



UNIVERSITAT^{DE}
BARCELONA



DICTAMEN JURÍDIC DEL MÀSTER D'ADVOCACIA

DRET PENAL: DELICTES CONTRA EL PATRIMONI. CAS 141 – B

Autor: Marc Foix Mayol

NIUB: 18071771

Tutor: Dr. Joaquim Bages

Curs: 2021-2022

ÍNDIX GENÈRIC

1. INTRODUCCIÓ	2
2. ANTECEDENTS FÀCTICS	3
3. DOCUMENTACIÓ	4
3.1. DOCUMENTACIÓ APORTADA	4
4. OBJECTE DEL DICTAMEN	4
4.1. QUESTIONS DE NATURESA SUBSTANTIVA.....	4
4.2. QUESTIONS DE NATURESA PROCESSAL	4
5. ANÀLISI JURÍDIC.....	5
5.1. POSSIBLE QUALIFICACIÓ JURÍDICO PENAL DELS FETS.....	5
5.2. DIFERÈNCIA DEL DOL PENAL I EL DOL CIVIL EN L'ESTAFA. DOCTRINA DELS NEGOCIS JURÍDICS CRIMINALITZATS	14
5.3. POSSIBLE RESPONSABILITAT PENAL DE LES PERSONES JURÍDIQUES IMPLICADES	16
5.4. DETERMINACIÓ DELS MARCS PENALS	25
5.5. DETERMINACIÓ DE LA EVENTUAL RESPONSABILITAT CIVIL	29
5.6. VIABILITAT DE L'ACCIÓ PENAL. VALORACIÓ DE LA SOLIDESA DELS INDICIS DE CRIMINALITAT	32
6. CONCLUSIONS	36
7. EMISSIÓ DEL DICTAMEN	39
8. BIBLIOGRAFIA.....	41
9. JURISPRUDÈNCIA APLICABLE	42
ANNEX.....	43

1. INTRODUCCIÓ

El present Dictamen Jurídic es configura com el meu Treball de Final de Màster que he de desenvolupar en el marc de la promoció 2020-2022 de la qual en formo part i que curso a la Universitat de Barcelona, concretament a la Facultat de Dret.

Per a l'elaboració del present Treball s'ha plantejat un supòsit de fet del qual se'n deriven qüestions de caire substantiu així com qüestions processals, totes elles eminentment relacionades amb el Dret Penal i que seran objecte d'estudi i anàlisi i que, per tant, tractaré de resoldre-les amb la major precisió i encert possible.

Per poder oferir un treball rigorós, el desenvolupament d'aquest i la resposta a les qüestions plantejades es basarà en l'estudi de les normes aplicables així com la jurisprudència existent. També serà objecte d'anàlisi articles doctrinals que puguin contribuir a oferir una resposta adequada a les qüestions plantejades en el supòsit de fet.

2. ANTECEDENTS FÀCTICS

Resulta necessari, primerament, exposar els fets a partir dels quals s'elaborarà el present Dictamen Jurídic.

- El dia 12/05/2016, les entitats FUTBOL CLUB BARCELONA (en endavant FCB) i DICEN PRESS, S.L. (en endavant DICEN), van atorgar un contracte en virtut del qual la primera s'obligava a pagar un total de 30.000€ a la segona a canvi de que aquesta, en les temporades 2015-2016 i 2016-2017, pogués inserir determinada publicitat i informació del club en el periòdic denominat "Decimos...".
- El FCB va procedir a l'abonament de les quantitats pactades però DICEN va incomplir la seva part del contracte. El periòdic "Decimos..." va deixar d'editar-se el dia 1/03/2016. La mercantil DICEN no va reemborsar en cap moment al FCB els diners percebuts. Mitjançant interlocutòria de 21/11/2017 es va decretar judicialment la insolvència en la que es trobava DICEN.
- El dia 3/06/2017, les entitats FCB i CRACK 10, S.L (en endavant CRACK 10), van atorgar un contracte en virtut del qual la segona es comprometia a pagar a la primera la suma de 385.150 euros a canvi de poder utilitzar, amb fins comercials, determinats espais preferents de les instal·lacions del club. El FCB mai va rebre cap pagament de CRACK 10. Per la seva part, CRACK 10 va interposar demanda civil contra el FCB al·legant que no havia satisfet els imports pactats per existir incompliment per part de FCB al haver cedit l'ús d'uns espais de categoria inferior a la convinguda.
- El 16/06/2020, es dicta interlocutòria d'admissió de la querella presentada pel FCB contra DICEN i CRACK 10 i contra els administradors de les mateixes.
- Entre les societats DICEN i CRACK existiria una estreta vinculació, com demostraria el fet de que el Sr. Alberto Madaula intervingués en la perfecció del contracte d'ambdues mercantils.

Exposats els fets, aquest Dictamen té per objecte oferir una resposta en defensa dels interessos de la mercantil CRACK 10 com a societat querellada.

3. DOCUMENTACIÓ

3.1. DOCUMENTACIÓ APORTADA

No s'ha aportat cap documentació per part de la societat CRACK 10.

4. OBJECTE DEL DICTAMEN

En relació als fets que s'han exposat i en virtut dels quals s'emet el present Dictamen, es plantegen les següents qüestions pel que fa a la societat querellada – CRACK 10 -, que es tractaran al llarg del present Dictamen.

4.1. QUESTIONS DE NATURALESA SUBSTANTIVA

- Possible qualificació jurídica-penal dels fets.
- Diferència entre el dol penal i el dol civil en el delictes d'estafa. Doctrina dels negocis jurídics criminalitzats.
- Possible responsabilitat penal de les persones jurídiques implicades.
- Determinació dels marcs penals.
- Determinació de l'eventual responsabilitat civil.

4.2. QUESTIONS DE NATURALESA PROCESSAL

- Viabilitat de l'acció penal. Valoració de la solidesa dels indicis de criminalitat.

5. ANÀLISI JURÍDIC

L'anàlisi jurídic del supòsit de fet tractarà de donar resposta, de forma individualitzada, a les diferents qüestions plantejades. Les primeres en ser analitzades seran les de naturalesa substantiva per, finalment, donar resposta a la qüestió de caire processal.

5.1. POSSIBLE QUALIFICACIÓ JURÍDICO - PENAL DELS FETS

L'objecte de la present qüestió plantejada es basa, lluny de prejutjar una hipotètica responsabilitat penal que difícilment se sostindrà, en determinar, observats els indicis, quin tipus penal podria arribar a encaixar amb els fets descrits i en analitzar quin serà l'àmbit del Codi Penal en el que ens haurem de situar.

Pels fets descrits pel client en el supòsit de fet, es desprèn que, si existís responsabilitat penal, aquesta derivaria de l'execució d'unes conductes que estan sancionades en el Títol XIII del Llibre II del Codi Penal sota la rúbrica de *Delictes contra el patrimoni i contra l'ordre socioeconòmic*.

En virtut d'allò exposat pel client serà determinant exposar-li quins son els delictes als quals es podria haver d'enfrontar així com el seu contingut, penalitat i possibilitats de condemna final.

Per poder esbrinar quin es el bé jurídic protegit en aquest Títol XIII hem de partir de la rúbrica esmentada on es cita el concepte de *patrimoni*. Com afirma el Sr. Francisco Muñoz Conde en el seu manual: *se puede definir el patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y deben ser valorables en dinero* (Conde, 2019, p. 344).

Tots els tipus delictius continguts en el Títol XIII son integrables a un mateix bé jurídic protegit que es el del patrimoni, alguns d'ells amb una eventual incidència en el que s'anomena com a *ordre socioeconòmic*.

Seguint la doctrina esmentada al manual (Conde, 2019, p. 348) i en atenció a la complexitat i a l'extensió dels delictes contra el patrimoni, es poden sistematitzar de la següent forma:

1. Delictes patrimonials d'enriquiment.

- 1.1. D'apoderament: Bé obtenint materialment una cosa moble (robatori, furt, furt d'ús de vehicle a motor), bé usurpant un dret real o cosa immoble (usurpació).

- 1.2. Defraudacions: Bé desenvolupant el frau o engany el paper rector (estafa, apropiació indeguda, defraudacions de fluït elèctric o similars), bé tenint un paper merament accessori (administració deslleial, insolvències punibles).

2. Delictes patrimonials sense enriquiment: danys.

Exposada la sistematització realitzada per l'autor citat, resulta necessari exposar-li al client que, desconeixent la tipificació dels fets realitzada a la querella, probablement aquesta gira en torn als delictes patrimonials d'enriquiment en la seva vessant de defraudacions (estafes, apropiacions indegudes, etc.). En atenció als fets relatats, s'han de descartar necessàriament els delictes d'apoderament de béns mobles i immobles i el delicte de danys.

Assumint aquesta tesi, s'exposaran a continuació les principals particularitats dels delictes patrimonials d'enriquiment en la seva vessant de defraudacions per tal d'esclarir si els fets poden encaixar en algun dels tipus penals. S'analitzaran, concretament, l'estafa, l'apropriació indeguda, l'administració deslleial i la insolvència punible.

Començant per **l'estafa** i pel seu bé jurídic protegit (Conde, 2019, p. 392), és el patrimoni aliè en qualsevol dels seus elements integrants, béns mobles o immobles, drets, etc., que poden constituir l'objecte material del delicte. Es defensa per la doctrina esmentada que això no vol dir que en l'estafa sigui el patrimoni com un tot el bé jurídic protegit, sinó que l'estafa només pot incidir en qualsevol dels elements integrants del patrimoni.

Quins son els elements que configuren el tipus objectiu del delicte d'estafa? Aquests son definits per la jurisprudència com aquell engany que produeixi error en una altra persona per induir-la a realitzar un acte de disposició en perjudici seu o aliè i, a més, ha de contenir determinats elements que s'han desglossat a nivell jurisprudencial (SJPN Sevilla 390/2013, de 24 d'octubre):

1. Engany precedent o concurrent, factor nuclear i substancial de l'estafa, producte de l'habilitat d'aquell que tracta d'aconseguir un benefici del patrimoni aliè.

2. L'engany ha de ser suficient i proporcional per a la consecució dels fins proposats. Ha de tenir l'adequada entitat (no s'hi val amb qualsevol engany) i, per tant, s'haurà de valorar la idoneïtat, en primer lloc, atenent a paràmetres objectius i, en segon lloc, atenent a les condicions personals del subjecte afectat i de les circumstàncies del cas concret.
3. Producció d'un error essencial en el subjecte passiu, que actua sota un desconeixement, que el porta a actuar sota una falsa pressuposició, a emetre una manifestació de voluntat partint d'un motiu viciat, per la qual es produeix un traspàs patrimonial.
4. Acte de disposició patrimonial que serà producte d'una actuació directa del propi afectat, conseqüència de l'error experimentat i, en definitiva, de l'engany inicial.
5. Nexe causal entre l'engany provocat i el perjudici experimentat en el que aquest darrer actua com a resultat del primer.

Sense ànim d'obrir un interessant debat doctrinal respecte dels elements que configuren el tipus objectiu de les estafes, i, concretament, en relació a l'element de l'engany, es podria plantejar si necessàriament el dol de l'agent ha de ser antecedent o concurrent en la dinàmica defraudadora, doncs la jurisprudència majoritària actual no contempla com a estafa aquells supòsits en els que l'engany aparegui amb posterioritat.

