

¿Situación privilegiada hasta que demuestro mi 'compliance'?

POR BERTA AGUINAGA Socia de Ontier en Penal Económico

La reciente Sentencia 154/2016 constituye el primer pronunciamiento de nuestro TS sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su fundamento.

Advirtamos, sin ánimo de restarle ninguna importancia, que el pronunciamiento constituye un 'obiter dicta', esto es, un pronunciamiento que no afecta en modo alguno al fallo ni forma parte de la fundamentación que determina el fallo, pese a que haya provocado que una parte de los magistrados hayan manifestado su opinión discrepante mediante un voto particular. Por tanto, hablar de una jurisprudencia consolidada en el seno del TS quizá sea demasiado aventurado.

La reciente Sentencia 154/2016, de 29 de febrero, constituye el primer pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo (TS) sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su fundamento.

Advirtamos, sin ánimo de restarle ninguna importancia, que el pronunciamiento constituye un *obiter dicta*, esto es, un pronunciamiento que no afecta en modo alguno al fallo ni forma parte de la fundamentación que determina el fallo, pese a que haya provocado que una parte de los magistrados hayan manifestado su opinión discrepante mediante un voto particular.

Por tanto, hablar de una jurisprudencia consolidada en el seno del TS quizá sea demasiado aventurado. Antes al contrario, habrá que esperar a pronunciamientos futuros para saber verdaderamente de qué pie

cojea en lo que al fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica se refiere.

Hecha la anterior precisión, lo cierto es que precisamente ese *obiter dicta* ha generado un debate en torno a si la opinión mayoritaria del TS introduce un privilegio para la persona jurídica en materia probatoria. Para la mayoría de los magistrados no existe tal privilegio. Pero para los magistrados firmantes del voto particular adjunto a la Sentencia, sí.

El debate es consecuencia directa de una discusión de mayor calado que es la determinación de la naturaleza jurídico-penal del defecto de organización o ausencia de medidas de control que el Código Penal, en su artículo 31 bis, exige para la apreciación de la responsabilidad penal.

Dos son las posturas mantenidas en dicho debate. Por un lado, la de la mayoría de los magistrados del TS, quienes consideran que el "defecto de organización" de la persona jurídica es el fundamento de su responsabilidad penal: el núcleo de la tipicidad de la responsabilidad. Por otro lado, los magistrados discrepantes sostienen que la eventual existencia de un modelo de organización y gestión -lo que en el argot jurídico se conoce como 'programas de compliance'- en el seno de la empresa orientado a la prevención y evitación de la realización de conductas criminales no es el fundamento de la responsabilidad penal, sino una causa de exención de la misma.

La toma de postura al respecto es necesaria para valorar si existe o no una situación privilegiada en materia probatoria que beneficie a la persona jurídica, toda vez que si se opta por la primera opción habrá de ser la acusación la que habrá de probar la existencia del delito. Sin embargo, si se aboga por una causa de exención de la responsabilidad penal, corresponderá a la propia empresa probar que efectivamente existían los adecuados procedimientos de control y organización, debiendo probar también entonces que la persona física que cometa el delito lo hizo eludiendo fraudulentamente el programa de *compliance*. La carga de la prueba se invierte.

Centrada así la cuestión, nos decantamos por la primera opción, por la sostenida por la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo. El "defecto de organización" o "ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos" en la empresa es el fundamento de su responsabilidad penal. De hecho, lo que el artículo 31 bis.1 viene a estable-

La experiencia demuestra que quien más esfuerzos realiza por probar su inocencia es el investigado o encausado

La proactividad del investigado no puede suponer la renuncia a un principio tan sagrado como la presunción de inocencia

cer son los títulos de imputación de la persona jurídica; esto es, el núcleo típico de su responsabilidad penal. Efectivamente, el defecto de organización o ausencia de medidas de control dentro de la empresa, objeto de la prevención establecida en los programas de *compliance*, es el punto de partida de todo análisis probatorio para considerar si una persona jurídica merece ser condenada por los delitos cometidos por las personas físicas que actúan en su nombre, por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto.

