



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS Y SOCIALES

**APROXIMACIÓN INTERNACIONAL Y
COMPARADA AL PROBLEMA DEL ABUSO
DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN
MATERIA EMPRESARIAL**

Rocío Notivoli Magro
5º E-5
Derecho Mercantil Internacional

Tutor: Pablo Sanz Bayón

Madrid,
Junio, 2019

Abreviaturas

Art	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código Civil
Cco	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CERSE	Consejo Estatal de la Responsabilidad Social de Empresas
CP	Código Penal
DGT	Dirección General de Tributos
FGE	Fiscalía General del Estado
GAFI	Grupo de Acción Financiera
Observatorio de RSC	Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa
OCDE	Organización para Cooperación y Desarrollo Económicos
ONU	Organización de Naciones Unidas
RD	Real Decreto
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SAP	Sentencia Audiencia provincial
UE	Unión Europea

1.	Introducción.....	4
2.	Aproximación funcional.....	10
2.1.	Responsabilidad social corporativa	10
2.2.	Abuso de la personalidad jurídica y la doctrina del levantamiento del velo societario.....	12
2.3.	La doctrina del levantamiento del velo en derecho comparado.....	13
2.4.	Los llamados paraísos fiscales	15
2.4.1.	El uso de paraísos fiscales	17
2.4.2.	Soluciones en la materia	19
2.5.	La figura del <i>Trust</i>	20
2.5.1.	Figuras afines en derecho nacional y comparado.....	21
2.5.2.	El lado oscuro de la figura del <i>Trust</i>	22
3.	La Responsabilidad penal de la persona jurídica.....	24
3.1.	<i>Societas delinquere non potest</i>	24
3.1.1.	La teoría de la ficción de Savigny	25
3.1.2.	La teoría de la realidad de Gierke.....	27
3.2.	La necesaria observancia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	28
3.3.	La persona jurídica como sujeto de Derecho Penal	31
3.4.	Breve examen de la regulación en el Código Penal español	34
4.	Los programas de cumplimiento normativo. <i>Compliance penal</i>	37
4.1.	Jurisprudencia destacada.....	39
5.	Conclusiones.....	42
6.	Bibliografía.....	45

1. Introducción

A lo largo de estas páginas haremos referencia a la problemática que plantea en el ámbito de las relaciones comerciales nacionales e internacionales, la utilización de las personas jurídicas como “pantalla” por los propios socios que la conforman para la comisión de irregularidades en muy diversos ámbitos.

La constitución de sociedades mercantiles con el fin de realizar actos fraudulentos y el abuso que supone su utilización para enmascarar a las personas físicas que actúan tras ellas, es un asunto de máxima relevancia y repercusión en nuestros días. Se trata además de un tema interdisciplinar, que afecta a muy diversos ámbitos como el mercantil, penal, tributario e internacional y a entidades tanto públicas como privadas. De este modo, el establecimiento y la eficacia de medidas normativas nacionales e internacionales de lucha contra la corrupción societaria, así como contra el uso ilícito y abuso de las personas jurídicas es uno de los objetivos primordiales para los Estados.

Dada la amplitud de la cuestión que nos ocupa, en este trabajo de investigación trataré de centrarme en el análisis de las circunstancias actuales y en las posibles soluciones que se plantean al problema del abuso de la persona jurídica desde la perspectiva del derecho privado.

En primer lugar, daremos unas breves pinceladas al concepto y clases de personas jurídicas, me referiré a estudios que ponen de relieve la importancia creciente del control del abuso de la personalidad jurídica y a los mecanismos adoptados para ello.¹

La Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, proclamada por las Naciones Unidas, dispone en su artículo 20 que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. La Constitución española reconoce en los artículos 22 y 34 el derecho de asociación y fundación respectivamente, que son la base de las personas jurídicas.

Como concepto básico, las personas jurídicas son una organización o grupo de personas físicas a las que la ley reconoce personalidad independiente y diferenciada de cada uno

¹ En el ámbito del Derecho privado se regulan esencialmente las personas jurídicas el Código civil (arts. 35 a 39), la Ley de Asociaciones de 22 de marzo de 2002, el Código de comercio (arts. 116 a 237), la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995.

de los miembros que la componen. En palabras de ALBALADEJO, es una “*organización humana encaminada a la consecución de un fin, a la que el Derecho acepta como miembro de la Comunidad, otorgándole capacidad jurídica*”.² Esta personalidad que les reconoce la ley lleva consigo la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, de ser sujetos de derecho. Señala el artículo 35 del Cc: “*Son personas jurídicas:*

1.Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2.Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.”

Respecto a las clases de personas jurídicas, con carácter general, podemos indicar que existen personas jurídicas públicas y privadas (según estén o no integradas en la organización estatal), de interés público e interés privado (según la clasificación indicada del artículo 35 del Cc), y de base personal, patrimonial o institucional (según el elemento esencial de la organización en cada caso).

A pesar de que tal y como se estudiará a lo largo de este trabajo, el reconocimiento de personalidad a entes distintos del ser humano no ha sido una cuestión rápida ni fácil en derecho, resulta indiscutible, que las personas jurídicas, son en nuestros días, un instrumento necesario para la sociedad, que actúan como medio clave en las relaciones comerciales y obligacionales, y que ocupan un lugar primordial en la economía de los países de nuestro entorno.

En este contexto, se hace necesario aunar los esfuerzos nacionales e internacionales para conseguir desenmascarar el uso de complejos marcos financieros y contables con el fin de ocultar transacciones ilegales, así como de estructuras societarias tras las que se esconden operaciones económicas ilícitas que pretenden la impunidad de quienes las dirigen.

Mi interés por esta cuestión surgió hace ya algunos años cuando a través de la prensa tuve conocimiento de varios estudios realizados por la OCDE y el Observatorio de RSC que

² ALBALADEJO, M, “*Derecho Civil, Introducción y Parte general*”, Vol I, Barcelona, Bosch, 1996, pg 375-377.

se hacían eco de las importantes deficiencias en los mecanismos de control y corrupción en el seno de las sociedades.^{3 4}

En referencia al último informe del Observatorio de Responsabilidad Social publicado en 2018, *“La gestión de los riesgos de corrupción en las empresas del IBEX 35. Análisis de la calidad de la información en el ejercicio 2016”* podemos sacar la conclusión de que a medida que avanzamos en el tiempo esta cuestión cobra cada vez mayor importancia, y que si bien en los últimos años se ha mejorado considerablemente en la información que proporcionan las empresas del sector privado, existen aún deficiencias importantes.

El informe analiza la corrupción en el sector privado en relación con los factores que pueden generar riesgos y la forma en que se hace frente a la lucha contra la corrupción. En concreto, respecto a las empresas del IBEX 35, hace hincapié en que a pesar de los compromisos y políticas que asumen en la materia, no se aporta información sobre la gestión de los riesgos a los que se enfrentan en el ámbito de su actividad. Se refiere a cuestiones como las interferencias con el ámbito político, (que podrían utilizarse por ejemplo como mecanismos para obtener regulaciones favorables en una determinada materia), la independencia de los consejeros (como personas con responsabilidad sobre las actuaciones de los administradores sociales) y de la auditoría legal, la efectividad de los canales de denuncia de irregularidades, el respeto de las leyes de la competencia, la realización de análisis de riesgos ajustados al sector y a los países donde opera la empresa, la formación a empleados, y los controles internos (financieros y no financieros), entre otros.