Pel que fa al tipus subjectiu del delictes d'estafa, aquest requereix:

1. Que existeixi un lucre econòmic per part del subjecte actiu. Aquest ànim d'enriquir-se de l'actor es la finalitat de l'autor de cometre el delictes.
2. Que existeixi dol, que ha de referir-se als elements objectius, és a dir, a l'engany, a l'error, a la disposició patrimonial i a la causació d'un perjudici.

L'estafa es consuma amb la producció del perjudici patrimonial; no es precís que s'hagi produït el corresponent benefici de l'actor. Existeix temptativa amb la realització de la conducta enganyosa i quan la intervenció judicial o policial, la interposició de demandes, etc., impedeixen oportunament el dany patrimonial (Conde, 2019, p. 399). Com s'apunta també en el manual referit, en les estafes contractuals es necessària la efectiva execució de les prestacions promeses per a la consumació del delictes.

Respecte de **l'apropiació indeguda**, i tal i com apunta la recent jurisprudència (STS 540/2019, de 31 d'octubre), el delictes d'apropiació indeguda es caracteritza per la transformació que el subjecte actiu fa convertint el títol inicialment legítim i lícit en titularitat il·legítima quan es trenca dolosament el fonament de la confiança que va determinar l'entrega del diner o efectes. Es senyala que es distingeixen dos moments en el *iter criminis*:

1. El moment inicial quan es produeix la recepció vàlida.
2. El moment subsegüent quan es produeix la apropiació amb ànim de lucre, d'allò rebut, el que constitueix una deslleialtat o incompliment de l'encàrrec rebut.

Es doctrina del Tribunal Suprem (STS 2182/2002, de 24 de maig) (STS 1289/2002, de 9 de juliol), que sosté que el títol pel qual es rep la cosa ha d'originar la obligació d'entregar-la o retornar-la al seu legítim propietari. És la mateixa jurisprudència la que disposa que la obligació sorgeix sota qualsevol relació jurídica que la generi, ja que els títols que el precepte relaciona específicament, com el depòsit, la comissió i la administració, no constitueixen un *numerus clausus* sinó una fórmula oberta com ho posa de manifest la propia expressió utilitzada en l'article *o per qualsevol altre títol que produeixi la obligació d'entregar-los o retornar-los*.

En suma, del que s'ha exposat es desprén que el tipus objectiu del delictes d'apropiació indeguda consisteix en actes d'apropiació de les coses, és a dir, a disposar d'aquestes com si fossin propies, transmutant la possessió lícita originària en una propietat il·lícita o antijurídica. Aquesta acció es pot portar a terme bé per actes positius de disposició de les coses o bé negant haver-les rebut (Conde, 2019, p. 408):

- Actes dispositius. No és suficient amb un simple mal ús diferent d'allò pactat sinó que es requereix vertaders actes d'apropiació. El que s'exigeix per la doctrina jurisprudencial per apreciar tals actes d'apropiació es que s'hagi superat el que es denomina com a *punt de no retorn*, és a dir, que es constati el moment en que s'aprecii una voluntat definitiva de no entregar-lo, retornar-lo o la impossibilitat de la mateixa (STS 105/2017, de 21 de febrer).

- Negar haver rebut les coses. Tal com apunta Conde en el seu manual, si es falta a la veritat negant haver rebut una cosa moble amb l'obligació de retornar-la, existeix una presumpció d'apropiació.

L'objecte material de l'apropiació, per tant, ha de ser una cosa moble (diners, efectes, valors, animals, etc.).

Respecte del tipus subjectiu del delicte d'apropiació indeguda s'exigeix aquí l'ànim de lucre referit a la intenció d'apropiar-se de la cosa: *animus rem sibi habendi*, o disposar d'ella sense les corresponents facultats per fer-ho. L'ànim de devolució posterior a l'apropiació no exclou el dol, però pot constituir el pressupòsit subjectiu de la impunitat per desistiment voluntari en les formes imperfectes d'execució o de l'atenuació en els casos de reparació del dany posterior a la consumació (Conde, 2019, p. 410).

Ja en el terreny de **l'administració deslleial**, el penúltim dels tipus delictius que s'analitzaran, es constitueix com un delicte "d'infracció dels deures", concretament dels que li correspon observar a qui administra un patrimoni aliè i, extralimitant-se, causa un perjudici o dany patrimonial, essent aquest darrer un element necessari, ja que estem davant un delicte de resultat (STS 970/2013, de 18 de desembre de 2012).

El subjecte actiu només pot ser qui, per disposició de la llei, per dictat d'una autoritat o per assumptió voluntària mitjançant un negoci jurídic, té facultats per administrar un patrimoni aliè. El subjecte passiu és el titular del patrimoni administrat, que pot ser tant una persona física com una persona jurídica.

L'objecte material pot ser no només coses mobles, per exemple els diners, sinó que l'article 252 es refereix a l'administració d'un "patrimoni", que es un concepte més ampli en el que s'ha d'incloure també immobles, valors, etc.

L'element nuclear es el terme "abús", que implica "extralimitar-se" o excedir-se, tal i com apunta l'article 252 del Codi Penal.

S'assumeix tant per la doctrina com per la jurisprudència – respecte del que implica "administrar deslleialment" – que la conducta típica que contempla l'article 252 CP sanciona als qui tenint facultats per administrar un patrimoni aliè, les executen excedint-se en l'exercici de les mateixes i, d'aquesta manera, causin un perjudici al patrimoni administrat.

Les referides facultats d'administració, tal i com indica el precepte, poden emanar de la llei, haver estat atribuïdes per l'autoritat o per haver-se assumit mitjançant un negoci jurídic.

Es tracta, doncs, d'una conducta il·lícita que es produeix "en el marc d'unes facultats d'administració atorgades com a conseqüència de la relació jurídica entre administrador i titular del patrimoni administrat" (Rivera, 2016, p. 330).

El nucli de la deslleialtat, com s'ha apuntat, resideix en el seu excés o abús però es fa necessari plantejar-se la següent reflexió: aquestes facultats atribuïdes als administradors o gestors, i que son susceptibles de ser excedides o abusades, son *in genere*? Podríem afirmar que no, sinó més aviat de les concretes de les que disposi l'administrador, en funció de la font jurídica de la que provinguin. No es poden incloure meres gestions errònies o poc encertades.

Tal com s'afirma per la doctrina, s'exigeix "exercitar de manera anormal o inadequada el dret subjectiu que s'ostenta, en el sentit contrari a la funció econòmica-social en la que s'emmarqui el dret subjectiu, en funció de la institució jurídica a la que es trobi lligada en l'exercici del concret dret subjectiu" (Rivera, 2016, p. 317).

Per tant, no es pot assumir la tesi de que tota acció de l'administrador, maldestre o equivocada i que causi perjudicis, pugui ser reputada com a constitutiva d'un delictes d'administració deslleial.

Respecte del tipus subjectiu, és necessari el dol, així que no s'inclouen aquí els supòsits de causació d'un perjudici econòmic a l'administrat per negligència. Tampoc s'exigeix un ànim de lucre propi o aliè (Conde, 2019, p. 415).

I, per finalitzar, resta per analitzar el tipus de les **insolvències punibles**.

Pel que fa al tipus objectiu, les conductes que es tipifiquen en el catàleg que es contempla en l'apartat 1 de l'article 259 CP, son, per una part, conductes de dany, destrucció o ocultació d'elements inclosos o que haurien d'estar inclosos en la massa del concurs, realització d'actes de disposició desproporcionats o operacions sense justificació econòmica, simulació de crèdits de tercers o reconeixement de crèdits ficticis, o participació en negocis especulatius; per altra part, es tracta d'infraccions com no portar la comptabilitat, o portar doble comptabilitat, o algun altre tipus d'irregularitats com

alterar o destruir els llibres comptables. S'afegeix a més "realitzar qualsevol altre conducta activa o omissiva que constitueixi una infracció greu del deure de diligència en la gestió d'assumptes econòmics i a la que sigui imputable una disminució del patrimoni del deutor o mitjançant la qual s'oculti una situació econòmica real del deutor o de la seva activitat empresarial.

Tal i com es desprèn de l'articulat, aquestes conductes adquireixen la seva rellevància penal en la mesura en que el deutor es troba en una situació "d'insolvència actual o imminent" però en l'apartat segon de l'article 259 CP es castiga amb les mateixes penes "a qui, mitjançant alguna de les conductes a que es refereix l'apartat anterior, causi la seva situació d'insolvència".

Per insolvència haurà d'exigir-se alguna cosa més que una momentània o inclús reiterada cessació de pagaments, que pot donar-se en un moment de crisi econòmica del deutor. S'exigeix la creença generalitzada de que una persona es troba en una situació econòmica tal que no pot respondre de l'incompliment de les seves obligacions amb els seus propis béns presents i futurs (Conde, 2019, p. 429).

Com afirma la doctrina, es tracta d'una dada fàctica que no necessita especial declaració. La insolvència tal i com aquí es considera pot ser real o aparent, total o parcial, resulta suficient la creença generalitzada de que el deutor no podrà respondre amb el seu patrimoni per l'incompliment de les seves obligacions. Per aplicar l'article 259.2 CP s'haurà de demostrar que les conductes tipificades en l'apartat 1 han causat aquesta insolvència (Conde, 2019, p. 430).

Respecte del tipus subjectiu, les conductes tipificades en l'article 259.1 i 2 CP són conductes doloses. La conducta tipificada en el 259.3 CP castiga amb una pena menor la realització dels fets citats *per imprudència*.

Arribats en aquest punt, s'han analitzat – en atenció als fets descrits pel client – els possibles tipus delictius que, eventualment, podrien encaixar amb les conductes descrites. Recapitulant, s'ha apuntat que, en cas d'existir responsabilitat penal, aquesta derivaria d'una conducta tipificada com a delictes contra el patrimoni i l'ordre socio-econòmic. És per aquest motiu que s'han analitzat els diferents tipus delictius que podrien imputar-se al client, descartant d'inici els delictes d'apoderament i centrant-se en els delictes de defraudació (descartant també el delictes de defraudació de fluids).

En el marc de les defraudacions, s'ha centrat l'anàlisi en l'estudi de l'estafa, l'apropiació indeguda, l'administració deslleial i les insolvències punibles.

Resulta important remarcar que aquesta part desconeix quins son els delictes que s'imputen a la meva clienta a través de la querella, de la mateixa manera que tampoc existeixen suficients indicis que puguin acreditar cap vinculació de la societat CRACK 10 amb la societat DICEN, motius que s'esgrimiran com a defensa en l'apartat d'aspectes processals (valoració de la viabilitat de l'acció penal i valoració de la solidesa dels indicis de criminalitat). Tot i així, i per a prevenir-se de cap mal major, s'ha assumit com a cert que la part contrària tractarà d'acreditar tal vinculació, així que sota aquesta premissa es realitzarà la valoració de la possible qualificació jurídica-penal dels fets.

En atenció a l'estudi individualitzat de cada un dels tipus delictius, es considera necessari puntualitzar que, d'entrada, no es veu factible, en termes jurídics, tipificar els fets com a una administració deslleial o bé una insolvència punible. Els motius s'exposaran a continuació.

Respecte de l'administració deslleial, tot recordant el subjecte actiu que exigeix el tipus penal, requereix que sigui aquell que, per disposició de la llei, per dictat de l'autoritat o per assumpció voluntària mitjançant un negoci jurídic, tingui facultats per administrar un patrimoni aliè. Per *patrimoni* ja s'ha apuntat que es refereix a l'administració d'un patrimoni en sentit ampli, en el que s'haurà d'incloure tant els béns mobles com els immobles, valors, etc.