Sostener lo contrario supone, a pesar de lo indicado por los magistrados discrepantes, una objetivación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Una culpabilidad automática, vulneradora de sus derechos fundamentales a la defensa y a la presunción de inocencia, y proscrita por el propio TS, que en su Sentencia de 2 de septiembre de 2015, ya anticipó que "cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal".

La acusación es quien debe probar que la persona jurídica es culpable, incluyendo así la prueba del "defecto de organización" de la empresa y que el delito se cometió por la ausencia total de controles internos para prever y sobre todo evitar la conducta. Lo contrario equivaldría a afirmar que la empresa, como sujeto, primero, investigado y, posteriormente, encausado en el procedimiento penal, será presuntamente culpable hasta que demuestre su *compliance*.

Del voto particular se desprende cierta reticencia de los magistrados discrepantes a exigir de la acusación la acreditación de la ausencia de medidas de control o defecto de organización, situando la cuestión en el terreno de la *probatio diabólica* por la imposibilidad de prueba sobre hechos negativos. Pero no es así. Piénsese, por ejemplo, en los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 316 y ss del CP) y en las condenas a administradores de sociedades imputados por accidentes de trabajo de sus empleados por no haber puesto a su disposición los procedimientos y sistemas de seguridad y salud adecuados en el desempeño de su trabajo.

No nos confundamos. Es cierto que, como la experiencia demuestra, quien más esfuerzos realiza por probar su inocencia -pese a lo paradójico del planteamiento- siempre es el investigado/encausado y que, trasladándolo al caso que nos ocupa, será la persona jurídica quien desee probar desde el primer minuto después de su imputación, mediante la aportación de su programa de *compliance*, que el "defecto de organización" no existió y que el delito se cometió por la fraudulenta evasión de los controles.

Pero la proactividad del investigado o encausado, según sea el caso, no puede suponer la renuncia a un principio tan sagrado del proceso penal como es la presunción de inocencia, que impone la carga de la prueba a quien acusa, independientemente de que el investigado o encausado sea una persona física o jurídica. Las personas son inocentes hasta que se demuestre lo contrario, o al menos, así debiera ser.

Será la persona jurídica quien desee probar desde el primer minuto después de su imputación, mediante la aportación de su programa de 'compliance', que el "defecto de organización" no existió y que el delito se cometió por la fraudulenta evasión de los controles. Pero la proactividad del investigado o encausado, según sea el caso, no puede suponer la renuncia a un principio tan sagrado del proceso penal como es la presunción de inocencia, que impone la carga de la prueba a quien acusa, independientemente de que el investigado o encausado sea una persona física o jurídica. Las personas son inocentes hasta que se demuestre lo contrario, o al menos, así debiera ser.

Primer fallo del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas

Los expertos desmenuzan la sentencia

Una veintena de abogados analiza las virtudes y carencias de una sentencia que no ha podido entrar a examinar aspectos fundamentales

XAVIER GIL PECHARROMÁN

Los expertos en Derecho Penal consideran que la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de febrero de 2016 -la primera que emite el Alto Tribunal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas-, no resulta controvertida, aunque debido a las características de las empresas y al tipo de delito -tráfico de drogas-, han quedado muchas dudas legales por responder y los propios magistrados han anunciado decisiones jurisprudenciales que habrá que adoptar en un futuro.

Un texto muy relevante

“Es una sentencia muy relevante, pues ofrece interpretaciones concretas sobre determinadas cuestiones como la defensa o representación en Sede Judicial de la persona jurídica. Sin embargo, al tratarse de un delito contra la salud pública no se han podido concretar principios generales aplicables de futuro, pues no va a ser este un delito de frecuente comisión por empresas, como señala el voto particular emitido por varios magistrados”, comenta Beatriz Saura Alberdi, directora del departamento Penal y Compliance de Legal y Económico.

