



**JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION N° 006
MADRID**

C/ GARCIA GUTIERREZ, 1

Tfno: 917096808/917096474

Fax: 917096475

NIG: 28079 27 2 2017 0002819

GUB11

PIEZA SEPARADA 0000096 /2017 0021

AUTO

En Madrid, a veintinueve de julio de dos mil veintiuno.

HECHOS

ÚNICO. - En este Juzgado Central de Instrucción n° 6 de la Audiencia Nacional han entrado los siguientes escritos:

Número RG 30722/2021, de 27/07/2021, de la representación procesal de REPSOL, S.A., en el que se aporta Informe pericial elaborado por KPMG Asesores, en el que se exponen las conclusiones alcanzadas por dicho experto independiente tras haber realizado un análisis forense de las medidas dispuestas por REPSOL en el ámbito de la prevención de delitos corporativos, la cultura ética y el cumplimiento normativo con la finalidad de facilitar el examen y valoración del sistema de compliance de REPSOL, al que se hizo referencia en numerosas ocasiones a lo largo de la declaración judicial prestada por la representante especialmente designada.

Escrito RG 30729/2021, de 27/07/2021, por el que se interesa el SOBRESEIMIENTO y ARCHIVO de la presente causa respecto de mi representado ISIDRO FAINÉ CASAS.

Escrito RG 30718/2021, de 28/07/2021, en el que se interesa el SOBRESEIMIENTO Y ARCHIVO de las actuaciones respecto de CAIXABANK por contar la entidad, en el momento de los hechos, con un Modelo de Prevención de Delitos eficaz, por no ser los hechos constitutivos de infracción penal alguna, por no concurrir el elemento del artículo 31 bis 1 y por estar los hechos investigados ampliamente prescritos. Con carácter subsidiario, se interesa que se practique la diligencia solicitada en el escrito.



Escrito RG 30906/2021, de 28/07/2021, por el que se interesa el SOBRESEIMIENTO y ARCHIVO de la presente causa respecto de mi representado ANTONI BRUFAU NIUBÓ.

Escrito RG 30902/2021, de 28/07/2021, por el que se interesa el sobreseimiento y archivo de las actuaciones respecto de la persona jurídica REPSOL, S.A.

Dada cuenta del estado de las actuaciones, debe resolverse sin más trámite.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Las presentes actuaciones se iniciaron por auto de fecha 18 de diciembre de 2019 por el que se incoa la la Pieza Separada nº 21 de las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado núm. 96/2017, a raíz de la información contenida en el Oficio policial nº 2.823/2019, de 13 de diciembre de la Unidad de Asuntos Internos del Cuerpo Nacional de Policía, que desarrollaba una serie de nuevos indicios delictivos recabados en relación con el denominado "PROYECTO WINE", obtenidos mediante el análisis de la información almacenada en discos duros intervenidos con ocasión del registro practicado en calle Turquesa 13 de

Galapagar domicilio del investigado Rafael REDONDO RODRÍGUEZ (entre ellos, los INDICIOS GT20, GT26, GT28 y GT29); así como documentación en soporte papel intervenida en el registro del domicilio del investigado José Manuel VILLAREJO PÉREZ sito en la Finca el Montecillo de Boadilla del Monte (Madrid).

Con fecha 21 de abril de 2021 se dictó auto acordando la práctica de una serie de diligencias de investigación, entre otras la declaración como investigados de Isidro Fainé Casas y Antonio Brufau Nuibó, dando respuesta con ello a las diligencias interesadas por la representación procesal personada como acusación particular, en nombre de Luis Rivero Asensio (escrito RG 4706/2021), y el escrito del Ministerio Fiscal de 9 de abril de 2021.

Ambos investigados comparecieron en sede judicial para declarar en calidad de investigados el día 7 de mayo de 2021.

Por auto de 8 de julio de 2021 se acordó la imputación de la persona jurídica REPSOL, S.A. y de la persona jurídica CAIXABANK, S.A. como presuntas autoras, cada una de ellas, de un delito de cohecho previsto en el artículo 427 bis y un delito de revelación de secretos del art. 197 quinquies del Código Penal.



En este caso, las dos entidades señalaron a dos representantes especialmente designados, conforme a lo dispuesto en el art. 119 y 775 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los representantes procesales comparecieron a declarar como investigados, en sede judicial y en nombre de ambas personas jurídicas, el pasado 26 de julio de 2021.

SEGUNDO. - En cuanto a las personas jurídicas investigadas.

Como se ha señalado en los antecedentes de esta resolución, la representación procesal de Caixabank se interesa en el escrito RG 30718/2021 el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto de esta entidad.

La representación procesal de esta entidad señala en su escrito, en esencia, que, atendido el auto de 8/07/2021, por el que se acordaba la imputación de la entidad, y las manifestaciones del representante legalmente designado, puede apreciarse que concurre la eximente de responsabilidad criminal prevista en el artículo 31 bis del Código Penal, toda vez que, Caixabank cuenta con un plan de cumplimiento normativo y cultura de cumplimiento implantada en la entidad en el momento de los hechos objeto de investigación y contaba con medidas adecuadas para evitar la comisión de los delitos investigados dentro de su actividad.