En el cas que ens ocupa, i assumint la eventualitat de que existeixi un vincle entre les dues societats querellades, no podem afirmar que estiguem davant una administració d'un patrimoni aliè per part de les referides societats. El que trobem per part de la mercantil DICEN es una retribució econòmica al seu favor com a contraprestació del compliment d'uns determinats serveis en el marc d'un contracte que varen contraure les parts i que, indicatiàriament, segons els fets descrits, es van incomplir. El que no ha existit en cap cas és una cessió de les facultats d'administració del patrimoni de la mercantil FCB a favor de DICEN i que aquesta hagi abusat de les mateixes en perjudici de la primera.

Respecte de la societat CRACK 10 ni tan sols va existir una transferència econòmica en favor seu, doncs el contracte tenia per objecte, per part de la societat querellada, el compromís de pagar 385.150 euros en favor de FCB a canvi de que aquesta cedís

determinats espais per a usos comercials, un contracte que previsiblement va ser incomplet i es va presentar demanda civil per part de la mercantil aquí querellada.

En definitiva, no pot entendre's que concorri el tipus de l'administració deslleial perquè no existeix un *administrador* ni tampoc un *administrat*, doncs no s'atorga cap facultat d'administració de cap patrimoni en favor de ningú.

Respecte de les insolvències punibles, no pot estimar-se que concorri, ja que no es compleixen els requisits del tipus objectiu, a saber, el que realitzi les conductes citades per l'article 259 CP en la mesura en que el deutor es troba en situació d'insolvència actual o imminent o bé el que, mitjançant alguna de les conductes referides, causi la seva situació d'insolvència. En relació amb la societat CRACK 10 no es desprèn del cas pràctic cap situació d'insolvència actual o imminent ni tampoc que, a través de les conductes referides en l'article 259 CP hagi de causar tal situació econòmica. Si bé es cert que existeix un incompliment pel que fa a l'abonament de les quantitats pactades, en la demanda presentada s'esgrimeix com a motiu el fet que la societat FCB des d'un inici no va complir amb les seves obligacions. A més, ja s'ha apuntat també que per insolvència haurà d'entendre's alguna cosa més que la momentània o inclús reiterada cessació de pagaments.

Assumint novament que existeixi un estret vincle entre ambdues societats, una possible insolvència punible a DICEN no seria també imputable a la societat CRACK 10, doncs es tracta de dos societats que indiciàriament tenen en comú exclusivament al Sr. Albert Madaula (administrador únic de DICEN) però tot indica a que es configuren com dos cossos societaris independents i individualitzats i que, per tant, una pot complir amb el tipus delictiu i l'altre no, en funció de les actuacions que portin a terme cadascuna.

En conclusió, queda clar que la possible qualificació dels fets podria desembocar en un delictes d'estafa i en un delictes d'apropiació indeguda i, es per això, que no seria sorprenent que la querella, la qual aquesta part desconeix, adoptés uns postulats similars.

En apartats següents i, sobretot, en el de la viabilitat de l'acció penal i la valoració dels indicis, s'analitzarà si, tot i aquesta qualificació, hi ha risc d'haver d'assumir responsabilitats penals i civils. Aquest apartat ha de servir per situar al client i per donar-li a conèixer els possibles delictes pels quals es querellaran.

5.2. DIFERÈNCIA DEL DOL PENAL I EL DOL CIVIL EN L'ESTAFA. DOCTRINA DELS NEGOCIS JURÍDICS CRIMINALITZATS

El Tribunal Suprem ve a considerar que la frontera entre el dol penal i el dol civil constitueix una qüestió de tipicitat penal, de forma que només es podrà parlar d'estafa quan la conducta desenvolupada pugui ser incardinada en l'àmbit típic de la figura delictiva de l'estafa.

Així ho disposa la STS 2051/1992 de 29 de setembre que estableix que *la distinció o línia divisòria entre dol civil i dol penal consisteix precisament en el criteri de la tipicitat, això es, si el comportament que es jutja es pot encaixar en un precepte penal el dol serà d'aquesta naturalesa i en els demés casos s'estarà en presència de l'anomenat dol civil.*

Tant la jurisprudència (STS 1045/1994, de 13 de maig) com la doctrina (Vílchez, 2018), estableixen que la qüestió resideix en analitzar si l'engany és *suficient* com per produir error en el subjecte passiu i, per tant, ser el motiu per el qual aquest realitza l'acte de disposició patrimonial en perjudici seu o d'un tercer. S'apunta que si la intenció d'incomplir existeix des d'un principi de la relació contractual, es parlarà d'estafa, mentre que si apareix amb posterioritat no existirà tal delictes sinó un incompliment que derivarà en responsabilitats en l'àmbit civil. És aquí on es conceptualitza el que s'anomena com a *negoci jurídic criminalitzat*, ja que aquest serà l'element clau i nuclear de l'estafa, que ens diferenciarà respecte d'un incompliment contractual amb efectes exclusivament civils.

S'estarà davant un negoci jurídic criminalitzat quan el subjecte actiu del delictes coneix des de l'inici que no podrà complir amb la seva prestació i simulant el contrari, origina un error en la contrapart, que compleix amb la seva prestació, el que produeix un desplaçament patrimonial que consuma el delictes. La modalitat dels negocis criminalitzats és aquella en la que l'esquer o l'estímul que utilitza el defraudador és el propi contracte, amb aparença de regularitat, a través del qual i prèviament l'estafador pensa aprofitar-se econòmicament del compliment de l'altre i del seu propi incompliment (Interlocutòria del Jutjat de 1^a Instància i Instrucció n^o 4 de Navacarneiro, de 15 de febrer 2017).

Aquesta conducta fraudulenta, per donar lloc a l'estafa i, per tant, poder referir-nos a dol penal, haurà d'haver estat dissenyada o planificada amb anterioritat a la formalització de

la relació contractual, ja que si s'ha maquinat amb posterioritat, estarem davant un dol civil que despendrà efectes davant la jurisdicció civil.

Tot i estar davant un negoci jurídic criminalitzat, com ha de ser aquest engany per poder parlar d'estafa? Com ja s'ha apuntat, s'ha d'estar davant un engany suficient, objectivament idoni per a produir l'error que sigui el causant de l'acte de disposició tenint en compte les circumstàncies concurrents al fet, les circumstàncies del subjecte – víctima i els elements que donen lloc a la conducta enganyosa.

Ha d'existir un nexa d'imputació objectiva entre l'acció enganyosa i el resultat del perjudici patrimonial, el que és el mateix, examinada l'acció enganyosa, és objectivament previsible que es produís el resultat del desplaçament patrimonial per error en la víctima (Vílchez, 2018).

L'estudi de l'engany suficient serà casuístic i haurà de contemplar-se, en tot cas, els elements de la pròpia conducta, les característiques de la víctima, les relacions entre aquesta i el defraudador i els mitjans o formes de realitzar la conducta enganyosa.

Per això, a l'hora de qualificar l'engany com a suficient o no, haurà de determinar-se la diligència del subjecte – víctima (Vílchez, 2018). S'estableix que si amb una diligència adequada es pot advertir l'engany i, conseqüentment no realitzar l'acte de disposició patrimonial en perjudici propi o aliè, no cabria imputar objectivament el resultat al comportament enganyós de l'autor i no s'hauria comès el delictes d'estafa. És el que s'anomena deure d'autoprotecció de la víctima. No existirà delictes d'estafa quan el nivell d'autotutela o autoprotecció de la víctima és nul o totalment escàs.

En resum i atenent a la important – i recent – sentència del Tribunal Suprem (STS 758/2021, de 7 d'octubre) *la preexistència de l'engany i la seva eficàcia causal per a l'obtenció del desplaçament patrimonial constitueixen exigències de tipicitat. L'absència d'una o una altra desplaça la intervenció penal i obliga a dirigir-nos a les regles civils per a la reparació del dany o el perjudici causat.*

Segueix apuntant la citada sentència que *la frontera entre l'il·lícit penal i el civil, es situa en les exigències de l'estricta tipicitat que concorren en el primer. No tot incompliment, per tant, de les obligacions civils esdevenen delictes d'estafa si no s'acredita la preexistència d'un pla incomplidor i la posada en escena enganyosa com factor causal del desplaçament*

patrimonial. La criminalització del negoci exigeix identificar que, en efecte, es pugui excloure l'existència de causa negocial en els termes exigits en l'article 1275 CC, en quant el defraudador contemplava des d'aquell precís moment l'incompliment de les obligacions que contraïa.

I, darrerament i molt important, la sentència apunta també en el mateix sentit que encara quan es produeixi una greu lesió patrimonial per incompliment culpable de l'obligat a satisfer la contraprestació o, inclòs, quan en la pròpia conducta incomplidora s'individualitzi la presència d'elements enganyosos si no s'acredita que la disposició patrimonial va ser conseqüència directa i exclusiva de l'engany previ, la lesió del sinalagma adquireix una transcendència civil.

Per tant, i tal i com s'ha relatat i especificat al llarg d'aquest epígraf, per poder diferenciar quan estem davant un dol civil o un dol de caràcter penal haurem d'observar l'existència o no d'un pla incomplidor amb caràcter previ a la relació contractual i que aquest, en cas d'existir, s'hagi executat mitjançant un engany que ha de reunir el caràcter de *suficient*, ja que no tot engany serà hàbil per poder justificar un posterior error de la víctima.

5.3. POSSIBLE RESPONSABILITAT PENAL DE LES PERSONES JURÍDIQUES IMPLICADES

Per a poder determinar que existeix una responsabilitat penal de les persones jurídiques haurem d'analitzar quins són els requisits per a que això succeeixi, en atenció al que es va establir al Codi Penal en la seva reforma de l'any 2010.

En primer lloc, però, haurem de determinar qué s'entén per "persona jurídica". És la primera dificultat que ens trobem i es que és tracta d'una norma penal en blanc, ja que no existeix definició de tal concepte al Codi Penal i haurem d'acudir a una norma extrapenal per tal de construir la definició de persona jurídica.

El Codi Civil, en el seu article 35, ens estableix la definició de persona jurídica i el Tribunal Suprem, en la seva Sentència de 30 de desembre de 1975, senyala que respecte de la naturalesa de les persones jurídiques, *són aquells ens col·lectius als que se li reconeix una capacitat de dret patrimonial, per a la consecució d'una finalitat social durable i*

permanent; en harmonia amb aquesta orientació legislativa, el nostre Codi Civil, els hi reconeix una capacitat anàloga a la de les persones individuals.

En aquest sentit, l'article 33 de la Llei de Societats de Capital estableix que és amb la inscripció quan les societats de capital adquireixen personalitat jurídica. Tot i així, es discuteix si la inscripció és un requisit fonamental per a adquirir la personalitat jurídica. El Jutjat de lo Mercantil de Múrcia (SJM núm. 2 de Múrcia de 7 d'octubre de 2015) va interpretar com, si bé una societat limitada no adquireix plena personalitat jurídica fins al moment de la inscripció de l'escriptura pública de constitució, *el cert és que des de l'escriptura de constitució adquireix certa personalitat jurídica.*

Quines són les vies d'atribució de la responsabilitat penal a les persones jurídiques? Tal i com es desprèn de la doctrina (Almirón, 2017) la via d'imputació de la persona jurídica després de la reforma 1/2015 és doble, per una banda, la responsabilitat penal pot sorgir dels delictes comesos en nom o per compte de les mateixes, i en benefici – directe o indirecte -, pels seus representats legals, autoritzats per a prendre decisions en nom propi -individual o col·legiadament -, i aquells individus que ostentin facultats d'organització i control dins la mateixa. I, per altra banda, la responsabilitat pot originar-se pels actes comesos per altres persones que estiguin sotmeses a l'autoritat de les anteriors, quan s'hagin incomplert de forma greu els deures de supervisió, vigilància i control.