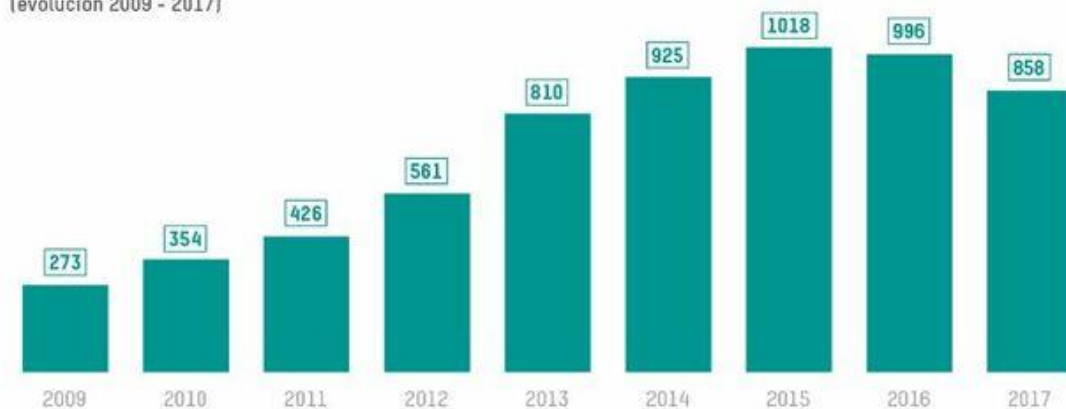
Una cuestión que aborda el informe con especial preponderancia es la utilización de paraísos fiscales por las empresas del sector privado y en especial las que cotizan en el IBEX 35, debido a la relación directa entre las prácticas corruptas o malas prácticas mercantiles y la operativa a través de territorios de escasa o nula tributación.

³ Organismo de cooperación internacional, compuesto por 36 estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. La OCDE fue fundada en 1961 y su sede central se encuentra en el Château de la Muette, en París, Francia.

⁴ El Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa (Observatorio de RSC), es una organización sin ánimo de lucro que nace en el año 2004 de la mano de varias organizaciones de la sociedad civil con el objetivo de trabajar en el impulso de la correcta aplicación de la responsabilidad social corporativa (RSC). Desde sus inicios funciona como una plataforma para la cooperación e investigación para potenciar la RSC en las empresas, de sensibilización y de seguimiento de las políticas públicas y sus aplicaciones prácticas. Los socios del Observatorio de RSC son organizaciones de la sociedad civil con un amplio respaldo social que trabajan por la transformación social: ONG, asociaciones de consumo y sindicatos.

Filiales de empresas del IBEX-35 en paraísos fiscales

(evolución 2009 - 2017)



Fuente: elaboración propia a partir de datos de las Cuentas anuales de las empresas del IBEX 35

5

Según las conclusiones del informe, el 75% de los casos de corrupción a nivel internacional se produce a través de empresas registradas en paraísos fiscales. Se han identificado un total de 1.380 filiales en paraísos y nichos fiscales de las empresas del IBEX 35, de las cuales, 1.099 sociedades son de tipo financiero o ha sido imposible identificar una actividad de tipo productivo y/o comercial.

A la vista de estos datos, es de entender que la preocupación a nivel internacional a cerca de esta cuestión, haya llevado a la publicación y aplicación de leyes sobre responsabilidad de las personas jurídicas en un número creciente de países.

Resulta evidente que el establecimiento de un régimen suficientemente férreo de responsabilidad corporativa y de normas de buen gobierno aparece como primera premisa necesaria al hablar de lucha contra las irregularidades y corrupción cometida en el seno de las empresas. En este sentido, la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas como ente, y no solo a los individuos que las integran opera como instrumento necesario para establecer un marco jurídico eficaz para la prevención y sanción de la corrupción.

A este respecto destacamos el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en la que se establece la obligatoriedad de los estados signatarios de

⁵ Gráfico publicado en la versión online de eldiario.es (www.eldiario.es) el 21 de febrero de 2019 elaborado según los datos de las Cuentas anuales de las empresas del IBEX 35. En él se puede observar el creciente uso de filiales en territorios considerados de nula o baja tributación desde el año 2009 a 2017.

garantizar la responsabilidad, penal, civil o administrativa, de las personas jurídicas por los delitos tipificados en la Convención^{6 7}:

“Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.”

Por otra parte, el artículo 2 de la Convención para Combatir el Cohecho de los Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (Convención contra el Cohecho) establece la responsabilidad de las personas morales, señalando, “*Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero.*”⁸

Pues bien, partiendo del reconocimiento, cada vez más extendido, como veremos, de la consideración de las personas jurídicas como sujetos de derecho penal, otra cuestión interesante es dilucidar si existe una responsabilidad última de la sociedad matriz respecto

⁶ La Asamblea General de la ONU aprobó, en 29 de septiembre de 2003, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción - el primer instrumento jurídico anticorrupción con normas vinculantes a los países signatarios. La Convención ofrece un camino para la creación de una respuesta global a un problema también global.

⁷ Se puede consultar información acerca de los estados signatarios a 26 de junio de 2018 en el enlace <http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>.

⁸ La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE es un acuerdo legalmente vinculante; los países que se unen a la Convención acuerdan establecer como delito el cohecho de un servidor público extranjero en su legislación nacional e implementar políticas efectivas para evitar, detectar, investigar y sancionar el cohecho internacional. Las leyes nacionales de los países signatarios deben hacer responsables tanto a las personas físicas como a las personas morales por el cohecho internacional

de los actos de sus filiales en el extranjero. De esta forma, el control y las normas de buen gobierno corporativo deberían extenderse de forma eficaz a la totalidad de escenarios en los que la sociedad actúa.

En este sentido, podría considerarse, que la responsabilidad social de la empresa matriz por las actuaciones de sus filiales en el extranjero, sería exigible cuando esta últimas estuvieran sometidas al deber de control de la primera, y no se hubiera ejercido de forma correcta, siempre que se hubiera beneficiado de forma directa o indirecta del delito cometido en el seno de la filial.

A este respecto, cobran especial importancia dos normas con marcado carácter extraterritorial, como son la “Sarbanes-Oxley Act” (2002) y la británica “Bribery Act” (2010), cuyo ámbito de aplicación se extiende a todas las sociedades filiales, asociadas o subordinadas a una matriz con sede en Estados Unidos o Gran Bretaña respectivamente. Esto implica su aplicación tanto a las sociedades nacionales de estos países que tengan filiales en cualquier lugar del mundo, como a las empresas extranjeras con filiales en estos Estados.^{9 10}

En vista de lo expuesto hasta ahora, en los próximos epígrafes trataré de realizar un análisis sobre la situación de hecho, haciendo especial hincapié en los factores teóricos y prácticos que se manejan en la materia, a fin de poder formar una opinión fundada sobre la eficacia de los mecanismos y parámetros que se utilizan para combatir el uso abusivo de personas jurídicas en el ámbito empresarial.

⁹ La Ley Sarbanes-Oxley, cuyo título oficial en inglés es *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (30 de julio de 2002), es una ley de Estados Unidos también conocida como la Ley de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección al Inversor, aunque también es llamada SOx, SarbOx o SOA.

La Ley Sarbanes Oxley se promulgó en Estados Unidos con el propósito de monitorizar a las empresas que cotizan en bolsa de valores, evitando que la valorización de las acciones de las mismas sean alteradas de manera dudosa, mientras que su valor es menor. Su finalidad es evitar fraudes y riesgo de bancarrota, protegiendo al inversionista.