Señala además el escrito que, en el presente caso, no concurren los elementos del tipo de descubrimiento y revelación de secretos ni del tipo de cohecho, en cualquiera de sus modalidades, añadiendo, entre otras cosas, que la entidad sí que comprobó, con la debida diligencia, a quién iba a contratar, en cumplimiento de todos los controles sobre conocimiento y legalidad del proveedor de servicios CENYT.

Según se refiere, en el caso concreto del Sr. Villarejo, investigado en la presente pieza separada, no figuraba como representante legal de la sociedad CENYT, por lo que podría ser un empleado, agente comercial o colaborador, y por ello entiende que no es posible para ningún particular, conocer el escalafón y determinar si un cliente o proveedor es funcionario del Cuerpo Nacional de Policía en activo, sin infringir la legalidad vigente.

En cuanto a CENYT, se afirma que se comprobó que Disponía de su escritura de constitución (del año 1996), su tarjeta de identificación fiscal, constancia de su objeto social, su CNAE, sus balances desde el año 2002, su Impuesto de Sociedades, sus declaraciones de IVA, notas del Registro



Mercantil sobre vigencia de cargos y depósito de cuentas (del año 2011), escrituras de nombramiento del Director General, Sr. Redondo (del año 2003), cambio de domicilio social a la novena planta de la Torre Picasso (del año 2003) o sus cuentas anuales desde el año 2009, que reflejaban su actividad mercantil, estructura de recursos, etc. Además, contaba con un establecimiento abierto al público, no constando en la causa que le hubiesen impuesto sanciones por el desarrollo de su actividad.

Considera la representación procesal de la entidad Caixabak que no concurre el elemento del tipo del artículo 31 bis 1, toda vez que la contratación de CENYT -que no del Sr. Villarejo Pérez- ningún beneficio directo o indirecto pudo reportar a la entidad.

También refiere que los hechos objeto de imputación están ampliamente prescritos y de acuerdo con la legalidad vigente y por motivos de seguridad jurídica no es posible mantener la imputación de la entidad.

Para el caso de no acordarse el sobreseimiento, se interesa que se proceda a la práctica de una diligencia de investigación, consistente en requerir a la Unidad Central de Seguridad Privada del Cuerpo Nacional de Policía los extremos que se refieren en el escrito y a los que nos remitimos por economía procesal.

Por la representación procesal de Repsol, S.A. se ha presentado también escrito RG 30906/2021, por el que se interesa el sobreseimiento de las presentes actuaciones respecto a esta persona jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 641.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 31 bis del Código Penal.

Entiende la defensa de esta persona jurídica que se debe distinguir entre el presupuesto para que la responsabilidad de una persona jurídica pueda surgir (la comisión de alguno de los delitos que pueden ser cometidos en la persona jurídica por parte de algunas de las personas señaladas en el artículo 31 bis del CP) y el fundamento de la responsabilidad del ente (el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos), entendiéndose, de esta manera, que la persona jurídica no responderá por el hecho del tercero, sino por haber hecho posible o por haber facilitado el delito debido a la ausencia de una cultura de respeto al Derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa.



Esta diferenciación entre el presupuesto y el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, conforme a la doctrina jurisprudencial que ha ido consolidando el Tribunal Supremo (entre otras, las SSTs 514/2015, 154/2016, 221/2016, 516/2016, 744/2016, 780/2016, 827/2016, 31/2017, 121/2017, 260/2017 y 759/2019), excluye la posibilidad de una responsabilidad vicarial y, por el contrario, construye la referida responsabilidad penal corporativa en el marco de la denominada autorresponsabilidad o responsabilidad por el hecho propio.

A partir de ahí señala esta defensa que REPSOL tenía implantado todo un sistema de cumplimiento normativo (o compliance, no sólo limitado a la prevención de delitos, sino dirigido a fomentar una verdadera cultura empresarial del cumplimiento normativo en general, y todo ello con carácter previo a los hechos que son objeto de investigación en esta causa, remitiéndose al Informe pericial elaborado por KPMG Asesores, en el que se exponen las conclusiones alcanzadas por dicho experto independiente tras haber realizado un análisis forense de las medidas dispuestas por REPSOL en el ámbito de la prevención de delitos corporativos, la cultura ética y el cumplimiento normativo.

TERCERO. - Como se señalaba en el auto de 8 de julio de 2021, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introduce en nuestra legislación penal tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio. Esta responsabilidad fue posteriormente modificada en nuestro ordenamiento jurídico por la reforma 1/2015 de 30 de marzo. La regulación del Código Penal se ha ido perfilando en distintos pronunciamientos jurisprudenciales deslindando el ámbito y el fundamento de dicha responsabilidad, excluyendo la posibilidad de la denominada responsabilidad vicarial, e incardinando sus previsiones en el marco de la denominada autorresponsabilidad, o responsabilidad por hecho propio¹.