Qualsevol atribució de la responsabilitat penal implica la prèvia constatació de la comissió en seu empresarial d'un delicte per part d'una persona física, i, per altra banda, obliga a determinar l'existència o no de mesures de control dins de la persona jurídica per a prevenir de forma eficaç la comissió de delictes pels qui integren la organització. És el que s'ha vingut a senyalar com *una cultura de respecte al dret.*

Quins són els subjectes que poden transferir responsabilitat penal a la persona jurídica? Són tres les persones que poden transferir tal responsabilitat a la persona jurídica (Almirón, 2017). Per una banda, es refereix als representants legals. La LSC defineix als administradors com les persones competents per a portar la gestió i representació de la societat.

En segon lloc, també poden transferir la responsabilitat aquells que estiguin *autoritzats* a prendre decisions en nom de la persona jurídica. El concepte estaria format per aquelles

persones apoderades, consellers delegats o assimilats a l'administrador. Aquí també s'inclourien els administradors de fet (Almirón, 2017).

Per últim i en tercer lloc, pel que fa a les persones susceptibles de transferir responsabilitat a la persona jurídica es troben aquelles persones que dins l'empresa ostenten facultats d'organització i control. S'engloben aquí directius, personal intermedi que pel seu treball ostenti facultats de control, i que per tant tenen un deure *in vigilando*. En aquesta categoria es podria incloure el que es coneix com a compliance officer (STS 1193/2010, de 24 de febrer.).

És transcendental destacar que la responsabilitat de la persona jurídica no exclou la responsabilitat que tingui la persona física, ni viceversa. Així, el Tribunal Suprem ha senyalat que *la responsabilitat criminal de les persones jurídiques no equival a una causa d'exclusió o desplaçament de la responsabilitat criminal en que hagi pogut incórrer la persona física autora de l'il·lícit penal*. En el mateix sentit apunta que *no es tracta de dos gèneres de responsabilitats criminals excloents, sinó diferents en les seves formes de naixement, en els seus pressupostos i en la seva pròpia existència*.

Quins son els delictes atribuïbles a les persones jurídiques? Ens trobem amb un *numerus clausus* de delictes i que, als efectes del present dictamen, no es considera rellevant esmentar-los tots, si bé destacar que tant el delicte d'estafa com el delicte de les insolvències punibles estan contemplats en el llistat que ens ofereix el Codi Penal. Resulta rellevant advertir que no apareix en aquest *numerus clausus* el delicte d'apropiació indeguda i en atenció a la prohibició d'una aplicació extensiva o analògica de la incriminació de les persones jurídiques a casos no previstos expressament, la societat CRACK 10 no podrà ser querellada per tal tipus delictiu (si pel tipus de l'estafa, eventualment).

Ara sí, passem a observar quins son els pressupostos per atribuir responsabilitat penal a la persona jurídica.

A. L'actuació en nom o a compte de la societat o en l'exercici d'activitats socials

S'inclouen aquí aquelles conductes delictives realitzades ja sigui en nom de la societat o bé per compte propi de les mateixes. També s'engloben aquí aquelles conductes realitzades per les persones sotmeses a l'autoritat de les persones físiques mencionades a l'article 31 bis a).

B. El benefici directe o indirecte

El Tribunal Suprem (STS 154/2016, de 29 de febrer) ha definit que el concepte de benefici està referit a *qualsevol tipus d'avantatge, incloent el de mera expectativa o referida a aspectes com la millora de posició respecte d'altres competidors, etc., profitosa per al lucre o per la mera subsistència de la persona jurídica l'àmbit de la qual el delicte del seu representant, administrador o subordinat jeràrquic es comet.*

Tal i com apunta la Circular 1/2016 (Fiscalía General del Estado, 2016) no és necessari que s'arribi a produir *de facto* el resultat buscat, essent suficient que la persona física busqui un benefici directe o indirecte de la societat. Només quedaran excloses aquelles conductes a través de les quals la persona física busca el seu exclusiu i propi benefici o d'un tercer, i que resultin inidònies per a reportar beneficis a la societat. Per tant, haurem d'acudir a valorar si la conducta es idònia o no per a reportar un benefici a la mateixa. Podria donar-se la casuística que una persona física actués i aconseguís un benefici per a si mateixa, a conseqüència d'una falta de control, però que aquella activitat no fos idònia per a produir un benefici a la societat. En aquest cas, tot i haver-se exercit de forma imprudent la vigilància o control, la persona jurídica no tindria responsabilitat.

El determinar la idoneïtat o no de l'acció, i en conseqüència el seu caràcter beneficiós, haurà de fer-se des d'una perspectiva objectiva i hipotèticament raonable, sense tenir en compte el resultat (si ha existit o no benefici), ni tampoc exigir un element subjectiu especial a l'autor d'obrar amb la finalitat de beneficiar a la persona jurídica (Fiscalía General del Estado, 2016). En aquest sentit, disposa que *si la societat té l'expectativa d'obtenir, o obté, un benefici del tipus que sigui, es tracti d'un guany, de l'evitació d'una pèrdua o l'estalvi d'un cost, etc., es complirà l'exigència encara quan la persona física hagi actuat pel seu exclusiu i propi interès personal o en interès d'una minoria dels membres de la persona jurídica.*

C. Incompliment greu dels deures de supervisió, vigilància i control

Es configura com el tercer dels elements per poder atribuir responsabilitat penal a les persones jurídiques. Només existirà la qual quan s'hagi produït un incompliment greu dels deures de supervisió, vigilància i control de la seva activitat, sempre atenent a les circumstàncies de cada cas.

La transferència de responsabilitat es motivaria quan les persones físiques cometen el delicte i les persones encarregades de supervisar, vigilar i controlar la seva activitat, d'una manera dolosa o imprudent, no han exercit aquells controls necessaris. Si aquests deures son incomplets de forma greu podrien donar lloc a un segon tipus d'imputació, ja que la persona encarregada de vigilar podria estar cometent, al seu temps, un delicte de comissió per omissió (Almirón, 2017).

L'incompliment ha de ser greu, quedant exclosos, per tant, aquells incompliments que tenen un caràcter lleu, que quedaran fora del camp de la responsabilitat penal de la persona jurídica. Tots aquells incompliments menys greus o lleus hauran de ser castigats conforme la legislació mercantil o legislació administrativa (Almirón, 2017).

Abans d'analitzar la possible responsabilitat penal de la societat CRACK 10, és necessari analitzar la culpabilitat de la persona jurídica en general, ja que tal i com ha declarat el Tribunal Constitucional (STC 246/1991, de 19 de desembre) en alguna ocasió, a les persones jurídiques els hi manca l'element volitiu, havent d'aplicar-se l'element de la culpa de forma diferent al cas d'una persona física *per la naturalesa de ficció jurídica d'aquests subjectes*.

Per al Tribunal Suprem (STS 154/2016, de 29 de febrer), a nivell penal, la culpabilitat ve atribuïda per un doble caràcter, la prèvia comissió del delicte per la persona física i l'existència o no de mesures eficaces de control. Així, constatada la comissió d'un delicte per una persona física, hauria de determinar-se si aquest delicte s'ha comès per la inexistència d'una correcte adopció de les mesures específiques de vigilància i control encaminades a la prevenció dels delictes.

Com apunta la Interlocutòria del Jutjat d'Instrucció nº 2 de Pamplona (JI núm. 2 Pamplona, 11 de gener de 2015), en el cas Osasuna, *quan es demostrí que, conforme un judici "ex ante", les mesures de control i el codi de bon govern corporatiu eren adequats i*

s'ha complert amb el deure de diligència exigint per evitar els riscos penals i, tot i així, els directius o empleats han comés un delictes, no es podrà considerar autor dels mateixos a la persona jurídica, so pena d'infringir manifestament el principi de culpabilitat que recullen els articles 5 i 10 del Codi Penal i d'adoptar un criteri completament absurd, des del punt de vista de la finalitat preventiva del Dret Penal, ja que seria indiferent que la persona jurídica hagués adoptat o no mesures preventives, el que no tindria cap sentit, desincentiva les polítiques preventives empresarials o socials i provoca injustícies patents.

Analitzats tots els aspectes referits, és el torn d'esbrinar si podria concórrer responsabilitat penal en les persones jurídiques implicades. Per a resoldre aquesta qüestió s'estudiaran els requisits establerts en el present epígraf. La resposta final no es pot assumir com a vinculant i és susceptible de ser modificada, ja que aquesta part no compta amb molta informació transcendental – com s'indicarà –, que pot fer variar algunes consideracions.

En primer lloc cap preguntar-se si estem davant una societat amb suficient personalitat jurídica per tal de poder respondre penalment dels seus actes. En aquest sentit, es dona per afirmativa aquesta qüestió i es considera que la societat compleix amb el que es disposa a l'article 33 de la Llei de Societats de Capital.

En segon lloc, hem d'esclarir qui comet l'eventual delictes. Del supòsit de fet es desprèn que probablement els autors (persones físiques) dels fets són tant el Sr. Albert Madaula com a administrador únic de DICEN com el Sr. Ignasi Josep Alentorn en qualitat d'administrador únic de CRACK 10. En virtut d'allò exposat amb anterioritat, els administradors d'una societat poden configurar-se com a potencials subjectes que transfereixen a les persones jurídiques responsabilitats penals, ja que es tracta de càrrecs societaris que estan autoritzats per a prendre decisions en nom de la mateixa. En aquest cas, tant el Sr. Madaula com el Sr. Alentorn actuaven com a subjectes amb poder de decisió respecte de les corresponents mercantils i, en conseqüència, si es podria produir una transferència de responsabilitat a les persones jurídiques implicades.

Tot i que s'ha fet referència amb anterioritat, les persones jurídiques només respondran respecte d'aquells delictes que estiguin taxats en el *numerus clausus* existent. Refrescant allò mencionat i en atenció a l'àmbit dels delictes contra el patrimoni, les persones jurídiques podrien ser condemnades pels delictes d'estafa o el de les insolvències

punibles. S'exclou del llistat el delictes d'apropiació indeguda i el d'administració deslleial, analitzats amb anterioritat, així com la resta dels tipus contemplats en l'àmbit dels delictes contra el patrimoni, és per això que davant una hipotètica responsabilitat penal, aquesta s'haurà d'ajustar bé sigui pel tipus de l'estafa o bé pel tipus de les insolvències punibles.

Aquesta part vol aprofitar l'avinentesa per destacar que, si bé amb anterioritat s'havia afirmat que el delictes d'apropiació indeguda era un dels possibles escenaris a contemplar en la querella, aquest ha de ser descartat en aquest epígraf donat que no es contempla en el *numerus clausus* referit. Això, en conseqüència, referma la nostra convicció que els querellants hauran (o haurien) de querellar-se pel tipus de l'estafa, exclusivament.