Cuatro aspectos relevantes

Antonio Camacho, fiscal en excedencia y Counsel de Penal Económico de Pérez-Llorca estima que a pesar de la complejidad técnica de la sentencia, resaltan cuatro aspectos relevantes: (i) la afirmación, como no podía ser de otra manera, de que todas las garantías propias del proceso penal son de total aplicación a las personas jurídicas; (ii) la sentencia discute la tesis de la Fiscalía General del Estado (FGE) de que la existencia de una política de prevención en la persona jurídica constituye una excusa absoluta, para estimar que, de existir esa política, nos encontraríamos ante la inexistencia misma de la infracción respecto de la persona jurídica; (iii) excluye la aplicación de la pena de disolución respecto de una de las personas jurídicas, sobre la base de que teniendo más de cien trabajadores, al aplicar dicha pena estos habrían de sufrir graves perjuicios no habiendo tenido ninguna relación con la comisión del delito; y (iv) finalmente, la sentencia va acompañada de un voto particular, que discute la tesis de que la acusación deba acreditar la inexistencia de una cultura de prevención de delitos en la persona jurídica para conseguir la condena de la misma, estimando que debe ser la persona jurídica la que alegue y acredite la preexistencia de esa cultura de prevención.

Condena sin ‘provecho’ de la sociedad

“Llama la atención que exista condena en un supuesto en el que no se produce *provecho* para la persona jurídica, dado que la actividad delictiva

Los expertos dan su opinión

“No se han podido concretar principios generales por la naturaleza del delito”

B. Saura, Legal&Económico



“Esta sentencia discute la tesis mantenida en su circular por la Fiscalía del Estado”

Antonio Camacho, Pérez-Llorca



“El delito se realiza con los medios de la sociedad, no delinque ella”

Martín Bilbao, B. Barrilero



“Es necesaria la ponderación del juez entre la actividad legal y la ilegal que realiza”

Óscar Morales, Uría Menéndez



“La inexistencia de delito puede ser declarado en la instrucción con un sobreesimiento”

Mar de Pedraza, De Pedraza A.



“La ausencia de cultura de respeto al Derecho no puede ser nunca una eximente”

Rodríguez-Sahagún, CMS A&SL



nada tiene que ver con la actividad empresarial de la persona jurídica, sino que se lleva a cabo una utilización de sus medios para cometer un delito contra la salud pública. Por otra parte, la Sentencia no se plantea la eficacia de mecanismos de prevención de delitos, dado que no existían en las sociedades condenadas. Sin embargo, es muy significativo el hecho de que la Sala se hace eco de la postura mantenida por la reciente Circular de la Fiscalía General del Estado, 1/2016 STS, por la cual ha de examinarse la “cultura ética empresarial” mantenida históricamente por la empresa, diferenciando esta de la de cada una de las personas físicas que la integran”, dice Martín Bilbao Lorente, miembro del Equipo Directivo de la División Penal del Bufete Barrilero y Asociados.

Actividad legal e ilegal

La sentencia se refiere a la ponderación legal que debe realizar el juez entre la actividad legal o ilegal de la persona jurídica. Óscar Morales, socio de Uría Menéndez, explica que el Código Penal “obliga a realizar un ejercicio de ponderación entre la actividad lícita de la empresa y la actividad ilícita. Si la empresa es una tapadera para la comisión de delitos, deberá disolverse; y no procederá la disolución ni cuando se cometa un delito en su seno, ni cuando ello suceda en ausencia total de modelos de prevención del delito”.

Inexistencia de la infracción

Mar de Pedraza, socia directora de De Pedraza Abogados, considera que la sentencia suscita un interesantísimo debate de tipicidad en el que personalmente comparte el criterio de la mayoría del Pleno de la Sala Segunda: “A nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción. Así, el 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 constituye el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Y, de esa forma, es una evidencia que la prueba de su concurrencia corresponde a la acusación, así como que la ausencia de este elemento del tipo objetivo puede ser declarada en fase de instrucción mediante el oportuno sobreesimiento. Lo que, sin duda, tiene un enorme impacto en la estrategia de la defensa”, señala la letrada.