La responsabilidad de la persona jurídica requiere como presupuesto la comisión de alguno de los delitos que se señalan en la parte especial del Código Penal como imputables a las mismas, por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31 bis y siguientes

¹ En este sentido, y a título de ejemplo STS 514/2015, 2 de septiembre, STS 154/2016, 29 de febrero, STS 221/2016, 16 de marzo, STS 516/2016, 13 de junio, STS 744/2016, 6 de octubre, STS 780/2016, 19 de octubre, STS 827/2016, 3 de noviembre, STS 31/2017, 26 de enero, STS 121/2017, 23 de febrero, STS 260/2017, 668/2017, de 111 de octubre 6 de abril, 757/2019, de 8 de marzo entre otras



del CP. El fundamento se encuentra en el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos que pudieran cometerse en su ámbito de organización².

El modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica ha sido definido por la jurisprudencia³ como un modelo de autorresponsabilidad o responsabilidad por hecho propio de la entidad.

En este sentido debe entenderse el art. 31bis.1 a) del Código Penal, cuando se refiere a los *"delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma"*

De este modo, a la hora valorar en las fase preparatoria la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, debemos distinguir entre el "fundamento" de la responsabilidad del ente (incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos), y "el presupuesto" para que dicha responsabilidad pueda surgir (la comisión de alguno de los delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica según el Código Penal por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31 bis y siguientes del CP), en el buen entendimiento que la persona jurídica no responde por el hecho del tercero, sino por haber sido posible, o por haber facilitado el delito, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa (autorresponsabilidad).

Es decir, una vez verificado que se ha cometido el delito (presupuesto), deberá examinarse el sistema de "respeto al Derecho" existente en el ámbito de la organización; valorar si existe un sistema eficaz de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos,

² STS 757/2019, de 8 de marzo.

³ STS 154/2016, 29 de febrero; *"el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización"*.



capaz de evitar la comisión por parte de éstos del delito cometido (de entre los enumerados en el Libro II del Código Penal).

De este modo, lo delictivo no es carecer de un sistema de "respeto al Derecho" implantado en la organización. Una persona jurídica puede funcionar en el tráfico sin un sistema de prevención de delito o "compliance" (esto, por sí solo no es una conducta típica).

Tampoco puede exigirse responsabilidad a la persona jurídica por la mera comisión por alguno de sus directivos o empleados de alguno los delitos previstos en el Libro II del Código Penal y que pueden dar lugar a la responsabilidad del ente social.

Para que la persona jurídica sea condenada, se precisa, primero, la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; segundo, que el delito haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. Y tercero, además, será necesario establecer que las medidas de prevención podrían haber evitado su comisión⁴.

Por lo tanto, a la persona jurídica se le imputa el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos.

No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica. A ésta le concierne, pues, no solo lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que

⁴ STS 160/2019, de 8 de marzo; "Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; y que haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión."



pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta.

Por tanto, no se trata tan solo de acreditar que no existía un sistema de prevención que impidió la comisión del delito, sino que deberán establecerse qué medidas concretas podrían haber evitado precisamente la comisión del delito investigado.

Esta misma resolución explicaba las razones por las que se acordaba, en el caso concreto, dirigir la investigación contra las dos personas jurídicas Caixabank y Repsol, señalando qué elementos en concreto permitían inferir los defectos en el programa de cumplimiento.

CUARTO. - El hecho de dirigir el proceso penal contra una persona determinada comporta siempre graves consecuencias para esta. Esta afectación se da tanto en el ámbito de las personas físicas como en el de las jurídicas, como es el caso de la que se refiere la presente resolución.

El sometimiento a investigación, mediante la imputación de hechos delictivos, supone, o puede suponer, una afectación del principio de presunción de inocencia entendido como estándar que garantiza el estatuto de libertad de los ciudadanos.

Es por ello, que esta actuación procesal reclama un fundamento indiciario que justifique, precisamente, la necesidad de la limitación. Dicho de otra manera; solo cuando haya razones que justifiquen la llamada al proceso como investigado, deberá impelerse a una persona a ejercitar el derecho de defensa.

El juez de instrucción, como recuerda de forma *admonitiva* el Tribunal Constitucional -SSTC 41/98, 87/2001- debe administrar de forma responsable y razonable las reglas de imputación no sometiendo al proceso penal a ninguna persona si no hay causa para ello y no manteniendo dicho efecto de imputación si desaparecen las causas o razones que lo justificaron.

Por regla general, cuando un juez se enfrenta a la decisión de pronunciarse sobre la oportunidad de seguir manteniendo a una persona física como investigada, debe hacerlo en consideración a un doble pronóstico, por un lado, de presunta tipicidad de los hechos justiciables y, por otro, en su caso, de suficiencia indiciaria objetiva y subjetiva de los mismos.

De ahí que cuando falte alguno de los dos presupuestos, resulte obligado, por exigencias derivadas del principio de presunción de inocencia ordenar la decisión de crisis anticipada que proceda, ya sea el sobreseimiento libre, por



falta de tipicidad de los hechos justiciables, ya sea el sobreseimiento provisional por debilidad indiciaria, objetiva o subjetiva (STC 186/90).