¹⁰ The Bribery Act 2010 was introduced to update and enhance UK law on bribery including foreign bribery in order to address better the requirements of the 1997 OECD anti-bribery Convention. It is now among the strictest legislation internationally on bribery. Notably, it introduces a new strict liability offence for companies and partnerships of failing to prevent bribery.

2. Aproximación funcional

Resulta palmario que la gran complejidad de la economía moderna ha sustituido en gran medida a la persona individual en el tráfico económico, siendo cada vez más inusual la figura del empresario individual frente a las grandes empresas y agrupaciones que actúan en el mercado. Como consecuencia de la evolución social aparejada a la aparición de nuevas formas de delincuencia (delitos económicos, contra los consumidores...), las personas físicas se han servido, en no pocas ocasiones, de estructuras societarias creadas expresamente para la comisión de ilícitos penales.

Adentrándonos algo más en el asunto que nos ocupa del abuso de la forma jurídica societaria en el ámbito empresarial, en este epígrafe haremos un recorrido general sobre cuestiones que inciden en ello de forma directa, y medidas y soluciones que se adoptan para tratar de controlarlo.

2.1. Responsabilidad social corporativa

En vista de cuanto hemos señalado, y de la importancia de las personas jurídicas en la sociedad en general y en las transacciones económicas en particular, debemos indicar que en la actualidad existen diversas iniciativas nacionales e internacionales cuyo objeto es la regulación, promoción e impulso de la responsabilidad social corporativa.

Tanto en el seno de la ONU como en la OCDE, se establecen directrices y principios de actuación de las empresas a nivel internacional. También en el ámbito de la Unión Europea, la Comisión y el Parlamento establecen comunicaciones y disposiciones comunitarias que inciden en la responsabilidad social corporativa de los Estados miembros. Se trata así de fomentar un marco normativo europeo que cumpla con las exigencias de la RSC mediante la implantación de códigos de conducta a empresas e inversores en sus actuaciones con terceros países.

Señala el Observatorio de RSC que los Estados tienen un papel fundamental en el impulso de una adecuada Responsabilidad Social Corporativa por su capacidad de regular cuestiones que afectan a los bienes públicos generales, y que la Administración Pública

tiene la responsabilidad de involucrarse y asumir un papel más activo a través de la combinación de normas de intervención, de incentivo y de promoción, que regulen más allá de la voluntariedad de las empresas.

Ahora bien, son los propios ciudadanos, como consumidores e inversores, bien como personas físicas o como integrantes de los órganos de control de las personas jurídicas, quienes debemos tomar conciencia de la importancia de esta materia y demandar y promover de las empresas comportamientos responsables.

A nivel español, contamos con el Consejo Estatal de la Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE), órgano asesor y consultivo del Gobierno (no ejecutivo) que identifica y promociona mejores prácticas y propone las políticas de responsabilidad social al Gobierno. Además, a partir de las indicaciones dadas por la Comisión Europea se ha aprobado, en 2014, la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas y está en proceso de aprobación el Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos con el fin de generar un conjunto de políticas que mejoren el impacto de las empresas tanto en España como en cualquier país tercero donde tengan actividad.¹¹

No obstante, cabe plantearse, si el fomento y promoción de códigos éticos y de prácticas de buena conducta en el seno de las empresas, tales como la organización de eventos culturales o educativos, programas de cuidado socioambiental, de defensa de los derechos humanos, de utilización concienciada de recursos...muestran verdaderamente el compromiso de sus actuaciones con estas causas o se trata más bien de una acción que las empresas llevan a cabo motivadas por obtener ventajas asociadas.

También la eficacia de las acciones que promueven puede ponerse en tela de juicio, máxime cuando encontramos algunos ejemplos de empresas multinacionales que promoviendo -en teoría- medidas de responsabilidad social, fabrican y producen los bienes que constituyen su actividad principal con prácticas de dudosa ética humana o medioambiental.

¹¹ Destaca además el , documento aprobado el 27 de junio de 2006 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 31 de julio de 2006. Recomienda que la política pública de desarrollo de la responsabilidad social de las empresas se componga de normas que fomenten iniciativas voluntarias de prácticas empresariales responsables y acuerdos y medidas legislativas que contribuyan a favorecer las conductas responsables de los actores económicos.

2.2. Abuso de la personalidad jurídica y la doctrina del levantamiento del velo societario

Partiendo del hecho, absolutamente lícito, del uso de las sociedades como instrumento para articular la actividad mercantil, de manera que el patrimonio personal quede indemne del devenir de la misma, el legislador ha detectado un abuso por parte de las personas físicas de esta posibilidad. De esta forma, han sido numerosos los casos en que se han constituido sociedades para ser usados como meros instrumentos creados para encubrir la comisión de delitos, convirtiéndose en verdaderas tapaderas fraudulentas tras las que se esconde mala fe y abuso de derecho.

Bajo la denominación “sociedad pantalla” se engloban los supuestos de constitución de “*sociedades instrumentales aparentemente legítimas, vacías de contenido, cuyo único objeto lo constituye la utilización de actividades o negocios en los que se intenta ocultar la identidad de los verdaderos partícipes*¹²”.

Estas personas jurídicas, son creadas con un nombre y un domicilio social (generalmente ubicado en paraísos fiscales), pueden incluso no tener actividad mercantil y en ocasiones son a su vez creadoras de otras personas jurídicas, generando un complejo sistema estructural que dificulta la investigación y averiguación de sus verdaderos titulares y los movimientos de dinero y bienes.

Ante esta circunstancia, se fragua la que se ha conocido como la doctrina de “el levantamiento del velo societario” en directa referencia al descubrimiento de las personas físicas que actúan en el tráfico bajo el uso de un “parapeto social” que les mantenía indemnes, creando sociedades con una finalidad distinta del ejercicio de actividades mercantiles, e ideadas para la completa elusión de responsabilidades personales.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984, aborda por primera vez en nuestro ordenamiento esta cuestión, “*Se trata, en todo caso, de evitar que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento*” (Sentencia TS 1105/2007 de 29 de octubre).

¹² SÁNCHEZ SANTAMARÍA, F/VELA GARCÍA, N: “*El delito de blanqueo de capitales, responsabilidad y comiso*” Análisis del Instituto, IUISI, Madrid, pg.10

También la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia 271/2011 de 21 de junio, se refiere a los supuestos en que es conveniente aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, ... *”en cierto casos, y circunstancias es permisible penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal -de respeto obligado, por supuesto,- se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude”*.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 83/2011 de 1 de marzo, enumera los requisitos que deben concurrir para advertir la existencia de un posible fraude en el uso de personas jurídicas. A saber; a) control de varias sociedades por parte de una misma persona, b) operaciones vinculadas entre dichas sociedades, y c) carencia de justificación económica y jurídica de dichas operaciones.

Estos son tan solo unos ejemplos de una doctrina con gran respaldo jurisprudencial, que, si bien debe aplicarse basándose en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, con criterio restrictivo, trata de eludir el abuso de derecho, permitiendo a los juzgados y tribunales, obviar la existencia de entramados societarios cuando advierta que han sido creados con la única finalidad disuasoria de condena.¹³

2.3. La doctrina del levantamiento del velo en derecho comparado

Esta doctrina, que permite a los jueces prescindir de la forma societaria con la que se muestran en el tráfico y descubrir la realidad subyacente a la forma jurídica adoptada, se extiende en primer lugar en los países con mayor grado de desarrollo (Estados Unidos de América), extendiéndose paulatinamente.