El següent pas consistirà en esbrinar si ha existit benefici directe o indirecte per a la societat. Tant aquest punt com el següent (analitzar si ha existit un incompliment greu dels deures de supervisió, vigilància i control) es basaran en meres hipòtesis, ja que aquest dictamen es realitza i s'emet en un moment processal extremadament preliminar, amb informació escassa com per extreure'n conclusions fermes.

Dit això, el primer dubte que ens plantejem és el de si ens hem de moure en el terreny d'una coautoria o bé en el de dues conductes individualitzades amb unes imputacions de fets i delictes individualitzats. Com no disposem d'aquesta informació, tractarem de donar resposta a ambdós escenaris.

En primer lloc, assumint que pot existir una coautoria entre les societats DICEN i CRACK10, és evident que, de tractar-se d'una conducta delictiva per part de la persona física, existeix una expectativa de beneficis de cara a les societats, encara que aquest no sigui esperat o buscat per les mateixes. Recordem que hi ha un pagament de 30.000€ a favor de DICEN amb un incompliment contractual per part d'aquesta última donat que sembla que el diari "Decimos" es va deixar d'editar el dia 1 de març de 2016. A simple vista sembla que l'activitat de rebre uns diners sense complir amb la prestació acordada es idònia per generar un benefici directe cap a la societat DICEN. Assumint que hi ha col·laboració entre les dues societats, si es demostrés un pla d'acció conjunt, probablement seria possible acreditar que per part de CRACK10 també existia una expectativa de benefici.

En cas de no al·legar coautoria i, per tant, individualitzar fets, conductes i tipus delictius, també podria existir una expectativa de benefici per part de la societat CRACK 10, sense perjudici de la no concurrència del tipus de l'estafa per inexistència dels elements objectius del delictes.

Cal recordar que, es desprèn del supòsit de fet, que CRACK 10 es comprometia a pagar 385.150€ a canvi de poder utilitzar, amb finalitats comercials, determinats espais preferents de les instal·lacions del FCB (concretament, el Camp Nou) i que finalment no va abonar-ho. En aquest sentit, i tal i com s'ha mencionat amb anterioritat, l'estalvi de costos també es configura com una expectativa de benefici, encara que sigui indirectament. El que sembla difícil de negar és que, gaudir d'unes instal·lacions, tot i que no s'ajustin a allò pactat, sense abonar cap contraprestació a canvi, constitueix un estalvi de costos o qualsevol altra modalitat de benefici indirecte, però en qualsevol cas es compleix amb el requisit exigint per poder atribuir-li responsabilitat penal a la persona jurídica.

Darrerament, és transcendental analitzar si s'ha produït un incompliment greu en els deures de supervisió, vigilància i control per part de les persones jurídiques implicades. En aquest punt, també es considera rellevant distingir entre si s'assumeix una coautoria o alguna altra fórmula de col·laboració o bé si s'ha actuat de forma individual i separada. També és necessari apuntar que aquesta part no disposa de la documentació necessària en relació als possibles programes de prevenció de riscos penals (o compliance program) i que aquests seran sol·licitats al client, ja que es tracta d'elements clau per tal de determinar si acabarà havent-hi transferència de responsabilitats a les societats en funció de les conductes adoptades.

En cas d'assumir una coautoria es planteja la problemàtica de com es pot transferir responsabilitats penals per part del Sr. Madaula cap a la societat CRACK10. Es tracta de l'administrador únic de la societat DICEN, en principi, societat independent de CRACK10, amb els seus propis estatuts socials i normes de funcionament. És per això el Sr. Madaula no està subjecte als programes de compliance adoptats per CRACK 10 i no se li pot exigir a aquesta una supervisió, control o vigilància respecte de les activitats portades a terme pel Sr. Albert Madaula, ja que estarà subjecte a les normes de conducta de DICEN. En conseqüència, no considerem idoni realitzar una valoració dels plans adoptats a

CRACK10 en relació a les conductes efectuades per l'administrador únic d'una altra societat. No pot haver-hi transferència de responsabilitat en aquest supòsit, doncs l'esfera jurídica del Sr. Madaula escapa del control del nostre client (Crack 10).

Respecte del Sr. Ignasi Josep Alentorn, aquest si es troba dins el control, supervisió i vigilància de CRACK10 en tant que considerat administrador únic de la mateixa. En aquest cas si serà clau el determinar quines son les mesures adoptades per la mercantil i, si aquestes són suficients, se li eximirà de responsabilitat. Si resulten insuficients i, per tant, s'estima que hi ha hagut un incompliment greu, es perfeccionarà la transferència de responsabilitat.

Com no disposem dels programes de prevenció de riscos penals elaborats per CRACK10, se li sol·licitarà que ho porti immediatament per tal d'analitzar-los en profunditat. Què és el que volem saber, exactament?

- Es vol conèixer si existeix una identificació dels riscos en tots aquells àmbits d'actuació on es puguin cometre delictes.
- Conèixer si s'han establert protocols i procediments adequats per a la presa de decisions i execució de les mateixes en cada nivell de responsabilitat, sota la supervisió d'un òrgan de control (*compliance officer*).
- Si s'ha dissenyat i implementat un model de gestió dels recursos financers i econòmics adequats.
- Si s'ha implementat un canal de comunicació intern eficaç que comuniqui qualsevol risc a l'òrgan de control (el que es coneix com a whistleblowing).
- Si s'ha establert un sistema disciplinari que sancioni adequadament qualsevol incompliment.

Analitzada la informació un cop se'ns hagi facilitat, es podrà determinar amb major precisió si s'ha produït un incompliment o no en les tasques de control i, en conseqüència, si la persona jurídica acabarà responnent o no penalment.

Fins aleshores, no es pot adoptar una decisió definitiva, però el que si es pot afirmar, prudentment, és que, en cas que s'estimés la concurrència del tipus de l'estafa (fet improbable a valoracions d'aquesta part) no pot descartar-se de pla una transferència de responsabilitat a les persones jurídiques, ja que, com s'ha observat, es compleix amb els requisits exigits, això si, a falta de conèixer quines mesures de control, supervisió i

vigilància s'han adoptat per part de CRACK10, aspecte que, sense dubte, serà essencial per adoptar una defensa clara.

5.4. DETERMINACIÓ DELS MARCS PENALS

L'article 33.7 del Codi Penal preveu les següents penes:

- Multa per quotes o proporcional.
- Dissolució de la persona jurídica. La dissolució produirà la pèrdua definitiva de la seva personalitat jurídica, així com la de la seva capacitat d'actuar de qualsevol manera en el trànsit jurídic, o portar a terme qualsevol classe d'activitat, encara que sigui lícita.
- Suspensió de les seves activitats per un termini que no podrà excedir de cinc anys.
- Clausura dels seus locals i establiments per un termini que no podrà excedir de cinc anys.
- Prohibició de realitzar en el futur les activitats en l'exercici del qual s'hagi comés, promogut o encobert el delictes. Aquesta prohibició podrà ser temporal o definitiva. Si fos temporal, el termini no podrà excedir de quinze anys.
- Inhabilitació per a obtenir subvencions i ajudes públiques, per a contractar amb el sector públic i per a gaudir de beneficis o incentius fiscals o de la Seguretat Social, per un termini que no podrà excedir de quinze anys.
- La intervenció judicial per a salvaguardar els drets dels treballadors o dels creditors pel temps que s'estimi necessari, que no podrà excedir de cinc anys.

Establertes les penes susceptibles de ser imposades a les persones jurídiques, quines son les regles de determinació de la pena? Per a poder donar resposta a tal plantejament haurem d'observar l'article 66 bis del Codi Penal, que conté les regles d'individualització de les penes específicament previstes per a les persones jurídiques. D'acord amb aquest precepte:

En l'aplicació de les penes imposades a les persones jurídiques s'estarà a allò que es disposa en les regles 1ª a 4ª i 6ª a 8ª del primer número de l'article 66, així com a les següents:

1a. En els supòsits en els que vinguin establertes per les disposicions del Llibre II, per a decidir sobre la imposició i la extensió de les penes previstes en les lletres b) a g) de l'apartat 7 de l'article 33 haurà de tenir-se en compte:

a) La seva necessitat per a prevenir la continuïtat de l'activitat delictiva o dels seus efectes.

b) Les seves conseqüències econòmiques i socials, especialment els efectes pels treballadors.

c) El lloc de treball que en l'estructura de la persona jurídica ocupa la persona física o òrgan que va incomplir el deure de control.

2a. Quan les penes previstes a les lletres c) a g) de l'apartat 7 de l'article 33 s'imposin amb una durada limitada, aquesta no pot excedir la durada màxima de la pena privativa de llibertat prevista per al cas que el delicte sigui comès per una persona física.

Per imposar les sancions previstes a les lletres c) a g) per un termini superior a dos anys és necessari que es doni alguna de les dues circumstàncies següents:

a) Que la persona jurídica sigui reincident.

b) Que la persona jurídica s'utilitzi instrumentalment per a la comissió d'il·lícits penals. S'entén que s'està davant d'aquest últim supòsit sempre que l'activitat legal de la persona jurídica sigui menys rellevant que la seva activitat il·legal.

Quan la responsabilitat de la persona jurídica, en els casos que preveu la lletra b) de l'apartat 1 de l'article 31 bis, derivi d'un incompliment dels deures de supervisió, vigilància i control que no tingui caràcter greu, aquestes penes tenen en qualsevol cas una durada màxima de dos anys.

Per a la imposició amb caràcter permanent de les sancions previstes a les lletres b) i e), i per a la imposició per un termini superior a cinc anys de les previstes a les lletres e) i f) de l'apartat 7 de l'article 33, és necessari que es doni alguna de les dues circumstàncies següents:

a) Que s'estigui davant el supòsit de fet que preveu la regla 5a de l'apartat 1 de l'article 66.

b) Que la persona jurídica s'utilitzi instrumentalment per a la comissió d'il·lícits penals. S'entén que s'està davant aquest últim supòsit sempre que l'activitat legal de la persona jurídica sigui menys rellevant que la seva activitat il·legal.

En relació al delictes d'estafa, el Codi Penal en el seu article 251 bis determina la responsabilitat penal de les persones jurídiques:

Quan d'acord amb allò establert a l'article 31 bis una persona jurídica sigui responsable dels delictes compresos en aquesta Secció, se li imposaran les següents penes:

a) Multa del triple al quintuple de la quantitat defraudada, si el delictes comes per la persona física té prevista una pena de presó de més de cinc anys.

b) Multa del doble al quàdruple de la quantitat defraudada, en la resta dels casos.

Ateses les regles establertes en l'article 66 bis, els jutges i tribunals podran tanmateix imposar les penes recollides en les lletres b) a g) de l'apartat 7 de l'article 33.

Quina pena, per tant, es podria arribar a imposar a CRACK10? És un plantejament de resposta complexa, ja que requereix d'un gran esforç d'imaginació davant la gran mancança d'informació de la que es disposa. Tot i així, sense ànim d'individualitzar-la amb exactitud (per la seva impossibilitat material), es poden plantejar uns ventalls i, també, descartar-se algunes opcions.

En primer lloc ens centrarem amb allò que disposa l'article 251 bis en relació a les estafes comeses per les persones jurídiques.

S'utilitza com a referència la pena de presó prevista per a la persona física que ha comès el delictes en funció de si aquesta és de més de cinc anys o de menys. En aquest cas, el resultat serà indiferent tant si es considera que hi ha autoria com si s'analitza la conducta de CRACK10 de forma independent.