En cuanto a la oportunidad de dictar el sobreseimiento provisional de una persona jurídica en la fase de instrucción penal, debemos recordar que se trata de una opción que forma parte de las posibilidades del instructor en su función de filtro o depuración del procedimiento, cuando valora que no existen razones que justifiquen seguir adelante en la causa con alguna persona, ya sea esta física o jurídica.

Así se acordó, por ejemplo, en el seno de otro procedimiento seguido en este mismo Juzgado Central de Instrucción nº 6 (DP 85/2014, Pieza 9), en el auto de 22/03/2021 confirmado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 8 de julio de 2021.

En este sentido, en aquella resolución se señalaba;

"... No hay ningún obstáculo para que, al igual que ocurre con las personas físicas, tratándose de una persona jurídica investigada, llegado el momento en el que se han practicado todas las diligencias de investigación, pueda el Juez valorar, a partir de los indicios aportados por la acusación, si se dan los presupuestos que justifican mantener la imputación del ente corporativo.

De este modo, la investigación de las personas jurídicas, como las físicas, deberá someterse al examen de doble pronóstico antes mencionado (aparente tipicidad de los hechos justiciables y suficiencia indiciaria objetiva y subjetiva de los mismos) en la fase de instrucción del procedimiento penal, sin que sea necesario diferir la evaluación para el acto del juicio oral, cuando sea evidente que en la fase preparatoria puede decretarse la crisis anticipada.

En consecuencia, en la medida en que la eficacia del programa de cumplimiento normativo es un elemento esencial sobre el que se fundamenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y visto que, sin este presupuesto no puede existir dicha responsabilidad, tratándose de un presupuesto del tipo penal, resulta oportuno en este momento entrar a valorar sobre su efectividad."

En el presente caso, vistos los escritos presentados por las dos entidades, las declaraciones prestadas en sede judicial el día 26/07/2021 y 27/07/2021 por los representantes especialmente designados y los informes que obran en la causa,



este Magistrado considera que, en primer lugar, debemos analizar la procedencia de mantener o no la imputación de las personas jurídicas.

A.- El representante especialmente de CAIXABANK, S.A. declaró los días 26 y 27 de julio de 2021 poniendo de manifiesto que no se incumplió la normativa interna en relación con la contratación de CENYT toda vez que se siguió el procedimiento previsto en la Norma 87 de la entidad. En ese sentido, destacó que su norma interna de contratación de proveedores aceptaba la contratación verbal y directa. También que el alta del proveedor se hizo contando con numerosa información contable, societaria, fiscal y registral de la mercantil CENYT.

Por su parte, afirmó que quien contrató fue el Sr. Fernández Rancaño, dentro de sus competencias y de manera autónoma. También, dentro de sus competencias, el Sr. Fernández Rancaño, contaba con presupuesto para dicha contratación y fue quien aprobó las facturas, siendo abonadas por el servicio prestado.

Respecto a los controles habidos en la entidad bancaria para evitar la comisión de delitos destaca que en la actividad que desarrolla la entidad se identifican los delitos de cohecho y de descubrimiento y revelación de secretos con anterioridad a la comisión de los hechos que se investigan.

En este sentido, puso de manifiesto que existen multitud de controles y normas vigentes en la entidad en la fecha de los hechos y que eran conocidos por los empleados.

El representante especialmente designado hizo especial mención a la investigación interna llevada a cabo, con una búsqueda universal en los servidores de la compañía, habiendo aportado la compañía toda la información relevante.

Finalmente confirmó que la entidad cuenta con un Modelo de Prevención de Delitos en vigor desde junio de 2011 y que cuenta con un canal de denuncias, prevé sanciones, investigaciones internas, un órgano competente y autónomo, así como actividades formativas para empleados y directivos de la entidad. Dicho programa se actualiza y mejora de manera continua.

El día 28 de julio de 2021 CAIXABANK, S.A. ha aportado al procedimiento numerosa documentación en acreditación de la existencia en la entidad de una cultura de cumplimiento normativo y de controles destinados a prevenir los delitos investigados -todos ellos manifestados en la comparecencia del representante especialmente designado-:



- El Modelo de Prevención de Delitos de 29/06/2011 y sus versiones posteriores de 2012, 2017 y 2018.
- El Código Ético y principios de actuación de la entidad de 27/09/2011, aprobado por el Consejo de Administración, y sus versiones de los años 2013, 2016, 2019 y 2021.
- La Matriz de riesgos penales y controles de 29/06/2011 y sus actualizaciones de 2012, 2016, 2019, 2020 y 2021.
- El plan estratégico de formación de 2011 a 2014 y las circulares informativas difundidas desde la entrada en vigor del Código Penal.
- Certificado de número de denuncias tramitadas en los años 2011 y 2012, así como la creación del Canal de Consultas y Denuncias.
- El sistema disciplinario de la entidad.
- La política de investigaciones internas en sus versiones de los años 2013 y 2017.
- El órgano de la función de cumplimiento, habiendo aportado su estatuto de 2007, y posteriores modificaciones de su normativa de los años 2012, 2017 y 2020.
- Asimismo, la entidad ha obtenido la certificación de su Modelo por parte de AENOR conforme a las normas UNE 19601:2017 "Sistema de Gestión de Compliance Penal" e ISO 37001:2017 "Sistema de Gestión de Antisoborno".
- Respecto a los controles específicos para la prevención de los delitos investigados, se ha aportado la siguiente normativa:
 - o En relación con la prevención de la comisión en el seno de la persona jurídica de un delito de descubrimiento y revelación de secretos:
 - Políticas globales corporativas: Código Ético, Código de Conducta Telemático y Política de Seguridad de la Información.
 - Normas internas que regulan la operativa: Norma 47 de tratamiento y confidencialidad de los datos personales, Norma 66 de seguridad informática, Norma 111 de archivo, prescripción y destrucción de la documentación y Norma 137 de cumplimiento normativo.
 - Controles y procedimientos operacionales: ISO 27001/2 sobre la seguridad de la información, existencia de un Comité LOPD y auditorías periódicas, y existencia de un Comité de Seguridad de la Información.
 - o En relación con la prevención de la comisión en el seno de la persona jurídica de un delito de cohecho:
 - Políticas globales corporativas: Código Ético y Política de Admisión de Clientes.
 - Normas internas que regulan la operativa: Norma 26 de Gastos de empleados y viajes corporativos, Norma 53 de Alfabético, Norma 87 del modelo de gestión presupuestaria, Norma 91 de Gastos generales y compras y Norma 137 de cumplimiento normativo.



- Controles y procedimientos operacionales: Matriz de límites en la concesión de operaciones de activo, existencia de un Comité de créditos, control presupuestario, control de los límites concedidos por línea y por propuesta de aprobación (aplicación IPC) o necesidad de documentación contractual (SGP), procedimientos internos en la contratación de proveedores de bienes o servicios, y control centralizado de préstamos a partidos políticos y necesidad de información sobre dichos préstamos a la Administración Pública. Asimismo, limitación cuantitativa a pagos en efectivo relacionados con gastos de empleados, prohibición de obsequios a funcionarios y prohibición de gastos no justificados o razonables sometidos a auditoría.

Asimismo, en contestación al oficio de 23 de diciembre de 2019 se habría aportado documentación acreditativa de la existencia del Modelo y la investigación interna realizada.

Dicho de otro modo, antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma de Código Penal, CAIXABANK contaría en su organización con una cultura de respeto al derecho, habiendo adoptado todo tipo de manuales, códigos y políticas para evitar la comisión de delitos en su seno; y realizando actividades formativas entre todos sus empleados y directivos.

A la vista de la documentación aportada, CAIXABANK, S.A., ha sido capaz de acreditar que, en el momento de los hechos investigados, contaba con un modelo de organización y gestión para la prevención de delitos que cumplía en la fecha de los hechos investigados con los requisitos esenciales de un modelo de prevención penal corporativo, de conformidad con el tenor del artículo 31 bis del Código Penal en vigor en dichas fechas.

B.- Por su parte, la representante especialmente designada de REPSOL, S.A. declaró el día 26 de julio de 2021 y aseguró que la contratación de CENYT la llevó a cabo el área competente de REPSOL, S.A., siendo quien autoriza la contratación el Sr. Araujo Bernabé.

Asimismo, afirmó que toda la contratación consta en los sistemas de REPSOL y que la compañía cuenta con traza de todo lo que se realizó. Para lo que aquí interesa, afirmó que no se incumplió la normativa interna y que no se ha producido una situación irregular en la compañía.

Que la compañía cuenta con controles para evitar la contratación de un funcionario público, y que ya desde 2005



tienen implantados un programa de cumplimiento que contenía, en esa fecha, normativa anticorrupción, y que a fecha de los hechos investigados contaba REPSOL, S.A. con un programa eficaz para prevenir delitos.

Mediante el escrito RG 30722/2021, de 27/07/2021, la defensa de REPSOL, S.A. presentó un informe de 27 de julio de 2021, elaborado por un tercero independiente, la consultora KPMG, que analiza las medidas implantadas por la Compañía en el ámbito de la prevención de delitos corporativos, cultura ética y cumplimiento normativo.

Si bien no se aporta la concreta documentación, en dicho informe se concluye que REPSOL, S.A. ya había adoptado medidas de debido control en materia ética y de cumplimiento antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal.

Asimismo, tras la entrada en vigor de dicha norma, REPSOL, S.A. habría implementado en el primer semestre del año 2011, esto es, antes de los hechos objeto de investigación, un programa de prevención de delitos. Dicho Programa fue auditado por un externo el 20 de mayo de 2011 que concluyó que "no se apreciaban aspectos significativos no sometidos a controles".

El Modelo de cumplimiento normativo instaurado en la entidad, contaba ya en 2011 con un órgano de la función de cumplimiento, mapa o matriz de riesgos penales, políticas procedimientos y controles, canal de denuncia, sistema disciplinario y monitorización del mismo.

En concreto, para mitigar el riesgo de la comisión de un delito de cohecho REPSOL contaría con 72 controles y para mitigar el riesgo de la comisión de un delito de descubrimiento y revelación de secretos 69 controles.