La acusación debe acreditar la ausencia de cultura ética

Miguel Ángel Rodríguez-Sahagún, socio del Departamento Mercantil y M&A de Ceca Magán, determina que la sentencia del Alto Tribunal se aparta de las directrices establecidas en la Circular 1/2016 de la Fiscalía, pues entiende que “la ausencia de una cultura de respeto al Derecho es un ele-

Para ser condenado debe darse uno de estos dos supuestos: multirreincidencia o uso instrumental para cometer el delito

El legislador debería definir con mayor detalle el contenido y alcance de los modelos de cumplimiento penal

El voto particular niega que un término jurídico indeterminado como 'cultura corporativa' determine una imputación penal

La indefinición de en qué consiste y cuándo se logra la cultura corporativa hace casi imposible exigir la responsabilidad penal

Los expertos dan su opinión

“ Hay que tomar con cautela el pronunciamiento, sin el apoyo de siete de los magistrados ”

Luis Miguel García, Lupicinio



“ Tendrá que precisarse la distinción entre la falta de infracción y la eximente ”

Manuel Camas, Gaona Abogado.



“ No creo que pueda hablarse de un modelo privilegiado en materia probatoria ”

Berta Aguinaga, Ontier



“ Se debe definir en qué consiste la cultura de respeto al Derecho en el seno de la empresa ”

Bernardo del Rosal, Clifford Ch.



tos. Es claro que la no disolución automática es la regla y no la excepción, porque así lo establece el propio código penal, pero parece que habrá que esperar sentencias posteriores para que la jurisprudencia se perfile en este aspecto”.

Cultura del respeto

Manuel Camas, presidente de Gaona Abogados, estima que “en la propia sentencia hay tres planteamientos divergentes: el de la mayoría de los magistrados, el del voto particular y el de la Fiscalía General del Estado en su reciente circular 1/2016. Tendrá en el futuro que precisar el TS la distinción entre la inexistencia de infracción basada en la cultura de respeto al Derecho y la eximente. Desde luego parece necesario iniciar ese camino para no abocar a las personas jurídicas a la indefensión”.

Derecho fundamental a la defensa

“No considero que pueda hablarse de un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria en la medida en que el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica es precisamente la ausencia del debido control o el defecto de organización que posibilita la comisión del delito. Al igual que ocurre con la persona física, ha de ser la acusación quien pruebe la culpabilidad del acusado, ya sea esta una persona física o jurídica, como es el caso, siendo así que a esta le asiste, al igual que a la persona física, el derecho fundamental a la defensa bajo la vigencia constante del principio acusatorio”, afirma Berta Aguinaga, socia de Ontier en el área de Penal Económico.

Sin elementos de prueba

Indica Bernardo del Rosal, catedrático de Derecho Penal y *of counsel* de Clifford Chance, que “tiene razón el voto particular al señalar que no hay elementos subjetivos adicionales del tipo que exijan a la acusación demostrar, en cada supuesto enjuiciado, que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica. Su exigencia no tiene amparo legal y conlleva unos graves niveles de incertidumbre, porque habría que definir en qué consiste y cuándo se logra esa cultura y cuándo no existe, haciendo casi imposible la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas”.

Debate sobre la naturaleza y los elementos

“La sentencia no zanja el debate sobre la naturaleza y los elementos que configuran la responsabilidad de las empresas. Al contrario, lo abre al más alto nivel como pone de manifiesto el voto particular suscrito por siete de los 15 magistrados que componen la Sala. Sin duda, el aspecto más con-

flitivo lo representa la relevancia que la sentencia mayoritaria otorga a la cultura de cumplimiento que se consagra como termómetro para medir la responsabilidad penal de las empresas. Hasta tal punto que su ausencia constituye el elemento nuclear del tipo y, por tanto, debe ser acreditado en cada caso por la acusación para que pueda prosperar su pretensión de condena. Y ahí surge la objeción de los discrepantes. El debate está servido y promete más secuelas”, estima Ignacio Sánchez, *counsel* del Área de Litigios, Arbitraje y Penal Económico de la oficina de Hogan Lovells en Madrid.