En ambdós casos el perjudici total causat podria ascendir, com a mínim, a 385.150€. En aquest sentit, disposa l'article 250.2 CP que s'imposarà la pena de presó de quatre a vuit anys i multa de dotze a vint – i – quatre mesos quan el valor de la defraudació superi els 250.000 euros. En conseqüència, donat que la pena de presó en abstracte seria superior als cinc anys, en atenció a l'article 251 bis CP es podria imposar, a la persona jurídica, una

pena de multa del triple al quintuple de la quantitat defraudada. Per tant, la multa podria oscil·lar en un ventall d'entre 1.155.450€ i 1.925.750 euros.

Tanmateix, l'article referit obre la porta a la possibilitat d'imposar les penes recollides a les lletres b) a g) de l'apartat 7 de l'article 33. Aquestes son les següents:

- Dissolució de la persona jurídica.
- Suspensió de les seves activitats per un termini que no podrà excedir de cinc anys.
- Clausura dels seus locals i establiments per un termini que no podrà excedir de cinc anys.
- Prohibició de realitzar en el futur les activitats en l'exercici del qual s'hagi comès, afavorit o encobert el delicte. La prohibició podrà ser temporal o definitiva. Si fos temporal, el termini no podrà excedir de quinze anys.
- Inhabilitació per a obtenir subvencions i ajudes públiques, per a contractar amb el sector públic i per a gaudir de beneficis i incentius fiscals o de la Seguretat Social, per un termini que no podrà excedir de quinze anys.
- Intervenció judicial per salvaguardar els drets dels treballadors o dels creditors pel temps que s'estimi necessari, que no podrà excedir de cinc anys.

Per a la correcta imposició i extensió de les penes previstes en les lletres b) a g) de l'article esmentat, s'haurà de tenir en compte els següents ítems:

- La necessitat per a prevenir la continuïtat de l'activitat delictiva o dels seus efectes.
- Les seves conseqüències econòmiques i socials, especialment els efectes pels treballadors.
- El lloc que en l'estructura de la persona jurídica ocupava la persona física o òrgan que va incomplir el deure de control.

Es rellevant tenir en compte que si es volgués imposar alguna de les penes previstes en les lletres c) a g) per un termini superior a dos anys serà necessari que es compleixi alguna de les dues circumstàncies següents:

- Que la persona jurídica sigui reincident.
- Que la persona jurídica s'utilitzi instrumentalment per a la comissió d'il·lícits penals.

Donat que davant la informació de la que disposem actualment no es pot constatar que la persona jurídica sigui reincident o bé que aquesta s'utilitzi instrumentalment per a la comissió d'il·lícits penals, el que si és pot afirmar es que, en cel supòsit que s'apliqui alguna de les penes contemplades a l'article 33.7 CP, aquestes no podran tenir, en cap cas, una durada superior a la de dos anys (excepte la pena de suspensió d'activitats per un termini màxim de cinc anys).

Tot i així, en el cas de la lletra b) i c) de l'apartat 7 de l'article 33 es podria tractar d'acreditar que la eventual dissolució o suspensió implicaria greus conseqüències econòmiques i socials en perjudici dels treballadors i seria una via per tal de reduir la gravetat de la pena. També es podria acreditar que no existeix cap necessitat de prevenir la continuïtat de l'activitat delictiva o dels seus efectes acreditant que no ha existit continuïtat delictiva i que, en cas d'acceptar la rellevància penal dels fets, aquests es van produir de forma puntual i sense ànim de perdurabilitat temporal.

Com a afegit i per interès del client, destacar que l'article 50.6 del Codi Penal permet al Tribunal, *per causa justificada, autoritzar el pagament de la multa dins un termini que no excedeixi de dos anys des de la fermesa de la sentència, ja sigui d'una vegada o en els terminis que s'estableixin. En aquest cas, l'impagament de dos d'ells determinarà el venciment dels restants.*

5.5. DETERMINACIÓ DE LA EVENTUAL RESPONSABILITAT CIVIL

Per tal de determinar quin tipus de responsabilitat podria haver de fer front la persona jurídica, haurem de diferenciar-ne dos tipus diferents:

Responsabilitat solidaria. La persona jurídica respondrà de forma directe i solidaria conjuntament amb la persona física en els supòsits en els que ambdós subjectes hagin estat condemnats de forma conjunta. Es desprèn aquesta responsabilitat civil directe i solidaria de l'article 116.3 del Codi Penal on estableix que *la responsabilitat penal d'una persona jurídica comportarà responsabilitat civil en els termes establerts en l'article 110 d'aquest Codi de forma solidaria amb les persones físiques que hagin estat condemnades pels mateixos fets.*

Responsabilitat subsidiària. Aquesta modalitat és aplicable als supòsits en els que no es condemni a la persona jurídica però sí als seus empleats o administradors. Aquest supòsit es desprèn de l'article 120.4^o CP on s'estableix que *són també responsables civilment, en defecte dels que ho siguin criminalment: les persones naturals o jurídiques dedicades a qualsevol gènere d'indústria o comerç, pels delictes que hagin comes els seus empleats o dependents, representants o gestors en el desenvolupament de les seves obligacions o serveis.*

Estableix la STS 669/2021, de 9 de setembre (Cas Banco de Valencia) que *per a que procedeixi declarar la responsabilitat civil subsidiària en el cas de l'article 120.4 del Codi Penal, es precis per una banda, que entre l'infractor i el responsable civil existeixi un vincle jurídic o de fet, en virtut del qual l'autor de la infracció que es sanciona hagi actuat sota la dependència del segon, o almenys, l'activitat desenvolupada per aquell hagi comptat amb la seva anuència o conformitat; i per altra banda, que el delicte que generi la responsabilitat es trobi inscrit dins de l'exercici normal o anormal de les funcions desenvolupades per l'infractor, pertanyent al seu àmbit d'actuació. Per la resta, la interpretació d'aquests paràmetres d'imputació es fa amb amplitud, no només segons els criteris de culpa in eligiendo i la culpa in vigilando, sinó també, i molt especialment, conforme a la teoria de la creació del risc, de manera que qui es beneficia d'activitats que d'alguna forma poden generar un risc per a tercers ha de suportar les eventuais conseqüències negatives d'ordre civil respecte d'aquells tercers quan resultin perjudicats.*

Per això la jurisprudència ha vingut interpretant l'article 120.4 de forma cada vegada més flexible, de manera que persones no responsables criminalment del delicte, però relacionades d'alguna manera amb l'activitat punible, poguessin ser obligades als corresponents pagaments civils en benefici dels perjudicats totalment innocents dels fets criminals, i ha declarat de manera reiterada que no és necessari que la relació entre el responsable penal i el civil tingui un caràcter jurídic concret, tampoc s'exigeix que l'activitat concreta de l'inculpat penal redundi en benefici del responsable civil subsidiari; i és suficient que existeixi una certa dependència, de manera que l'actuació del primer estigui potencialment sotmesa a una possible intervenció del segon [...].

Si bé manté la sentència referida que la interpretació dels requisits exigits per al reconeixement de l'existència de la responsabilitat s'efectuava en la jurisprudència

basada en el Codi Penal del 1995, més modernament la jurisprudència del Tribunal Suprem es manté en la mateixa direcció i *precisa que la seva raó de ser es troba en el principi del dret segons el qual, qui obté beneficis d'un servei que li presta per un altre, ha de suportar també els danys ocasionats per el mateix (principi "cuius commoda, eius est incommoda"), subratllant l'evolució de dit fonament des de la culpa "in vigilando" o "in eligiendo" fins a un tipus de responsabilitat objectiva.*

Per tal de que s'estimi tal tipus de responsabilitat, afirma, hauran de concórrer els següents elements:

- Existència d'una relació de dependència entre l'autor de l'il·lícit penal i el principal, ja sigui persona jurídica o física, sota la dependència del qual es trobi, sense que sigui precís que la mateixa tingui caràcter jurídic, sigui retribuïda o permanent, sent suficient que l'activitat així desenvolupada compti amb la conformitat del principal, sense que per tant la dependència s'identifiqui amb la jeràrquica o orgànica sent suficient la merament funcional.
- Que el delictes que genera la responsabilitat s'hagi inscrit dins de l'exercici, normal o anormal, de les funcions així desenvolupades per l'infractor, pertanyent al seu àmbit d'actuació.

En definitiva, afirma el Tribunal Suprem en el Cas Banco de Valencia respecte dels requisits aquí esmentats, que s'han d'interpretar *amb amplitud, recolzant-se en la fonamentació de tal responsabilitat civil subsidiària no només en els pilars tradicionals de la culpa "in eligiendo i la culpa in vigilando", sinó també sobretot en la teoria del risc, conforme al principi "qui sentire commodum, debet sentire incommodum", de manera que qui es beneficia d'activitats que d'alguna forma poden generar un risc per a tercers ha de suportar les eventuais conseqüències negatives d'ordre civil respecte d'aquells tercers quan puguin resultar perjudicats, admet tanmateix la aplicació d'aquesta classe de responsabilitat civil en els casos en que l'activitat desenvolupada pel delinqüent no produeixi cap benefici en el seu principal "sent suficient per a això una certa dependència, de forma que es trobi subjecte tal activitat, d'alguna manera, a la voluntat del principal, per tenir aquesta la possibilitat d'incidir sobre la mateixa", el que constitueix una versió inequívoca de la teoria de la creació del risc mencionada més amunt".*

En conclusió, la persona jurídica si és susceptible d'haver de respondre civilment, ja sigui bé com a condemnada en un procediment penal, on respondrà de forma directa i solidaria amb la resta de subjectes condemnats, o bé com a conseqüència de la condemna a treballadors, representants o administradors propis, on respondrà de forma subsidiària en defecte dels responsables civils directes. Per tal de que hi concorri la responsabilitat subsidiària s'han de complir amb els dos requisits que han estat exposats.

A efectes pràctics i en tant que aquesta part considera que CRACK10 no hauria de respondre penalment a la vista dels fets descrits, no es pot descartar una eventual responsabilitat civil subsidiària, doncs una condemna al Sr. Ignasi Josep Alentorn (administrador únic de la societat en el moment dels fets) originaria la possibilitat de reclamar civilment contra CRACK10 com a responsable civil subsidiària, ja que es compleixen amb els requisits exigits per la jurisprudència. Pel que fa al primer dels requisits, el Sr. Alentorn actuava com a administrador únic de la societat, per tant hi havia una relació de dependència entre ell i CRACK10. En segon lloc, tot indica que va actuar sota el seu àmbit d'actuació en tant que administrador de la societat. En cas que no es complissin els requisits no es podria exigir responsabilitat civil a la societat però en el moment de l'elaboració del present dictamen no pot descartar-se cap hipòtesi en aquest sentit.

5.6. VIABILITAT DE L'ACCIÓ PENAL. VALORACIÓ DE LA SOLIDESA DELS INDICIS DE CRIMINALITAT

Per poder donar resposta a la qüestió plantejada és necessari tenir presents quins són els indicis dels que disposem.

- Trobem en primer lloc que CRACK10 i FCB van atorgar contracte en virtut del qual la primera es comprometia a pagar a la segona un total de 385.150 euros que no va arribar a abonar.
- Es desprèn com a indicatiu que en la demanda civil presentada per CRACK10 contra FCB es reconeix que el diari DECIMOS va deixar d'editar-se el dia 1 de març de 2016.