¹³ Encontramos otros supuestos en que se aprecia que, operaciones efectuadas en el marco de un grupo de sociedades tienen finalidad defraudatoria, frustrando el derecho de acreedores a cobrar sus créditos mediante el desvío de fondos de unas a otras, y en las que, aplicando la doctrina del levantamiento del velo, se dejan sin efecto los negocios simulados efectuados en fraude de ley. (SAP Madrid 396/2011, de 30 de junio; SAP Sevilla 163/2010, de 7 de abril; SAP Badajoz 219/2009, de 10 de junio; o SAP La Rioja 75/2008, de 3 de marzo).

En el marco del *Common Law*, sistema en el que la jurisprudencia se configura como la primera fuente de creación del derecho, la aplicación de la conocida como “*disregard of the legal entity*” se produjo de manera casi automática, por razones de justicia material al encontrarse multitud de supuestos delictivos a los que debían dar una eficaz respuesta penal. Esta doctrina tiene como objetivo la promoción de la justicia y la prevención del fraude pretendido a través de la creación de sociedades de responsabilidad limitada.

Se articula sobre la base de tres conceptos que son la equidad, el fraude y la “*agency*” fundamentados dentro de la propia concepción anglosajona de los mismos, que difieren en parte de la concepción continental.

Destacamos la sentencia dictada en el caso *United States Vs. Milwaukee Refrigerator Transit Co.* (1907) en la que se señala que el Estado considerará y respetará a la sociedad como persona jurídica, hasta que se entienda un uso de esta como fraudulento, ante lo cual “levantará el velo” de la persona jurídica para penetrar en ella y descubrir la persona física tras ella y anular la responsabilidad limitada al pasar a considerarse *Corporation* (equivalente a la Sociedad Anónima en derecho anglosajón) como una asociación de personas sin responsabilidad limitada.¹⁴

En contraposición con los países del *Common Law*, en los países continentales, los sistemas jurídicos tienen como primera fuente del derecho la Ley, seguido de otras fuentes dependiendo del país como la doctrina, jurisprudencia y principios generales del derecho. El derecho continental, de carácter románico es un derecho fundamentalmente basado en la ley, fruto de la influencia del derecho romano y del movimiento posterior de la Codificación, para acabar con la dispersión normativa existente en el S XVIII.

Por este motivo, en estos países, la consideración y aplicación de principios jurisprudenciales, no resulta ni tan rápida ni tan uniforme, haciéndose a través de otras figuras o mediante la creación de normas al efecto, con algunas excepciones (como la aplicación jurisprudencial en nuestro país a la que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior).

¹⁴ Citada por Figueroa, Dante “*Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano*”, 2011 pg. 57 y 58

2.4. Los llamados paraísos fiscales

Hablar de la utilización de la forma jurídica societaria para la comisión de irregularidades que implican enriquecimiento de las personas físicas que las conforman, implica necesariamente hacer mención de los llamados “paraísos fiscales”.

En primer lugar, indicaremos que el término “paraísos fiscales”, hace referencia a territorios de baja o nula tributación que, mediante normas específicas internas, garantizan la opacidad de las transacciones, con absoluta ausencia de información, registros, formalidades y controles.

En diciembre de 2017, la Unión Europea, elaboró un listado de 17 jurisdicciones no cooperativas en materia fiscal, o, en otras palabras, de paraísos fiscales. El carácter internacional de la competencia fiscal justifica los esfuerzos de la UE por fomentar la transparencia e intercambio de información para luchar contra las prácticas fiscales perjudiciales y dismantelar estructuras tributarias artificiales. A este respecto, el Consejo encargó al Grupo “Código de Conducta” la formación de grupos de revisión con representantes de los Estados Miembros y la Comisión Europea a fin de clarificar la información tributaria de 92 países y territorios en los que se habían detectado deficiencias.¹⁵

Dichos países respondieron a los requerimientos del grupo “Código de Conducta” mediante cartas de compromiso en las que se basó la decisión de incluir a un país o territorio en el listado. Tras la publicación de la lista, algunos países enviaron nuevos compromisos, de manera que a lo largo de 2018 se suprimieron 11, por lo que hoy solo permanecen 5 en la lista, a saber; Samoa Americana, Guam, Samoa, Trinidad y Tobago y las Islas Vírgenes de los Estados Unidos.¹⁶

¹⁵ The Council, at its meeting on 5 December 2017, adopted the Council conclusions on the EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes, that are set out in the Annex. (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15429-2017-INIT/en/pdf>).

¹⁶ publicadas en el sitio web del Consejo (<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>)

En el caso de España, la cuestión está regulada por la disposición adicional primera de la ley 36/2006 de 29 de noviembre, que señala que *“Tienen la consideración de paraísos fiscales los países y territorios que se determinen reglamentariamente”*.¹⁷

La lista de países con esta consideración aparece determinada en el Real Decreto 1080/1991 de 5 de julio, a cuyo respecto la Disposición transitoria segunda de la Ley 36/2006, señala: *“En tanto no se determinen reglamentariamente los países o territorios que tienen la consideración de paraíso fiscal, tendrán dicha consideración los países o territorios previstos en el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.”*

El RD 1080/1991 fue modificado por RD 116/2003 de 31 de enero (BOE 1 de febrero), añadiéndose un segundo párrafo al mismo con el fin de posibilitar una salida de la lista a los 48 países recogidos mediante la firma de un acuerdo de intercambio de información con España en materia tributaria o de un convenio para evitar la doble imposición.

En consecuencia, la vigente lista de territorios, en la que figuran 32 países con las modificaciones derivadas del RD 116/2003, sigue siendo de aplicación mientras no se apruebe una nueva relación. Aun así, debemos tener en cuenta que se trata de una lista dinámica, y que algunos de los territorios en ella contenidos tienen acuerdos en proceso, por lo o que podrían ser retirados de la lista una vez se ratifiquen.¹⁸

Debe tenerse en cuenta, tal y como indica el Informe de la DGT de 23 de diciembre de 2014, que, a partir de 2015 la actualización de la lista no se produce de forma automática, sino que debe realizarse de forma expresa de conformidad con los criterios de la ley 36/2006.

¹⁷ Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (BOE de 30 de noviembre), modificada por Ley 26/2014, de 27 de noviembre.

¹⁸ Emirato del Estado de Bahrein, Sultanato de Brunei, Gibraltar, Anguilla, Antigua y Barbuda, Bermuda, Islas Caimanes, Islas Cook, República de Dominica, Granada, Fiji, Islas de Guernesey y de Jersey (Islas del Canal), Islas Malvinas, Isla de Man, Islas Marianas, Mauricio, Montserrat, República de Naurú, Islas Salomón, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Islas Turks y Caicos, República de Vanuatu, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Reino Hachemita de Jordania, República Libanesa, República de Liberia, Principado de Liechtenstein, Macao, Principado de Mónaco y República de Seychelles.

Entre los países tradicionalmente opacos en lo que a información bancaria se refiere, destacamos la eliminación de algunos como El Vaticano o Suiza (tras la demanda interpuesta por el gobierno americano en 2009 al banco USB AG para que publicara los nombres de estadounidenses sospechosos de eludir impuestos y el acuerdo alcanzado con EEUU y Reino Unido en 2012 para colaborar y resolver las investigaciones por manipulación del índice interbancario Libor)^{19 20}

En contraposición con la citada lista, aparece el concepto “lista blanca” para referirnos a la relación de Estados que respetan las normas para la lucha contra el lavado de dinero de la OCDE y el GAFI.

2.4.1. El uso de paraísos fiscales

Una vez señalados los criterios de regulación de los paraísos fiscales en el ámbito de la UE y en el caso concreto de nuestro país, procede hacer referencia a las razones que tradicionalmente han justificado el uso de estos por parte de las sociedades.