Finalmente, desarrolla las actualizaciones de dicho Modelo en los años sucesivos a través de una verificación y actualización periódica del programa.

Asimismo, en contestación al oficio de 23 de diciembre de 2019 se habría aportado documentación acreditativa de la existencia del Modelo y la investigación interna realizada.

En definitiva, REPSOL, S.A., ha sido capaz de acreditar que, en el momento de los hechos investigados, contaba con un modelo de prevención penal adecuado y con controles eficaces para la prevención de los delitos investigados.



QUINTO. - Sobreseimiento de las mercantiles CAIXABANK, S.A. y REPSOL, S.A.

Como se ha señalado anteriormente, el hecho de dirigir un proceso penal contra una persona jurídica comporta graves perjuicios, por ello, la actuación procesal reclama un fundamento que justifique la llamada al proceso como investigado y, en caso de que no haya causa para ello, no someter a la persona al proceso penal o dejar sin efecto su imputación en cuanto desaparezcan las causas o razones que lo justificaron (SSTC 41/98, 87/2201).

Pues bien, para lo que aquí interesa, como ya estableció la Sentencia del Excelentísimo Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, la circunstancia prevista en el artículo 31 bis. 2 del Código Penal forma parte del tipo objetivo de la imputación de la persona jurídica, "puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de persona jurídica (...) por lo que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia de la infracción".

Así, una vez constatada la ausencia de este elemento objetivo del tipo "lo que persigue esencialmente [el Código Penal] no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputaciones para la entidad" (Sentencia del Excmo. Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero). Por tanto, "debe por ello permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable" (Sentencia del Excmo. Tribunal Supremo 548/2018, de 13 de noviembre).

Las normas, procedimientos y controles en materia de prevención penal se deben analizar siempre desde la perspectiva de la actividad que desarrolla la persona jurídica, los riesgos asociados a dicha actividad y la casuística concreta donde es previsible que puedan materializarse estos riesgos.

Analizadas las diligencias practicadas y, en concreto, la documental aportada, se considera que ambas mercantiles tenían implantado, al tiempo de producirse los hechos objetos de la presente pieza separada, un sistema de prevención y



cumplimiento eficaz, sin que las acusaciones hayan aportado elementos de cargo que permitan concluir la existencia de un defecto estructural en los modelos de prevención, vigilancia y supervisión vigentes en las compañías.

La documentación aportada, por tanto, permite constatar que los mecanismos de prevención implantados existían y eran adecuados, con independencia de la final ocurrencia de los hechos objeto de investigación. Por tanto, concurre la eximente de responsabilidad criminal prevista en el artículo 31 bis del Código Penal, toda vez que, a través de la documentación que se acompaña, y de las declaraciones de los representantes especialmente designados, consta acreditado que CAIXABANK, S.A y REPSOL, S.A. contaban con un plan de cumplimiento normativo y cultura de cumplimiento implantados en la entidad en el momento de los hechos objeto de investigación. CAIXABANK, S.A. y REPSOL, S.A. contaba con medidas adecuadas para evitar la comisión de los delitos investigados dentro de su actividad.

Tal y como afirmaba este en el auto de 13 de enero de 2020, en otras diligencias previas seguidas en este mismo órgano judicial: *...“En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad» (STS 221/2016 de 16 de marzo).”*

Por su lado, el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 7 de mayo de 2020 señalan; *“(...) lo único a lo que está obligado legalmente quien ostenta una responsabilidad de un grupo organizado es adoptar los mecanismos para que en esa entidad se establezca un control eficaz de detectar cualquier infracción y esa previsión legal está contenida en la sociedad que presidía (...)”* (el subrayado es nuestro)

Quien suscribe esta resolución entiende que atendida la valoración que se ha realizado en el fundamento jurídico anterior de los programas de cumplimiento normativo instaurados en las dos personas jurídicas analizadas, las entidades Caixabak y Repsol S.A., puede concluirse que ambas tenían implantado, al tiempo de producirse los hechos objeto de la presente pieza separada un sistema de prevención y cumplimiento eficaz, sin que se haya aportado por la Fiscalía



ni por la acusación particular personada elementos de cargo que permitan concluir la existencia de un defecto estructural en el modelo de prevención, vigilancia y supervisión vigente en la sociedad.

Tanto la jurisprudencia como la propia Circular de la FGE 1/2016, han puesto en valor la importancia de valorar la existencia de una "*cultura de cumplimiento*" implantada en la sociedad, como fundamento de la responsabilidad penal.

La existencia de un sistema de cumplimiento normativo no puede medirse desde la exigencia de una "*eficacia absoluta*" de suerte que su mera existencia impida la aparición de cualquier delito, sino desde la capacidad del ente corporativo de prevenir, y en su caso, reaccionar de forma eficaz frente a la comisión del delito.

Resulta suficiente para poder configurar el sistema sobre el que descansa la responsabilidad penal de la persona jurídica, que se pueda constatar, como ocurre en el presente caso, que existía una cultura de cumplimiento normativa debidamente instaurada en la sociedad, y que el programa presenta rasgos evidentes de eficacia en su funcionamiento.