- S'assenyala que entre les societats DICEN i CRACK 10 existiria un estret vincle pel fet que el Sr. Albert Madaula intervingués en la perfecció del contracte de les mercantils amb el FCB.

Aquesta part considera que la solidesa dels indicis apuntats és fràgil i tot i que mai es pot descartar cap escenari, no és previsible que l'acció penal emprada per FCB derivi en cap conseqüència negativa respecte de la mercantil CRACK 10.

En primer lloc i respecte de la conducta que es pot atribuir a la societat CRACK 10 considerem que no hi ha cap circumstància que pugui tenir rellevància penal.

Atenint-nos al tipus de l'estafa, recordem que el primer dels elements que ha de concórrer és el de l'engany precedent o concurrent, ja que es el factor nuclear i substancial de l'estafa. No podem assumir que es compleixi amb aquest requisit. Per a poder parlar d'engany precedent hem de tenir en compte que ha d'existir un pla incomplidor i una posta en escena enganyosa com a factor causal d'un posterior desplaçament patrimonial.

No existeix en el cas cap tipus de pla preconcebut de no complir, de fet, en la demanda civil presentada per la societat en qüestió al·lega que si bé no va abonar les corresponents quanties pactades això va derivar-se d'un incompliment per part de FCB, que li va oferir unes instal·lacions de categoria inferior a les pactades. Donat que estem davant versions contradictòries no pot assumir-se de pla que existís una voluntat deliberada d'enganyar. Es més, en cap cas CRACK 10 ha mostrat la seva negativa a realitzar el pagament corresponent.

Es pot intuir que la societat gaudeix d'uns comptes sanejats, d'una estructura organitzada i sense cap antecedent per incompliment contractual previ, oferint una imatge de compromís, solvència i responsabilitat. Aquesta defensa entén que el propòsit inicial de CRACK 10 no era una maquinació enganyosa per a incomplir els contractes sinó que es a posteriori quan, a causa d'un suposat incompliment per part de FCB, no va abonar la seva part. Però en cap cas els administradors de FCB van acudir enganyats a perfeccionar el negoci jurídic, ja que no existia cap intenció enganyosa.

Així doncs, i com apunta reiterada jurisprudència, no en tot cas en el que no es compleixi per part d'algun dels subjectes contractants una de les prestacions derivades d'un

contracte estem davant una estafa, ja que de ser així tot incompliment contractual civil esdevindria com a tal. Per a que hi concorrin indicis de delictes han d'aparèixer elements addicionals a l'incompliment d'allò pactat, com en aquest cas l'engany però també, per exemple, un acte de disposició patrimonial i el consegüent perjudici.

Quin és l'acte de disposició patrimonial efectuat per part de FCB? Quin perjudici s'ha causat? Es podria arribar a considerar que l'acte de disposició és el de la cessió de les instal·lacions però quin es doncs el perjudici causat? Podria tractar-se del lucre cessant? En qualsevol dels casos, dels fets descrits en el cas pràctic no s'ha acreditat cap perjudici patrimonial i sense aquest, no hi ha estafa.

Pel que fa als elements del tipus subjectiu ha d'existir dol per part de CRACK 10 i en aquest sentit ens hem de reiterar al ja esmentat amb anterioritat. No es desprèn que hi pogués existir cap ànim fraudulent amb anterioritat a la perfecció del contracte. La societat querellada es trobava en disposició de complir amb la prestació pertinent però per desavinences amb l'altra part es va paraitzar l'execució de la mateixa. De forma clara i precisa, tot i que pugui haver-hi un incompliment contractual, cap de les parts es va moure influenciada per cap engany previ. Per part de CRACK10 no va existir intenció d'estafar i, per tant, no pot haver-hi delictes.

En relació als indicis que acreditarien una estreta vinculació entre les dues societats, aquesta defensa troba que existeix una manca d'informació al respecte però que, en tot cas i atenint-nos al que podem analitzar, els indicis són dèbils i insuficients.

Respecte de la referència al diari DECIMOS en la demanda civil presentada contra FCB aquesta defensa no troba cap element consistent que pugui acreditar cap vinculació. És difícil de contextualitzar la cita al esmentat diari en una demanda civil per incompliment contractual que no afecta a la societat DICEN. Pot tractar-se de múltiples casuístiques: un relat sobre una possible relació contractual coneguda entre la mercantil DICEN i el FCB, entre DICEN i CRACK 10 o bé la cita a uns fets notoris coneguts per l'opinió pública. En cap dels supòsits es pot inferir cap vinculació entre ambdues societats.

Potser l'indici més rellevant és el que fa referència a que el Sr. Madaula, administrador únic de DICEN, estigués present tant en la perfecció del contracte de DICEN-FCB com al de CRACK 10-FCB.

Tampoc considera aquesta defensa que sigui un indicati prou sòlid amb la informació de la que es disposa avui dia. Segons el cas pràctic s'afirma que existiria un estret vincle *"com demostraria el fet que el Sr. Madaula intervingués en la perfecció del contracte d'ambdues mercantils amb el FCB"*.

Considerem que en aquest estadi tan preliminar no hi ha res demostrat, doncs no s'ha aportat prova de càrrec que pugui desvirtuar el dret a la presumpció d'innocència. En primer lloc, res ens fa indicar que hi estigués present en la perfecció del contracte entre CRACK 10 i el FCB i, en segon lloc i en el cas que es demostrés que hi va estar present, hauria d'investigar-se el motiu pel qual hi estava. Com a administrador únic de DICEN, qui el va citar? Va ser el FCB que, per confiança amb ell va citar-lo a la trobada organitzada? Podria donar-se el cas que el Sr. Madaula ostentés algun càrrec societari en el FCB? Fou CRACK10 qui va sol·licitar-li que assistís? En qualitat de què o de qui si no s'infereix cap vinculació amb la nostra representada? Múltiples són les incògnites i els indicis mai tenen el caràcter de prova així que res pot acreditar-se mitjanant fabulacions o teories que, en aquesta fase, no poden assumir-se com a certes.

Aquesta defensa, doncs, considera que la viabilitat de l'acció penal és fràgil per diferents motius. En primer lloc perquè els indicis presentats són dèbils i no poden fonamentar, a priori, cap conducta penalment típica per part de la meva representada. Tal i com hem afirmat, els indicis presentats esdevenen esferes casuístiques genèriques i ambigües que no aconsegueixen corroborar cap conducta penalment il·lícita.

En segon lloc, en cas d'inferir-se que existeixen irregularitats, aquestes tampoc mereixerien retret penal, doncs en epígrafs anteriors es van descartar diversos tipus penals i el delictes de l'estafa tampoc es sustenta amb la informació de la que es disposa.

Es per això que, donat que la querella es va admetre a tràmit, es deure de les acusacions aportar prova de càrrec suficient per tal de fonamentar responsabilitats penals, i a mesura que el procediment avanci es podran realitzar noves valoracions o modificar les ja existents. En definitiva, a la finalització d'aquest Dictamen no pot afirmar-se que existeixin indicis sòlids que puguin sustentar la viabilitat de l'acció penal.

6. CONCLUSIONS

A continuació, i una vegada analitzat el cas en qüestió, així com la situació de la societat CRACK10 S.L., s'exposaran els resultats assolits i, per tant, les solucions que s'han donat a les qüestions plantejades en aquest treball.

I. Delicte d'estafa

En primer lloc s'ha analitzat la possible qualificació penal dels fets. S'ha conclòs que, de tots els tipus delictius continguts en el Títol XIII, l'estafa es l'únic que podria arribar al·legar-se per part dels querellants. Tot i així, en l'apartat de la possible qualificació penal només es plantejava l'opció en termes purament hipotètics, ja que en un epígraf posterior del treball, com s'apuntarà, també es descarta la viabilitat en aquest sentit.

II. Delicte d'apropiació indeguda

El delicte d'apropiació indeguda també és un dels tipus delictius que podria esgrimir-se per part dels querellants però com s'ha analitzat i esmentat al llarg del present Dictamen, el *numerus clausus* de delictes que es preveu per a les persones jurídiques no inclou el tipus de l'article 253 CP i, en conseqüència, cap persona jurídica podrà respondre penalment per tal delicte.

III. Delicte d'administració deslleial

Es descarta també en el present Dictamen que hi pugui concórrer el tipus de l'administració deslleial, ja que no ha existit en cap cas una cessió de les facultats d'administració del patrimoni de la mercantil FCB a favor de DICEN ni tampoc es desprèn que aquesta hagi abusat de les mateixes en perjudici de la primera. El que existeix és una retribució econòmica a favor de DICEN com a contraprestació del compliment d'uns determinats serveis en el marc d'un contracte que varen contraure i que, indiciàriament, es va incomplir. S'apunta aquesta relació entre DICEN i FCB pel supòsit que es volgués acreditar una coautoría juntament amb CRACK 10.

Analitzada la conducta de la societat que es representa, tampoc es desprèn indicis d'administració deslleial, ja que ni tan sols va existir un desplaçament patrimonial en favor seu.

Tampoc es possible atribuir a les persones jurídiques el tipus delictiu en qüestió per no trobar-se en el llistat previst i taxat.

IV. Delicte d'insolvència punible

Respecte de les insolvències punibles no es desprèn del supòsit de fet que pugui concórrer tal delicte ja que en relació amb la societat CRACK 10 no s'aprecia cap situació d'insolvència actual o imminent ni tampoc que, a través de les conductes referides en l'article 259 CP hagi de causar tal situació econòmica.

V. Responsabilitat penal de les persones jurídiques implicades

Analitzats els requisits per tal de que es produeixi una transferència de responsabilitat a les persones jurídiques, s'ha conclòs que CRACK 10 és una societat amb personalitat jurídica suficient i susceptible de ser condemnada que comptava com a administrador al Sr. Ignasi Josep Alentorn que, per la naturalesa del seu càrrec, pot comportar una transferència de responsabilitat per ser una persona que va actuar en nom o a compte de la societat en l'exercici d'activitats socials.

Es pot afirmar també que podria inferir-se un benefici o una expectativa d'aquest, ja sigui apreciand una possible coautoria entre DECIMOS i CRACK 10 o bé analitzant individualment la conducta de la nostre representada.

No s'ha pogut concretar si s'ha produït un incompliment greu en els deures de supervisió, vigilància i control per part de CRACK 10, ja que no hem disposat dels programes de prevenció de riscos penals que hi puguin existir. Es remarca la importància dels mateixos donat que una correcta elaboració i execució d'aquests podrien eximir a la societat d'afrontar responsabilitats penals.

VI. Determinació dels marcs legals

Sota la eventualitat que es condemnés a la persona jurídica pel delicte d'estafa, en atenció a l'article 251 bis CP podria haver d'afrontar una pena de multa del triple al quíntuple de la quantitat defraudada, això és, un ventall d'entre 1.155.450€ i 1.925.750€.

A més, es podria imposar a la societat la pena de dissolució de la persona jurídica, així com una imposició de suspensió de les seves activitats, una clausura dels seus locals i

establiments, una prohibició de realitzar determinades activitats en el futur, una inhabilitació per a obtenir subvencions i ajudes públiques o bé una intervenció judicial.

Ateses les circumstàncies del fet, no considerem probable la imposició de la pena de dissolució, ja que no es pot apreciar una necessitat de prevenir la continuïtat de l'activitat delictiva i, en cas que així s'apreciés, existeixen mesures menys greus que serien més proporcionals i idònies.