Resulta evidente que los paraísos fiscales se han utilizado como instrumento de evasión de obligaciones tributarias y ha estado muy ligado al blanqueo de capitales. Sirviéndose de estos territorios, en los que personas físicas abrían cuentas bancarias mediante sociedades patrimoniales interpuestas a cambio del pago de una tasa anual moderada, podían ingresarse fondos de dudosa procedencia, sin necesidad de declarar su origen ni cumplir con obligaciones fiscales.

En efecto, estos territorios ofrecen la utilización de cuentas innominadas para el depósito de fondos sin que trascienda la titularidad de los beneficiarios últimos de los mismos. La forma en que el dinero llega a estos territorios es variada, desde físicamente escondida en el doble fondo de una maleta, o bien a través de acuerdos y transacciones comerciales con precios ficticios, por ejemplo.

La justificación de la opacidad de las operaciones se encuentra en la razón de que, en estos lugares, no está tipificado el delito fiscal, lo que, unido al debido secreto bancario,

¹⁹ El 17 de diciembre de 2009, la Santa Sede asume el compromiso con la UE para contribuir a la transparencia de las transacciones comunitarias. En cumplimiento de este compromiso, el 30 de diciembre de 2010, el Papa Benedicto XVI, promulga una ley para prevenir el blanqueo de capitales y adecuar las cuentas bancarias de la Santa Sede a las normas internacionales de transparencia. Se crea además la Autoridad de Información Financiera (AIF) como organismo de vigilancia interna de las finanzas de la Iglesia.

²⁰ GALVEZ BRAVO, R: “*Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*” BOSCH, WOLTERS KLUEWR, 2017, p 237.

justifica en cierto modo el hecho de que las autoridades de estos países o territorios puedan no facilitar información al resto de jurisdicciones.

Todo ello supone una manera fácil a las sociedades de reducir su factura fiscal y mejorar su competitividad, que genera una maraña de dinero “sucio”, no declarado y del que no hay constancia ni queda poso en la Hacienda de ningún estado, con el que se financian actividades ilícitas, terrorismo, tráfico de drogas, armas...que sigue alimentando el círculo de producción y lavado de fondos.

A través del uso de llamadas “sociedades holding” en territorios de nula tributación, se permite eludir el pago de impuestos y tributos cuando los dividendos generados se reinvierten en el extranjero, obteniendo así las matrices una alternativa de financiación de sus cuentas. La forma más habitual para esta estrategia son las llamadas *sociedades offshore*, que permiten constituir en poco tiempo y con poco coste establecimientos financieros “operativos”, garantizando la máxima confidencialidad, sin que la entidad mercantil opere verdaderamente en dicho territorio, con la única finalidad de beneficiarse de las condiciones fiscales del lugar en el que tienen su domicilio social.

Como es lógico, los gobiernos de los estados y organismos con competencias en la materia, vienen tomando conciencia de este difundido uso de territorios fiscales, mediante la adopción de medidas que endurecen las consecuencias de su uso ilegítimo y reducen los beneficios.

Es por eso por lo que, en un buen número de países, se aprueban rigurosas normas fiscales en aras a facilitar la transparencia fiscal, y dificultar la transferencia de fondos a estos lugares. Medidas como como impedir la deducción de gastos justificados mediante facturas que están emitidas en paraísos fiscales, o establecer un tipo reducido a quienes decidan regularizar su situación tributaria, tratan de disuadir el uso de este mecanismo de evasión.

A este respecto, y en el caso de nuestro país, podemos destacar la polémica medida adoptada en 2012 por la Hacienda, que ofrecía a los contribuyentes mediante la denominada «declaración tributaria especial», regularizar su patrimonio exterior no prescrito fiscalmente, pagando el 10 % de las rentas recibidas y materializadas en los bienes exteriores no declarados, opción que la norma tributaria configura como una «última oportunidad» al contemplar que, después de esta posibilidad, la falta de

declaración de los bienes exteriores convierte a las obligaciones tributarias en imprescriptibles.²¹

2.4.2. Soluciones en la materia

Puestos en antecedente de la situación, no es menos cierto que en los últimos años, como consecuencia del esfuerzo de los estados, se han conseguido importantes avances en esta materia.

En primer lugar, en el ámbito europeo, desde la transposición de la cuarta Directiva de la UE publicada en el año 2015, las normas de prevención de blanqueo de capitales introducen el concepto de “Titular Real” y se prohíbe taxativamente tanto entablar relaciones de negocio como mantener las que ya existían con entidades jurídicas cuando no pueda determinarse la identidad de la persona física que, en último término, las controla.²²

La Directiva define la Titularidad Real, como la identificación de la persona o personas físicas que tengan la propiedad o el control en último término de cliente o la persona física o por cuenta de las cuales se lleve a cabo una transacción o actividad.

Pierde por tanto sentido la estrategia de interponer sociedades patrimoniales, dependientes y participadas unas por otras para dificultar la identificación de las personas físicas que actúan tras ellas, dado que la identificación de estas es requisito para operar. Es decir, cualquier sociedad que pretenda adquirir bienes, valores, o realizar cualquier operación o transacción comercial, debe haber identificado a través de notario, quién es el beneficiario último, (persona física) de la misma.

Las consecuencias de incumplimiento de la normativa sobre prevención de blanqueo de capitales se extienden a todos los intervinientes en la operación, desde el responsable del

²¹ Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. La sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 2017, ha declarado inconstitucional la Disposición Adicional Primera sobre la declaración tributaria especial por cuanto establece un régimen de amnistía fiscal faltando al respeto a los principios constitucionales que tienen que ver con el deber de contribuir, si bien dicha inconstitucionalidad, tal y como se indica en la sentencia del TC “no afecta a las liquidaciones tributarias firmes que se realizaron al amparo de la norma anulada”

²² Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

banco en el que la sociedad vehículo se abre una cuenta corriente, el notario autorizante de la operación o transacción, los administradores sociales, la propia persona jurídica, el abogado que asesora la operación...por lo que es probable que, en cierto modo, la posibilidad haya dejado de contemplarse en la mayoría de casos.

A esta también ha contribuido, la aplicación, cada vez más extendida de la Doctrina del Levantamiento del velo, a la que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior.

No menos importante es la cuestión, también comentada anteriormente, del carácter imprescriptible de las obligaciones tributarias de los residentes en territorio español respecto de los fondos que tienen su origen en paraísos fiscales.

Por último, podemos también destacar, el hecho de que el artículo 301 del CP, contempla, desde la reforma operada por LO de 2010, como conducta típica la posesión de "*bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito...*"²³

2.5. La figura del *Trust*

El carácter internacional del análisis que expongo en este estudio me lleva a hacer referencia a figuras que se encuentran con frecuencia en transacciones con países extranjeros, aún cuando no tienen un equivalente directo en nuestro ordenamiento jurídico.

En concreto, voy a referirme a los *Trusts*, propios del derecho anglosajón, y a las diferencias que existen entre el uso de esta figura y el uso de personas jurídicas tal y como se entienden en nuestro derecho.

La Administración fiscal británica define el *Trust* como una obligación jurídica por la que una persona, constituyente (*Settlor*) entrega a otro llamado *Trustee*, un elemento patrimonial para que este último lo administre por un tiempo y fin determinados, generalmente en beneficio de uno o varios beneficiarios.