Se impone la cultura del cumplimiento

Nieves Briz, socia y responsable de Gobierno Corporativo y Compliance de Jausas, razona que “la carga de la prueba es una cuestión polémica, como demuestra el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo y la discrepancia de opiniones entre esta resolución y la Fiscalía. Más allá de lo que pueda suceder en un procedimiento penal, todas las partes coinciden en la necesidad de que exista una cultura de cumplimiento en el seno de las organizaciones, y eso es lo que debe primar en la práctica”.

Sigue las tendencias internacionales

“Aunque la Sentencia no fija jurisprudencia en materia de modelos de Compliance, al tratarse de un *obiter dicta* y ser además el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo en esta materia, sí que marca una tendencia perfectamente definida. Así, tras la reciente circular 1/2016, que hizo énfasis en la importancia de modelos de *Compliance* para generar una adecuada cultura corporativa, la Sentencia incide sobre ello hasta el punto de considerar este aspecto como el verdaderamente esencial, siendo dichos modelos un modo de plasmación de su existencia. Aunque este y otros extremos han provocado el voto particular de algunos magistrados, opuestos a que un término jurídico indeterminado como *cultura corporativa* determine una imputación penal, lo cierto es que sigue las tendencias que se observan a nivel internacional en esta materia”, según Alain Casanovas Ysla, socio responsable de Compliance en KPMG Abogados.

No sólo afecta al Código penal

Finalmente, Antonio Montero, director del Departamento Tributario de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, afirma que “es preciso efectuar una revisión de los modelos de gestión implantados como consecuencia de la modificación operada en el CP en 2010 para adecuar los mismos a los cambios operados en 2015, que afectan, no sólo a la norma penal sino también, y de forma especialmente intensa, a la norma administrativa tributaria”.

Los expertos dan su opinión

“ Esta sentencia abre más el debate, como pone de manifiesto el voto particular ”

Ignacio Sánchez, Hogan Lovells



“ Más allá del procedimiento penal, hay acuerdo de una necesidad de cumplimiento ”

Nieves Briz, Jausas



“ La sentencia incide sobre los modelos más allá de la circular de la Fiscalía General ”

Alain Casanovas, KPMG Abogs.



“ La normativa administrativa tributaria también afecta a este tipo de responsabilidad ”

Antonio Montero, CMS A&SL



La propia naturaleza del delito juzgado ha impedido que se puedan aclarar muchas dudas que deja el Código Penal

Los magistrados del Alto Tribunal han anunciado en el texto que tendrán que adoptar importantes decisiones en un futuro

Existen tres posturas divergentes: de una parte la doctrina mayoritaria, la del voto particular y la de la Fiscalía General

La no disolución automática es la regla general y no la excepción, pero habrá que esperar a que se aborde la cuestión

mento integrador del núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica y no de una eximente, por lo que compete a la acusación acreditar la ausencia de dicha cultura ética corporativa”.

Disolución de la sociedad

Gabriel Castro, socio del área Penal de Garrigues, indica que debe producirse alguno de los dos supuestos previstos en el artículo 66 bis, bien que estemos ante un supuesto de *multirreincidencia* previsto en el artículo 66.5º del Código Penal o que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. El Supremo lo que dice es que siendo una empresa con una actividad real, con más de 100 trabajadores y no concurriendo el supuesto de *multirreincidencia*, le reprocha a la sentencia de instancia que no se haya hecho una adecuada ponderación entre la actividad legal desarrollada en su seno y la comisión del delito, por lo que, ante la ausencia de motivación en ese sentido, acuerda dejar sin efecto la pena de disolución, dejando como única pena la de multa. Esta no es una cuestión controvertida.

Eliminar el escarnio público

La sentencia advierte de la dificultad de la prueba del ejercicio del debido control por parte de la compañía para evitar la condena, lo que debería llevar al legislador a definir con mayor detalle el contenido y alcance de los modelos de cumplimiento penal, aunque sea en las leyes mercantiles, tal y como sugiere la reciente Circular 1/2016 de la Fiscalía. Muy interesante, desde el punto de vista jurídico penal la discusión que evidencia el voto particular concurrente, a tenor de la cual una mayoría considera el debido control como elemento del tipo que permitirá a las empresas eludir el escarnio público del proceso penal y salir de la investigación penal en fase inicial de la instrucción si se acredita que la empresa cuenta con un modelo de cumplimiento válido, sin tener que esperar a la celebración del juicio oral y la aplicación de la circunstancia eximente”, asegura Adrián Dupuy, socio de Procesal de PwC Tax and Legal Services.