Ambos presupuestos se pueden observar en el presente caso, tal y como se infiere del análisis de los programas de cumplimiento que, de modo minucioso, se ha efectuado en el fundamento de derecho anterior.

En consecuencia, debe acordarse al SOBRESIMIENTO PROVISIONAL de las actuaciones respecto de las personas jurídicas Caixabank y Repsol, S.A., al amparo de lo dispuesto en el art. 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 31bis del Código Penal, al no haber resultado debidamente justificada la existencia de un incumplimiento grave de los deberes de control, vigilancia o supervisión por parte de la entidad, respecto de la actuación de sus empleados, y además, al haberse constatado la adopción y ejecución, antes de la comisión del delito, de un modelo eficaz de prevención supervisado por un órgano autónomo.

Sin perjuicio de lo anterior, queda a salvo la posibilidad de que la entidad pueda responder como responsable civil subsidiaria respecto de los delitos imputados a las personas físicas vinculadas a la misma.

SEXTO. - En cuanto a las personas físicas Isidoro Fainé Casas y Antonio Brufau Niubó.

Por las representaciones procesales de los investigados, Isidoro Fainé Casas y Antonio Brufau Niubó se solicita sobreseimiento al amparo del artículo 641 y concordantes de la LECrim.



Practicadas las declaraciones acordadas en su día y recibida la documental aportada por las dos mercantiles, procede pronunciarse favorablemente respecto de ambas peticiones.

El Auto de 14 de abril de 2021 motivó la investigación de ambos Presidentes sobre la base de 3 elementos que, a juicio de la Acusación Pública, hacían necesaria su llamada al procedimiento penal. En primer lugar, a que el Informe de REPSOL, S.A. (folio 191 y ss.), elaborado por su Director de Cumplimiento, apuntaba a una conversación entre ambos Presidentes y aun acuerdo en "compartir los servicios de información contratados a Cenytt". En segundo lugar, por un documento hallado en el domicilio de Rafael Redondo Rodríguez (Charla-2.11.11) en el que se hacía una referencia genérica al despacho que Miguel Ángel Fernández Rancaño tenía que hacer "con su señorito". Y, finalmente, de las declaraciones practicadas hasta esa fecha, que hacían necesario aclarar la relación que ambos Presidentes habían tenido en la contratación por parte de sus Directores de Seguridad de Cenytt.

En relación con Isidro Fainé Casas se alega por parte de su representación procesal que no concurren indicios sobre su participación directa o indirecta en los hechos objeto de investigación. Así, si bien es cierto que existió una conversación entre el Sr. Fainé y el Sr. Brufau, no negada por ninguna de las partes, sobre la contratación que ejecutaron los Directores de Seguridad de ambas empresas, no consta en la causa otra participación del Sr. Fainé que informar a Miguel Ángel Fernández Rancaño que REPSOL, S.A. ya habría contactado con una empresa y que hablase con su homólogo de REPSOL, S.A.

Por tanto, no consta participación del Sr. Fainé en la contratación de la mercantil CENYTT, que recordemos, fue ejecutada por el Sr. Fernández Rancaño. Tampoco consta un especial conocimiento sobre la empresa, ni antes, ni después de la contratación, ni del Sr. Villarejo, ni antes, ni después de la contratación, ni de los detalles del contrato.

Tampoco consta que el Sr. Fainé hiciese un especial seguimiento de dicha contratación tras la conversación mantenida con el Sr. Brufau. Ni tan siquiera que ambos volviesen a hablar sobre el asunto en cuestión.

En el mismo sentido se pronuncia la defensa del Sr. Brufau, que defiende la falta de indicios de la participación o especial conocimiento del Sr. Brufau respecto de la contratación de CENYTT. La contratación la realizó Rafael Araujo Bernabé en el ámbito de sus funciones, sin recibir



instrucción al efecto. Por su parte, tampoco consta en las actuaciones que Antonio Brufau tuviese conocimiento de a qué empresa se contrataba, ni de la existencia del Sr. Villarejo Pérez.

Y es que, efectivamente, no consta en la causa, más allá de las declaraciones prestadas, documento o grabación que acredita, al menos indiciariamente, la participación de ambos Presidentes en la contratación de CENYT.

Ambas representaciones defienden, en consecuencia, la imposibilidad de mantener una responsabilidad objetiva por razón del cargo, respecto de Presidentes (en el caso del Sr. Fainé no ejecutivo) de grandes organizaciones de gran complejidad.

Así, en toda la documentación aportada por ambas compañías no se desprende que estos tengan una obligación de supervisión y vigilancia, sino más bien al contrario. Esa supervisión y vigilancia está delegada en los órganos competentes para ello.

La contratación no recaía en el ámbito de control del Presidente de la compañía, sino en el de sus Directores de Seguridad. Por tanto, sin indicios que apunten a que los Presidentes de las compañías interviniesen de manera directa en los hechos investigados, no es posible transferir a dichos Presidentes una obligación de supervisión y vigilancia corporativa, que está delegada en los órganos competentes para ello.

Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico no cabe la responsabilidad objetiva por razón del cargo, en este sentido, no es posible mantener la imputación de los máximos responsables de las compañías, por el mero hecho del cargo que ostentan, en ausencia de indicio sólido de su participación directa o indirecta en los hechos investigados.

A la vista de lo anterior, no se debe perder de vista la situación a la que se somete a una empresa cuando, no solo se imputa responsabilidad a la persona jurídica, sino también a la figura de su Presidente; máximo representante de la compañía interna y externamente.

Como recuerda la S.T.S. nº 548/18, de 13-11-2018, que alude la nº 202/18, de 25-4-2018, de forma clara y concisa indica que: "Debe por ello permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a



una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es plenamente irresponsable”.

La decisión, por tanto, redunda en que los procesos penales no deben sufrir dilaciones indebidas, sino también deben evitar los daños reputacionales de naturaleza empresarial que implicaría el mantenimiento de una artificial atribución delictiva carente de sustancialidad (Auto 405/2021, de 8 de julio, de la Sección 4ª de la Audiencia Nacional).

La decisión que se adopta, por tanto, no es prematura. No quedan diligencias necesarias o útiles que practicar respecto de la participación de ambos Presidentes en los hechos investigados.

Se han practicado sin demora las diligencias esenciales necesarias para el esclarecimiento de los hechos, así, se ha recibido declaración en calidad de investigados a Rafael Eduardo Araujo Bernabé, Miguel Ángel Fernández Rancaño, Rafael Ramón Girona Hernández, Luis Suárez de Lezo Mantilla, Juan José de Amunátegui Rodríguez, Joaquin Uris Lloret, Antonio Massanell Lavilla, Rafael Redondo Rodríguez, José Manuel Villarejo Pérez, Enrique García Castaño, así como a Isidoro Fainé Casas y Antonio Brufau Nuibó y a los representantes especialmente designados de las personas jurídicas.

Se ha recibido declaración en calidad de testigos a Fernando Ramírez Mazarredo, Rodrigo Álvarez Vázquez, Luis del Ribero Asensio, Ruben Benavent, María Isabel Moreno Salas, Santiago Cuadro Ramírez, Juan Carlos Corsico Dominguez, Blas Manuel Perez Álvarez y Fernando Marco Mañas.

Consta en la presente Pieza el Oficio de la Unidad de Asuntos Internos de 13 de diciembre de 2019 Asunto “CDO. PROYECTO”, El Informe de la U.A.I. [REGISTRO DE SALIDA 2021002000400001125] de fecha 29 de abril de 2021, El Informe de Asuntos Internos de 28 de abril de 2019, “CDO. AVANCES”, así como la documental aportada por las partes personadas, identificada en el Razonamiento Jurídico ...

En el Auto de 13 de julio de 2021, de prórroga de la instrucción, aunque apuntaba a las diligencias pendientes en ese momento -consistentes en: “recabar de la Tesorería General de la Seguridad Social relación nominal de trabajadores de Cenyt y de la AEAT los modelos 347 de operaciones con terceros de Cenyt de los años 2011 y 2012” - y aunque está pendiente el Oficio a la U.A.I. para que informe acerca de si “los citados escalafones fueron objeto de publicación en la Orden General de la Dirección General de la Policía o por cualquier otro



medio, y las condiciones para el acceso a la misma por parte de los miembros del CNP, en particular si los agentes que no están en activo pueden consultar esta Orden", [CONFIRMAR] ninguna de esas diligencias pendientes, afectan a la decisión que ahora se viene a adoptar.

Todo lo anterior, confirma la ausencia de indicio alguno respecto de la participación directa o indirecta de los Presidentes de ambas compañías, Isidro Fainé Casas (Presidente no ejecutivo al tiempo de los hechos) y Antonio Brufau en los hechos investigados. No siendo posible mantener por más tiempo su imputación en la presente causa, a la vista de la ausencia de diligencias adicionales que practicar y de los daños reputacionales que se deben evitar.

Por todo ello, debe decretarse el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto de Isidro Fainé Casas y Antonio Brufau Nuibó, ex art. 641.2 de la Lecrim, en relación con éste investigado, al entender la existencia de delito previo, pero no existen motivos suficientes para acusar a estos como autores, cómplices o encubridores del mismo.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda el SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL de las actuaciones respecto de las personas jurídicas Caixabank y Repsol, al amparo de lo dispuesto en el art. 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 31bis del Código Penal, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que pudieran corresponderle.

Se acuerda el SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL de las actuaciones respecto de Isidro Fainé Casas y Antonio Brufau Niubó, al amparo de lo dispuesto en el art. 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, investigados y demás partes personadas haciéndole saber que la presente resolución no es firme, y pudiendo interponer contra ella, Recurso de reforma y/o subsidiario de apelación, en el plazo de tres días desde su notificación, o recurso de Apelación directa, en el término de los cinco días siguientes a su notificación.

Así lo acuerdo y firmo, MANUEL GARCÍA-CASTELLÓN, Magistrado-juez del Juzgado Central de instrucción número seis de la Audiencia Nacional.