinte participaciones sociales en que se divide el capital social.

Por ello, la condena de la sociedad no supone una doble penalidad para el Sr. Evaristo al no ser éste titular de Auriga Consultoría y Proyectos SL por no tener participación alguna en la sociedad. En consecuencia, el principio non bis in idem no se ve afectado.

El recurrente era administrador único de la sociedad, pero no era socio. Por tanto, en nada le afecta la pena que se imponga a ésta. En este sentido se ha pronunciado tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 5 de abril de 2017 (asunto *Massimo Orsi y otros*)) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH *Kiiveri c. Finlandia*, de 10 de febrero de 2015, *Pirttimäki c. Finlandia*, de 20 de mayo de 2014 y *Heinonen c. Finlandia*, de 6 de enero de 2015 (párrafo 37).)

SÉPTIMO.- Cuestión distinta es que han sido sancionados con penas de multa tanto el administrador único de la sociedad como autor (art. 31 CP) como la sociedad a la que representa (art. 31 bis CP), por lo que podríamos plantearnos una modulación de las cuantías conforme a lo dispuesto en el art. 31 ter 1 CP para evitar, en su caso, que la suma resultante no fuera desproporcionada en relación a la gravedad del único hecho castigado.

Sobre este particular, esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones.

En la sentencia de Pleno núm. 154/2016, de 29 de febrero, al revocar la pena de disolución de una de las personas jurídicas condenadas y dejar subsistente tan sólo la pena de multa, aludía a las previsiones del art. 31 ter. 1, último inciso, CP como vía para evitar una respuesta desproporcionada entre la suma total de las multas y la gravedad de los hechos, y añadía que esta modulación no permitiría una reducción de dichas cuantías por debajo del límite mínimo legal.

En la sentencia núm. 583/2017, de 19 de julio, en un supuesto en el que dos sociedades de responsabilidad limitada habían sido condenadas por un delito de blanqueo de capitales junto a sus respectivos administradores, la Sala aplicó la modulación y redujo el importe de la multa. Al hacerlo, describía los supuestos en los que se debería aplicar dicha modulación: cuando se imponen multas a personas jurídicas que están participadas en porcentajes o altos o totales por quienes son, a su vez, responsables penales y por tanto merecedores de una multa.

En la sentencia núm. 746/2018, de 13 de febrero, había sido condenada una sociedad limitada y su administrador por un delito contra la Hacienda Pública. Ambos, en el recurso de casación formulado, plantearon, entre otros extremos, que el órgano de instancia no había sopesado la posibilidad de moderar las cuantías de las penas pecuniarias cuando, como era el caso, se imponían tanto a la persona física responsable como a la persona jurídica por cuya cuenta actúa.

Se trataba de un administrador que, además, ostentaba el 50% de las participaciones sociales.

En ella, excluíamos la aplicación del precepto a las sociedades unipersonales en las que la persona física condenada fuera el único titular de la sociedad, ya que estas sociedades generan una problemática distinta pudiendo afectar a principios como el non bis in idem. Y considerábamos que tal supuesto no es equiparable a aquellos supuestos en los que el socio condenado es también administrador, y más aún cuando es socio mayoritario o tiene una posición relevante o significativa. Para estos supuestos es para los que se prevé la modulación de la pena de multa, para evitar, declara la sentencia, un total desproporcionado en relación a la gravedad del único hecho castigado.

En la citada sentencia también se explica cómo proceder a la modulación. Habrá que individualizar las penas correspondientes a la persona física y a la jurídica y, a continuación, tener en cuenta el "techo infranqueable" y el "suelo".

De esta forma, en relación al techo señalábamos que "la multa total que realmente llegue a sufrir el administrador condenado, de forma directa (por venirle impuesta a él como responsable del delito) o indirecta (por ser cotitular de la sociedad también responsable penalmente), no debe sobrepasar el máximo previsto para el concreto delito objeto de condena".

En cuanto al suelo, indicábamos que "si se estima que se pueden desbordar los umbrales mínimos fijados, la suma de ambas multas habría de superar siempre el mínimo (el tanto en este caso: art. 310 bis) por cuanto nunca debería admitirse que la dual responsabilidad penal (persona física y persona jurídica) suponga de facto una atenuación. Si se admite la excepcional disminución por debajo del mínimo legal cuando así lo aconseje el principio de proporcionalidad, procederá muy significadamente cuando lo imponga la necesidad de respetar el non bis in ídem por superponerse la condición de administrador condenado a la de titular mayoritario de la sociedad."

Finalmente, en la sentencia núm. 118/2020, de 12 de marzo, aparecían condenadas por tres delitos contra la Hacienda pública una sociedad en virtud del art. 31 bis CP y la administradora de tal entidad (art. 31 CP) y a la vez socia en un porcentaje importante (51%), en la que, acogiéndose a la cláusula de modulación de la pena de multa que prevé el art. 31 ter, 1 inciso final CP, el Juzgado de lo Penal había excluido a la persona física condenada de las penas de multa. Por su parte, la Audiencia Provincial había revocado la sentencia en ese particular imponiendo a la acusada además de las penas privativas de libertad, sendas multas.