²³ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Los bienes que se transmiten al *Trustee* se constituyen en un “fondo separado”, y debe administrarlos con arreglo a las directrices dadas por el constituyente, pero en beneficio exclusivo de los beneficiarios frente a quienes el administrador adquiere una obligación. Estas directrices pueden otorgarse incluso en documento privado, y no son registradas. Se produce, por tanto, una suerte de desmembración de la propiedad, de manera que los derechos económicos pertenecen a los beneficiarios, y la administración de los bienes al *Trustee*.

Es precisamente este concepto de “propiedad desmembrada” lo que confiere al *Trust* su carácter flexible y práctico en las transacciones, posibilitando su uso en cuestiones de muy diversa índole, tales como inversiones conjuntas o colectivas, administrar bienes de un tercero, evitar conflicto de intereses, administrar derechos de carácter sucesorio...

Se trata de un mecanismo para dissociar la administración y el beneficio de un capital, o un patrimonio, que presenta ventajas frente a la forma societaria, tales como su agilidad, su escaso sometimiento a normas y burocracia, así como la inexistencia de un registro “central” de Trusts, lo que le dota de confidencialidad entre las partes y frente a terceros.

2.5.1. Figuras afines en derecho nacional y comparado

Si bien en nuestro ordenamiento no encontramos un equivalente al *Trust* anglosajón, lo cierto es que en cierto modo puede recordarnos a la sustitución fideicomisaria prevista en los artículos 781 y siguientes del Código Civil, según la cual un heredero (fiduciario) recibe un bien hereditario, con la obligación de transmitirlo a otro (fideicomisario). Sin embargo, existe una gran diferencia, dado que no se produce en el fiduciario esa distinción entre administración y beneficio de la propiedad consustancial al *Trust*.

A pesar de sus semejanzas, tal y como señala R. GÁLVEZ BRAVO, en su libro “*Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*” en España no existe la figura legal de la fiducia, aunque la jurisprudencia la admite en base al principio general de la autonomía de la voluntad de contratación (arts.1091 y 1255 CC) y de la abstracción

de la causa (art.1277 CC). Su reconocimiento indirecto aparece en el plano registral en el art. 2.3 de la Ley Hipotecaria.²⁴

En el ámbito europeo, debemos destacar el *Convenio de la Haya sobre la ley aplicable a los Trust y su reconocimiento*, presentado el 1 de julio de 1985, y cuya entrada en vigor se produjo en enero de 1992. El Convenio trata de establecer una serie de pautas para que la figura se pueda aplicar a otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, hasta la fecha solo ha sido ratificado por algunos países como Luxemburgo, Italia, Holanda y Suiza.

Al margen del tratado, otros países como Mónaco, Liechtenstein, Alemania, Italia, Francia... han acogido la figura del *Trusts* en sus ordenamientos guiados por la practicidad de su uso y conocedores de su poder para atraer capital extranjero. En España, sin embargo, la doctrina encuentra por el momento, más peligros que ventajas.

2.5.2. *El lado oscuro de la figura del Trust.*

Como venimos indicando, España, se ha mostrado reticente admitir esta figura en nuestro ordenamiento. ¿Cuáles son las razones?

No obstante las bondades que hemos expuesto a cerca del uso de *Trust*, lo cierto es que podría utilizarse como herramienta que pretende eludir o minorar la tributación fiscal de los sujetos pasivos de los impuestos. Supone, por tanto, una figura que se presta a fines fraudulentos, debido precisamente a la disociación patrimonial que lo caracteriza, facilitando la ocultación de fondos ilícitos y su distribución.

En efecto, el *Trust* puede definirse como un mecanismo para “proteger un patrimonio” formando un “fondo separado” que no se integra ni en el patrimonio del Constituyente ni en el del *Trustee*, generándose una especie de vacío alejado de regulación.

Podría pensarse, por ejemplo, en el interés que suscita para un empresario mercantil, operar en el tráfico eludiendo las normas sobre responsabilidad patrimonial universal (art.1911 Cc) mediante un “blindaje” de su patrimonio y bienes a través de la figura del *Trust*.

“Algunos países han modificado el régimen legal del trust para hacerlo más atractivo para la ocultación de bienes. Estos países ofrecen un trust que está expresamente

²⁴ GALVEZ BRAVO, R: “*Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*” BOSCH, WOLTERS KLUEWR, 2017, p 136.

concebido para colocar bienes fuera del alcance de las autoridades del país de origen de los fundadores. El régimen del trust contiene disposiciones que declaran al trust inmune de toda actuación judicial extranjera una vez que lleva establecido un año. Estos impiden que los servicios de investigación extranjeros traten de averiguar si el trust ha sido establecido con fondos que son producto de delito e imposibilita la recuperación...’’²⁵

El GAFI, alude a esta situación en el apartado e) de su Recomendación 22, al referirse a la obligación de diligencia debida de los prestadores de servicios respecto a sus clientes en operaciones fiduciarias.²⁶

Por último, conviene tener en cuenta, que, a pesar de la falta de reconocimiento en nuestro país, los beneficios que se obtengan a través de un *Trust*, no están de modo alguno exentos de tributación. Es decir, a pesar de que no podamos considerarlo en sí mismo como sujeto de imposición, diversas consultas resueltas por la DGT nos indican la posibilidad de considerar sujetos pasivos al constituyente o beneficiario, según el caso concreto.²⁷

²⁵ GALVEZ BRAVO, R: “*Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*” (BOSCH, WOLTERS KLUEWR, 2017, p 249)

²⁶ El GAFI es un ente gubernamental establecido en 1989 cuyo objetivo es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, la financiación del terrorismo y de las armas y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional.

Las Recomendaciones del GAFI constituyen un esquema internacional de medidas completo y consistente que los países deberían implementar adaptadas a sus circunstancias particulares para combatir estos delitos.

²⁷ Cabe destacar la Consulta V0010-10 de 14/01/2010: “...a los efectos del ordenamiento tributario español, las relaciones entre personas físicas realizadas a través de un “trust” se consideran realizadas directamente entre las propias personas físicas intervinientes, por lo que las cantidades percibidas por la residente en España tributarán por obligación personal con independencia de dónde se encuentren situados los bienes o derechos que integren el incremento de patrimonio gravado”.

3. La Responsabilidad penal de la persona jurídica

Mucho se ha escrito acerca de la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso antes de que se introdujera como tal en nuestro ordenamiento jurídico por Ley Orgánica 5/2010. Y no es para menos, considerar a la persona jurídica como sujeto de derecho penal conlleva unas implicaciones que trascienden a la necesidad punitiva de las nuevas formas de delincuencia, que surgen como consecuencia de la evolución de la sociedad en el tiempo.²⁸

Es cierto que el derecho, entendido como el conjunto de normas que rigen la conducta del hombre en sociedad, para ser eficaz, debe adaptarse a las exigencias y necesidades de un colectivo en constante progreso. Y en lo que al derecho penal respecta, esta evolución implica dar respuesta a las amenazas que el progreso puede representar para bienes jurídicos protegidos.

Partiendo de estas premisas, en este epígrafe, me dispongo a reflexionar sobre si la persona jurídica, como ente capaz de derechos y obligaciones, es susceptible de ser responsable con arreglo a los preceptos básicos sobre los que se cimienta la teoría del delito en Derecho Penal. Sea como fuere, lo cierto es que la responsabilidad penal de la persona jurídica es ya una realidad en nuestro derecho positivo, cuyo origen y evolución examinaremos, así como el tratamiento de esta cuestión en otros ordenamientos jurídicos.