Tanmateix, en relació a la resta de mesures exposades, no considerem que es puguin imposar per un termini superior a dos anys, ja que no consta que la persona jurídica sigui reincident ni que la mateixa s'utilitzi instrumentalment per a la comissió d'il·lícits penals.

VII. Determinació de la responsabilitat civil

Després de descriure els dos tipus de responsabilitat civil que podrien imposar-se (la directa i solidària i la subsidiària) es conclou que, en tant que no es considera factible una condemna penal a CRACK 10, no hauria de fer front a una responsabilitat civil directe. Tanmateix, no es pot descartar una responsabilitat subsidiària, ja que una eventual condemna al Sr. Alentorn com a administrador únic de la societat obriria la porta a tal institució.

VIII. Viabilitat de l'acció penal i valoració de la solidesa dels indicis de criminalitat

Es conclou que no existeixen indicis prou sòlids per a fonamentar una acció penal viable. En primer lloc es descarta la viabilitat perquè tot i el supòsit d'estar davant irregularitats contractuals, no concorre el tipus de l'estafa, ja que no es compleix amb els requisits del tipus objectiu i subjectiu. Serà discutible, en qualsevol cas, si dels fets es desprèn un incompliment contractual que s'haurà de resoldre necessàriament per la jurisdicció civil, no per la penal.

No es consideren prou sòlids els indicis que tracten d'acreditar una coautoría entre la societat CRACK10 i DICEN, tot i que en una fase tan preliminar encara no es pot descartar cap hipòtesi i qui haurà de demostrar tal vinculació seran les acusacions, així que s'haurà de restar a l'espera de veure les actuacions que derivin del procediment incoat a conseqüència de l'admissió de la querella.

En definitiva, els indicis presentats no poden fonamentar, en principi, cap conducta penalment típica per part de la meva representada. Allò que es desprèn del cas descrit es presenta com a genèric i ambigu i no condueix a atribuir fets penalment rellevants cap a la societat que es representa.

En cas que existissin irregularitats, aquestes tampoc mereixerien retret penal i, en tot cas, haurem d'atenir-nos al que estableixi la jurisdicció civil.

7. EMISSIÓ DEL DICTAMEN

Un cop analitzada la situació en la que es troba la societat CRACK 10 SL, a continuació es recollirà el missatge que es vol transmetre als clients, així com allò a tenir en compte de cara a els propers mesos i la informació que considerem necessària recavar.

En primer lloc, a la vista d'allò exposat, considerem que el delicte pel qual es querellarà el FCB és el d'estafa. Un delicte imputable a les persones jurídiques i, per tant, susceptible d'originar responsabilitats penals. Tot i així, no considerem que l'acció penal sigui gaire viable, doncs els indicis dels que es disposen no son prou sòlids en aquesta fase tan preliminar i, en qualsevol dels casos, podríem aconseguir reconduir el conflicte al terreny civil, sota la premissa d'un incompliment contractual sense rellevància penal.

En segon lloc, tot i descartar una possible condemna per estafa, si volem advertir de la possibilitat d'una responsabilitat civil subsidiària derivada dels actes comesos pel Sr. Alentorn, administrador únic de CRACK 10 en el moment dels fets. Tal i com s'ha esmentat, una condemna penal vers el subjecte mencionat obriria la porta a CRACK 10 a haver de respondre civilment de forma subsidiària.

En tercer lloc, transmetre als clients un missatge de serenor i tranquil·litat donada la fase tan preliminar en la que es troba el procediment. Explicar que probablement s'incoï un procediment per Diligències Prèvies que donarà lloc a la fase d'instrucció, que tractarà de recavar tots aquells elements incriminatoris per tal de decidir si hi ha suficients indicis de criminalitat. És en aquesta fase en la que nosaltres podem aportar la informació que considerem que ens manca i que pot beneficiar-nos a efectes de defensa i aconseguir un sobreseïment lliure i el corresponent arxiu de les actuacions.

En conseqüència, apel·lem urgentment a que se'ns remeti en la major brevetat possible la següent documentació:

- Els estatuts socials de la societat CRACK 10 per tal d'acreditar que el Sr. Madaula no té cap càrrec societari en la mercantil representada.
- El contracte signat entre el FCB i CRACK 10 per tal d'esbrinar la presència o no del Sr. Madaula en el moment de la seva redacció o perfecció.
- Tots els contractes perfeccionats per part de CRACK 10 des de l'any 2016 fins al 2021 per tal d'esbrinar si hi ha hagut algun vincle professional amb DICEN.
- Els moviments econòmics dels darrers 5 anys. Investigar, principalment, si s'han produït transferències a favor de DICEN o bé si s'han rebut per part de la mateixa.
- Els programes de prevenció de riscos penals que hi puguin existir per tal d'eximir-se de responsabilitat penal en cas que s'aprecii.

En virtut del que s'ha exposat, restem a l'espera de rebre la documentació sol·licitada i a que se'ns notifiqui la incoació del procediment un cop ja s'ha admès a tràmit la querella.

8. BIBLIOGRAFIA

- Almirón, F. J. (2017). La responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo. *Revista Aranzadi Doctrinal num. 6/2017*.
- Conde, F. M. (2019). *Derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fiscalía General del Estado. (2016). *Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por LO 1/2015*.
- Gómez Martín, V., & Navarro Massip, J. (2016). La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español: una visión panorámica tras la reforma del 2015. *Revista Aranzadi Doctrinal 1/2016*.
- Rivera, M. d. (2016). *El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*. Thompson Reuters Aranzadi.
- Vílchez, M. Á. (2018). Delimitación fronteriza entre el «delito de estafa y el dolo in contrahendo» en el ámbito civil, es decir los engaños en la contratación sin relevancia penal. *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 1/2018 parte Cuestiones*.

9. JURISPRUDÈNCIA APLICABLE

Sentència del Tribunal Constitucional, 246/1991 (19 / desembre / 1991).

Sentència del Tribunal Suprem, 2051/1992 (29 / setembre / 1992).

Sentència del Tribunal Suprem, 1045/1994 (14 / maig / 1994).

Sentència del Tribunal Suprem, 2182/2002 (24 / maig / 2002).

Sentència del Tribunal Suprem, 1289/2002 (9 / juliol / 2002).

Sentència del Tribunal Suprem, 1193/2010 (24 / febrer / 2010).

Sentència del Tribunal Suprem, 970/2013 (18 / desembre / 2012).

Sentència del Jutjat de lo Penal nº 4 de Sevilla, 390/2011 (Jutjat de lo Penal nº 4 de Sevilla
24 / octubre / 2013).

Interlocutòria del Jutjat d'Instrucció nº 2 de Pamplona (11 / enero / 2015).

Interlocutòria del Jutjat de 1ª Instància i Instrucció nº 4 de Navalcarnero (15 / febrer /
2017).

Sentència del Tribunal Suprem, 154/2016 (29 / febrer / 2016).

Sentència del Tribunal Suprem, 105/2017 (21 / febrer / 2017).

Sentència del Tribunal Suprem, 540/2019 (31 / octubre / 2019).

Sentència del Tribunal Suprem, 758/2021 (7 / octubre / 2021).

Sentència del Tribunal Suprem, 669/2021 (9 / setembre / 2021).

ANNEX

Annex 1. Supòsit de fet

DICTAMEN JURÍDICO DEL MÁSTER DE LA ABOGACÍA				
MATERIA	Derecho Penal	Nº	PENAL	141-B
TUTOR	Dr. Joaquim Bages	CURSO	2021-2022	
CASO PRÁCTICO QUE SE PLANTEA				
Texto que se entrega al alumno. Debe contener elementos sustantivos de la disciplina central y, a ser posible de otras disciplinas jurídicas. Además, necesariamente contendrá elementos procesales	El día 12 de mayo de 2016, las entidades FÚTBOL CLUB BARCELONA (en adelante, FCB) y DICEN PRESS, S.L. (en adelante, DICEN), otorgaron un contrato en virtud del cual la primera se obligaba a pagar un total de 30.000 euros a la segunda a cambio de que ésta insertara, en las temporadas 2015-2016 y 2016-2017, determinada publicidad e información corporativa del club, en las ediciones en soporte papel y formato digital, del periódico deportivo que editaba, denominado "Decimos...".			
	El FCB procedió al abono de las cantidades estipuladas (en total, 30.000 euros) dentro de los plazos establecidos. Sin embargo, DICEN incumplió su parte del contrato, habida cuenta de que el periódico "Decimos..." dejó de editarse el día 1 de marzo de 2016, esto es, con anterioridad a la perfección del contrato con el FCB. La mercantil DICEN en ningún momento devolvió al FCB los 30.000 euros percibidos. Mediante auto de 21 de noviembre de 2017, se decretó judicialmente la situación de insolvencia en la que se hallaba DICEN.			
	El día 3 de julio de 2017, las entidades FCB y CRACK 10, S.L. (en adelante, CRACK 10), otorgaron un contrato en virtud del cual la segunda se comprometía a pagar a la primera la suma total de 385.150 euros a cambio de poder usar, con fines comerciales, determinados espacios preferentes de las instalaciones del club (en concreto, de su estadio de fútbol, el Camp Nou). Sin embargo, el FCB jamás recibió ningún pago de CRACK 10. Por su parte, CRACK 10 interpuso una demanda civil contra el FCB, en la que alegaba no haber pagado los importes pactados por haber incumplido esta última entidad el referido contrato, al haber cedido el uso de unos espacios de categoría inferior			

	<p>a la convenida. Asimismo, en dicha demanda la parte actora reconoce que el periódico "Decimos..." dejó de editarse el día 1 de marzo de 2016.</p> <p>El día 16 de junio de 2020, se dictó auto de admisión de la querrela presentada por el FCB contra las mercantiles DICEN y CRACK 10 y contra los Sres. Alberto Madaula (administrador único de DICEN), Jesús Mendolaza (anterior administrador único de DICEN) y Ignasi Josep Alentorn (administrador único de CRACK 10). El día 3 de noviembre de 2014 se acordó el sobreseimiento provisional de la causa con respecto el Sr. Jesús Mendolaza, al haber cesado éste en su cargo de administrador único de DICEN el día 3 de noviembre de 2014, es decir, con anterioridad a la fecha en la que habrían sucedido los hechos denunciados.</p> <p>Entre las sociedades DICEN y CRACK 10 existiría un estrecho vínculo, como demostraría el hecho de que el Sr. Alberto Madaula interviniera en la perfección del contrato de ambas mercantiles con el FCB.</p>
Posibles clientes o posturas que nos pueden pedir este dictamen	Defensa de los intereses de CRACK 10 como sociedad querrellada.
PREGUNTAS QUE NOS PLANTEA EL CLIENTE	
Sustantivas	<ul style="list-style-type: none"> - Posible calificación jurídico-penal de los hechos. - Diferencia dolo penal / dolo civil en el delito de estafa. Doctrina de los negocios jurídicos criminalizados. - Posible responsabilidad penal de las personas jurídicas implicadas. - Determinación de los marcos penales. - Determinación de la eventual responsabilidad civil.
Procesales	- Viabilidad de la acción penal. Valoración de la solidez de los indicios de criminalidad.
LISTADO DE DOCUMENTOS QUE SE LES APORTAN	
Pueden ser documentos reales o ficticios.	- Los mencionados en el supuesto de hecho.

Si son ficticios

hay que

explicarlos

detalladamente.

Si son reales se

tienen que

adjuntar

escaneados