Falta de medidas preventivas

Apunta Íñigo Gómez, director general de Gobercom, que la ausencia de medidas preventivas “no avocan a la disolución automática de la empresa, pero cabe preguntarse si ante el perjuicio reputacional y las cuantiosas multas—más de 750 millones en el supuesto de la sentencia estudiada—no van a significar de facto la desaparición de la propia empresa y su inviabilidad”.

Los expertos dan su opinión

“ En la sentencia de Instancia no se ha hecho una podenderación de la actividad legal”

Gabriel Castro, Garrigues



“ El legislador debería definir con mayor detalle los modelos de cumplimiento”

Adrián Dupuy, PwC T&L S



“ La cuantía de la multa y el coste reputacional pueden hacer desaparecer la empresa”

Íñigo Gómez, Gobercom



“ Peligrosa ambigüedad en los términos ‘eficacia’ y ‘control’ de las medidas de control”

Rocío Gil, Olleros Abogados



“ No se valora la posibilidad de aplicar la pena de intervención judicial”

Eduardo Tornero, Kerner Legal



“ Se trata de evitar las ventajas indirectas del delito para la sociedad que delinque”

Angel Serret, BDO Abogados



El riesgo cero no existe

Estima Rocío Gil, directora del área de Compliance de Olleros Abogados, que “si bien es inapelable la exigencia por el legislador, por Fiscalía y por el TS de medidas de control eficaces e *idóneas*, y a pesar de la peligrosa ambigüedad de estos términos, esta eficacia no debe ser equiparada a riesgo cero, o con consecuencia de evitación de la conducta. Así lo refleja ya el Alto Tribunal con la matización “en lo posible”. A mi juicio, lo que deberá acreditar la persona jurídica para quedar exenta de responsabilidad es la existencia de concretos instrumentos de control que, por su naturaleza e implementación en la compañía, no sólo tendrían que haber sido suficientes para evitar el resultado de haber sido respetados, sino que además evidencian un auténtico interés de la organización por gestionar los riesgos penales que le afectan”.

Intervención judicial

“El TS no ha podido valorar la posibilidad de la aplicación de la pena de intervención judicial como sustitutiva de la disolución y, por ello, ha tenido que excusarla, precisamente porque la acusación no formuló dicha pretensión. Pero la sentencia sí dice que para otras ocasiones semejantes se podría considerar la oportunidad de aplicarla. Entiendo que tanto el Supremo como el legislador tratan la pena de intervención judicial más como un sustitutivo de otras penas y como remedio de salvaguarda de los derechos de los trabajadores o de los acreedores de la empresa acusada que como una pena propiamente dicha”, dice Eduardo Tornero, socio director de Kernel Legal.

‘Beneficio’ por ‘provecho’

Ángel Serret, director de Procesal en BDO Abogados entiende que “lo que el legislador ha pretendido con la nueva redacción del artículo 31 bis, que sustituye la expresión *en su provecho* por la del *beneficio directo o indirecto*, es aclarar las dudas que la anterior redacción suscitaba y ampliar los beneficios que para la persona jurídica la acción delictiva pueda conllevar a ventajas indirectas e incluso intangibles, tales como puedan ser los beneficios reputacionales o de mejora de posición competitiva”.

Un fallo que aún no sienta jurisprudencia

Luis Manuel García, socio de Derecho Corporativo y Cumplimiento Normativo de Lupicinio Internacional Law Firm, matiza que “lo primero, es necesario señalar que esta sentencia del Tribunal Supremo no sienta todavía una jurisprudencia definitiva, y además siete de los 15 magistrados no la han apoyado, por lo que hay que tomar con cautela sus pronunciamien-