En esta sentencia se reitera, recordando la sentencia núm. 746/2018, de 13 de febrero, que uno de los supuestos en los que debe entrar en juego la cláusula moderadora del art. 31 ter, inciso primero, CP es aquel en el que la persona física condenada, que es, a su vez, administradora, es cotitular "de forma relevante" del ente también condenado penalmente. Insiste en que el mandato de "modulación" no autoriza ni para cancelar respecto de uno de los sujetos la multa, ni para rebasar por debajo los mínimos establecidos. Por último, añade, con cita expresa de la jurisprudencia europea antes señalada, que el precepto no plantea un problema de bis in ídem cuando se condena tanto a la persona jurídica como a su administrador no siendo este el único socio.

OCTAVO.- En nuestro caso, recordemos, el Sr. Evaristo no ostentaba ninguna participación en la sociedad. Solo era único administrador, por lo que no debe afectarle la pena que se pueda imponer a ésta.

En todo caso, las penas de multa impuestas no superan el máximo previsto para el concreto delito objeto de condena. Para la persona física, conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, el máximo de la pena de multa previsto son doce meses (2.160 euros) conforme a lo dispuesto en el art. 250 CP, y el quintuple de lo defraudado (13.422'55 euros) para la persona jurídica (art. 251 bis CP).

El suelo vendría constituido por el triplo de la cantidad defraudada (8.053'53 euros).

La Audiencia Provincial impuso a la persona jurídica la pena de multa en su mínima extensión de 8.053'53 euros y al Sr. Evaristo le impuso una pena de multa de siete meses, muy próxima por tanto al mínimo legal de seis meses, con una cuota de seis euros diarios, lo que supone 1.260 euros. La suma de ambas cantidades asciende a 9.313'53 euros, próximos al límite mínimo (8.053'53 euros) y muy alejados del tope máximo (13.422'55 euros). Por ello únicamente puede concluirse estimando que la exacerbación es mínima y plenamente tolerable.

NOVENO.- La estimación del recurso formulado por la representación de CS Carpinteros 2025, SL. determina la declaración de oficio de las costas de su recurso. Todo ello de conformidad con las previsiones del art. 901 LECrim.

FALLO



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

1º) **Estimar** el recurso de casación interpuesto por la representación de CS Carpinteros 2025 , SL., contra la sentencia la sentencia núm. 225/2019, de 12 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2º) **Declarar** de oficio las costas correspondientes al recurso formulado por la representación de CS Carpinteros 2025, SL.

Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1412/2020

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 20 de enero de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación número 1412/2020, interpuesto por la acusación particular CS Carpinteros 2025,SL., en la causa con origen en el Procedimiento Abreviado n.º 143/2017, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Granada, seguida por delito continuado de estafa contra Don Evaristo y Auriga Consultoría y Proyectos S.L., la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada dicto sentencia condenatoria el 15 de noviembre de 20108, que fue revocada por sentencia n.º 225/2019 de 12 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso de Apelación n.º 108/2019, sentencia que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, los de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Conforme a los razonamientos expresados nuestra anterior Sentencia de Casación, procede:



1) Condenar a Evaristo, como autor responsable de un delito continuado de estafa, sin concurrir circunstancias modificativas, a las penas de un año y nueve meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y siete meses de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros (1.260 euros en total), con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en su caso, previa la exacción de sus bienes, y al pago de la mitad de las costas procesales incluidas las causadas a la Acusación Particular.

2) Condenar a Auriga Consultoría y Proyectos SL, como persona jurídica penalmente responsable del mismo delito, a la pena de multa de 8.053,53 (ocho mil cincuenta y tres euros con cincuenta y tres céntimos), y al pago de la otra mitad de las costas procesales.

3) Condenar a Evaristo y a Auriga Consultoría y Proyectos SL a que solidariamente y por mitad entre sí indemnicen a CS Carpinteros 2025 SL en 2.684,51 euros (dos mil seiscientos ochenta y cuatro euros con cincuenta y un céntimos), suma que devengará el interés prevenido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta fecha hasta su completo pago.

Todo ello en atención a los mismos razonamientos expresados por la Audiencia Provincial en los fundamentos cuarto, quinto y sexto de su sentencia y en los fundamentos séptimo y octavo en nuestra sentencia de casación.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

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

1) Condenar a Evaristo, como autor responsable de un delito continuado de estafa, sin concurrir circunstancias modificativas, a las penas de un año y nueve meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y siete meses de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros (1.260 euros en total), con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en su caso, previa la exacción de sus bienes, y al pago de la mitad de las costas procesales incluidas las causadas a la Acusación Particular.

2) Condenar a Auriga Consultoría y Proyectos SL, como persona jurídica penalmente responsable del mismo delito, a la pena de multa de 8.053,53 (ocho mil cincuenta y tres euros con cincuenta y tres céntimos), y al pago de la otra mitad de las costas procesales.

3) Condenar a Evaristo y a Auriga Consultoría y Proyectos SL a que solidariamente y por mitad entre sí indemnicen a CS Carpinteros 2025 SL en 2.684,51 euros (dos mil seiscientos ochenta y cuatro euros con cincuenta y un céntimos), suma que devengará el interés prevenido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta fecha hasta su completo pago.

4) CONFIRMAR, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 225/2019, de 12 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

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

Así se acuerda y firma.