3.1. *Societas delinquere non potest*

Sobre esta locución tradicional latina, “la sociedad no puede delinquir” se ha asentado la concepción clásica en nuestro derecho de que solo el hombre como individuo podía ser sujeto activo de delitos y responder penalmente por los mismos. Como veremos en Derecho Romano esta premisa aparece bastante arraigada. No obstante, debemos también hacer referencia a los ejemplos de responsabilidad colectiva que se encuentran en el derecho primitivo. Así, durante el Antiguo Régimen, el reproche asociado a una conducta

²⁸ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

punible, podía extenderse a la familia del autor de la misma, trascendiendo sanciones como el destierro, o la privación de bienes o derechos a personas que integraban la stirpe.

También el Fuero de León preveía la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias solidarias a las personas que integraban la ciudad del sujeto culpable, fundamentado en la idea de prevención general.

Durante la Ilustración, el pensamiento de concepción humanista e individualista, refuerza aún más el concepto jurídico-romano, que enlaza con el principio de personalidad de las penas, que implica que la responsabilidad criminal es siempre personal, y que por tanto no puede trascender a otras personas. Este concepto ha sido, como veremos, el predominante en nuestro derecho y en los países de nuestro entorno hasta principios del siglo XX

Para avanzar en el estudio de esta evolución, se hace necesario hacer una breve referencia a dos teorías que se suceden en el siglo XIX en torno a la existencia y naturaleza de las personas jurídicas.

3.1.1. La teoría de la ficción de Savigny

Las personas jurídicas son una ficción creada por el derecho, puesto que no poseen voluntad personal. Este pensamiento parte de SAVIGNY para quien la persona moral es una suma de personas que se unen con una finalidad, pero carecen de la unidad espiritual y corporal que caracteriza a las personas. Las personas jurídicas son creaciones del legislador que encuentran su justificación en el interés social que despiertan en la comunidad. Al ser una creación del propio legislador, este puede vigilar su actuación e incluso arrebatárles su personalidad y resolverlas.

En su obra *Traité de Droit Romain*, expone SAVIGNY, “*Todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional, y por esto la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos casos: todo individuo y sólo el individuo tiene capacidad de derecho. Verdaderamente que el derecho positivo puede modificar la idea primitiva de la persona, restringiéndola o ampliándola, de igual modo que negar a ciertos individuos la capacidad de derecho en totalidad y en parte, y además, arrancando por decirlo así,*

*dicha capacidad del individuo a estos seres ficticios se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos”.*²⁹

Resulta evidente que conforme a esta teoría, no es posible responsabilizar a las personas jurídicas, por ser seres que carecen de verdadera voluntad. La responsabilidad punitiva solo podía recaer en los seres humanos que se esconden tras la misma, que son los verdaderos motores de su funcionamiento por dirigirlo con arreglo a su voluntad.

Por su parte, el profesor ZUGALDÍA ESPINAR considera que la teoría de la ficción es altamente criticable. Según este mismo autor, esta tesis no puede prosperar en la actualidad, donde se convive con sociedades con más poder efectivo que los Estados, y por ello carece de todo poder de convicción. Sobre esta crítica a SAVIGNY, este autor, pone las bases de su propia teoría y, así afirma que: *“ya no se puede mantener más la tesis de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas alegando la tesis de su existencia puramente ficticia (...) la mencionada tesis está absolutamente abandonada y se entiende hoy que las personas morales, lejos de ser puras ficciones son (...) auténticas realidades jurídicas, que ponen de manifiesto una realidad social preexistente.”*³⁰

También en la doctrina alemana se encuentran férreas críticas a la aceptación de esta teoría en la actualidad. Así, para HIRSCH, las legislaciones nacionales han empezado a regular a las personas jurídicas como la persona real de la asociación. De este modo, las personas morales serían formas de organización humana, que se levantan como auténticos sujetos autónomos en la realidad social, independientemente de que sus miembros vayan variando con el transcurso del tiempo. El ordenamiento jurídico habría sido consecuente con esto al dotar a las asociaciones de personas de capacidad jurídica y al calificarlas como personas jurídicas.³¹

²⁹ Cit por MEINI MENDEZ, Iván, *“La Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas”*, Fondo Editoria, 199, pg 68.

³⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *“Convivencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional: societas delinquere non potest”*; CPC, nº 11, 1980, p.78

³¹ HIRSCH, H.J., *“La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”*, ADP, 1988, p.1104.

3.1.2. *La teoría de la realidad de Gierke*

En absoluta contradicción con la teoría de la ficción, GIERKE expone la Teoría de la realidad, que como veremos supone una verdadera base teórica para la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para este autor, una persona corporativa debe ser concebida como una persona real, en la cual se juntan seres humanos unidos y organizados con “*una única y común fuerza de voluntad y de acción para el cumplimiento de los fines que superan la esfera de los intereses individuales*”. Su voluntad de acción, no es una mera suma de voluntades individuales, sino una voluntad nueva y superior, de modo que entidades de este tipo llegan a alcanzar un elevado grado de concentración y organización y “*manifiestan en el plano social una sustancial unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa*”.

Sobre esta concepción de la persona jurídica, como ser nuevo y autónomo, independiente de las personas físicas que la integran, autores como VON LISZT en el extranjero y SALDAÑA y MASAVEU en nuestro país, defienden que la capacidad volitiva y de acción propia de las mismas, justifica la admisión de la responsabilidad por sus actos. Si bien esta posibilidad se acoge sin reparos en el ámbito civil, encuentra mayores inconvenientes en el ámbito penal, en el que la doctrina dominante y la legislación se opone con fuerza, aunque como bien afirmara VON LISZT, “*quien puede concluir contratos puede concluir contratos fraudulentos y usurarios*”^{32 33}

Definidos los caracteres básicos de estas teorías clásicas, lo cierto es que como afirma GARCÍA MARTÍN, “el problema de si las personas jurídicas son sujetos responsables criminalmente o no, no se puede resolver ya partiendo de la contraposición entre la teoría de la ficción de SAVIGNY y la teoría realista de GIERKE. Hoy se hace necesario afirmar, siguiendo a LARENZ en la doctrina alemana y a LACRUZ BERDEJO en la española

³² ERLANGEN MALBLANC, en 1973, con el título de *Observationes quaedam ad delicta universitatum spectantes*. Especial importancia respecto a la inadmisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, adquiere la férrea convicción de este profesor, en cuya obra manifiesta que, dada la naturaleza del delito y de la pena, el reconocimiento de la punibilidad de las personas jurídicas era inadmisibile.

³³ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995, p. 184

“que la persona jurídica es un factor real, activo en el ámbito y en el acontecer sociales (...) una realidad propia, distinta de las personas físicas” ³⁴

3.2. La necesaria observancia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

En palabras de ZUGALDÍA ESPINAR, máximo representante de esta corriente en el Derecho Penal Español: *“la Sociedad Anónima es un magnífico medio para lavarse las manos. Si las cosas van mal, acháquenselas a la corporación y, como societas delinquere non potest el Ministerio Punitivo del Estado no encuentra una percha en la que colgar el sombrero de la responsabilidad*³⁵”.

*“...cuando se abusa de las personas jurídicas, pretendiendo utilizarla con fines no queridos por la ley, es lícito rasgar o cortar el velo de la personería, para penetrar en la verdad que se esconde detrás de él, y hacer prevalecer la justicia y las normas de orden público que han pretendido violarse (...) Claro está que no basta el ejercicio por los mismos jueces de su atribución de descorrer el velo de la personería para solucionar los problemas que dejamos señalados (...) la solución debe venir, por lo tanto, por la vía legislativa (...)”*³⁶

El legislador, consciente del lugar que ocupan las personas jurídicas en el marco de la sociedad moderna, y de la evolución misma del Derecho y del Estado, con su obligación de intervenir, dirigir y planificar el desarrollo económico, empieza a tomar conciencia de la necesidad de prever una regulación penal que vaya más allá de la consideración de las personas físicas. Diversos sectores doctrinales, influenciados en gran medida por la percepción de los ordenamientos anglosajones y del “*Common law*”, comienzan a plantearse la conveniencia de hacer responder a las personas jurídicas por sus ilícitos

³⁴ GRACIA MARTÍN, L., *“La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”*, Revista peruana de Ciencias Penales, n° 4, julio-diciembre, p. 472).

³⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *“Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest”*, CPC, n° 11, 1980, p. 81 a 84.

³⁶ MONCAYO, N.J., *Delitos cambiarios y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 32 a 33.

penales, y se articulan las bases dogmáticas jurídico penales para el reconocimiento de dicha responsabilidad.

Si bien este último inciso será objeto de desarrollo en el siguiente epígrafe, haremos ahora un breve repaso a la evolución legislativa en esta materia en los países de nuestro entorno.

El tema de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas fue objeto de discusión en varios congresos internacionales. Así, en el Congreso de Antropología Criminal (Bruselas, 1891) y en el II Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Bucarest, 1928).

En 1953 se celebra en Alemania el 40 Congreso de Juristas Alemanes, donde a pesar de abordarse expresamente la conveniencia de previsión normativa en materia de personas jurídicas, impera aún la idea de su difícil encaje en los conceptos de pena y sanción.

De hecho, puede afirmarse que aún a día de hoy, y pese a los numerosos instrumentos internacionales a favor de tal reconocimiento, Alemania es uno de los ordenamientos que se atienen a las viejas objeciones.³⁷

Posteriormente, la cuestión vuelve a plantearse en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal (Atenas, 1957) en el V Congreso Internacional de Derecho Comparado (Budapest, 1978), y en el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal (El Cairo, 1984).

Tal y como adelantábamos, los países anglosajones y del “*Common law*” como Inglaterra y Estados Unidos, la tradición en esta materia se remonta incluso al siglo XIX, observándose una evolución a lo largo del tiempo tendente al endurecimiento de las sanciones aplicables (por ejemplo, en el *Criminal Fine Enforcement Act* de Estados Unidos, de 1984) con la finalidad de combatir de forma eficaz la delincuencia económica y organizada.³⁸

Entre las legislaciones que contemplan la responsabilidad penal de la persona jurídica, debemos también incluir a Francia, donde fruto de un amplio debate iniciado en los años setenta, se recoge esta posibilidad ya en 1992. Portugal viene también a incorporarse

³⁷ Diferentes Directivas de la Unión Europea, DM 2005/667, 2005/222, 2004/757, 2004/68..., como pioneras en la exigencia a los Estados miembros de incluir a las personas jurídicas como sujetos de derecho penal

³⁸ En Inglaterra en concreto tiene su origen en 1842.

aunque con matices a partir del artículo 11 de su Código Penal (1995). Sin embargo, Italia, partiendo del inciso primero del artículo 27 de su Constitución que afirma que “*la responsabilidad penal es personal*” ha reforzado tradicionalmente su planteamiento restrictivo del principio de culpabilidad, junto con numerosos pronunciamientos de su Tribunal Constitucional, que atribuyen la responsabilidad de los actos de las personas jurídicas a los individuos que la integran.

Señala BACIGALUPO ZAPATER que en el contexto europeo coexisten distintas formas de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, a saber:

La primera, predicable en Bélgica e Italia, es la conocida como “impropia”, que permite que las personas jurídicas asuman las consecuencias económicas de un delito cometido por la persona física actuando en su nombre e interés. De esta forma, la persona jurídica quedaría obligada solidariamente al pago de la multa o indemnización impuesta, pudiendo repetir posteriormente contra la persona física responsable.

La segunda, “propia indirecta” que permite en determinados supuestos que el delito cometido por una persona física se impute también a una persona jurídica con sanciones específicas, siempre que se actúe en la esfera de la persona jurídica en su nombre e interés, y que la acción aparezca en el contexto social como propia de la persona jurídica. Esta concepción encaja en los ordenamientos de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido.

Y, por último, una forma “propia directa”, aplicable en países como Francia y Holanda, que permite sancionar directamente a la persona jurídica, sin necesidad de perseguir también a la persona física que haya dirigido la acción prohibida, pero sin perjuicio de su castigo simultáneo.

Lo cierto es que, diversos instrumentos en el marco del Consejo de Europa y de la Unión Europea, han promovido y exigido la introducción en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno de una responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, realizando reformas legislativas en los últimos años, por considerarse inaceptable que las sociedades cometieran con impunidad abusos antijurídicos graves sin apenas consecuencias sancionadoras.³⁹

³⁹ Destaca especialmente “Corpus Iuris (1997/2000) para la Protección de los Intereses Financieros de la Unión Europea (UE)”; estudio académico encargado por la Comisión Europea que tenía como finalidad elaborar un conjunto uniforme de normas de Derecho Penal y Procesal Penal para garantizar la protección

3.3. La persona jurídica como sujeto de Derecho Penal

Desde un punto de vista estrictamente teórico, y sin desatender la importancia que tiene en el tráfico jurídico y económico actual el hecho de que el Código Penal prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cierto es, que la tradicional pugna doctrinal acerca de esta cuestión está suficientemente justificada.

Partiendo de la teoría general del delito, y sin ánimo de desviar el asunto que nos ocupa, el delito es una acción típica, antijurídica y culpable. Afirmar que la persona jurídica, como ente, es sujeto de derecho penal, supone haber superado, al menos formalmente, los obstáculos derivados de la rigidez de estos conceptos.

Autores como HIRSCH, TIEDEMANN, BRENDER, y STRATENWERTH, entre otros, consideran que las personas jurídicas son destinatarias directas de las normas, mandatos y prohibiciones, de forma que, si el legislador les dirige normas, es porque tienen capacidad para producir los efectos exigidos en su supuesto de hecho. *“Las personas jurídicas pueden, a través de sus órganos y representantes, producir acciones u omisiones, equiparando las acciones de estos a las cometidas por el autor mediato, o coautor, respondiendo las entidades por sus actos, aunque se realicen a través de otro”*.⁴⁰

Respecto a la *Acción*, es claro que las personas jurídicas para actuar en el tráfico precisan de actuaciones humanas, de las que se sirven para producir determinados efectos. Por este motivo se puede afirmar que, en rigor, carecen de capacidad de acción propia, en la medida que solo pueden actuar por medio de acciones de personas físicas.

En este orden de cosas, las personas jurídicas no podrían ser responsables penalmente, en la medida en que, para el derecho penal, en el sujeto activo de la acción debe existir una facultad volitiva, capacidad de querer y dirigir intencionalmente su actuación hacia un determinado fin.

de los intereses financieros de la Comunidad Europea, a través de un sistema que superase las diferencias de sistemas jurídicos de los Estados miembros.

⁴⁰ ZUGALDIA ESPINAR, J.M; *“La Responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español”* Estudios de Derecho Penal, pg 901

Por su parte, el profesor alemán JAKOBS, señala que el concepto de acción de las personas físicas es aplicable a las personas jurídicas, dado que lo que el derecho penal juzga, no son acciones en sentido natural, sino sujetos de responsabilidad. Esto es, sistemas compuestos de psique y cuerpo (personas físicas) o de órganos (personas jurídicas) capaces de original resultados. Por ello, los actos de los órganos de la persona jurídica son actos propios de dicho ente jurídico.

Respecto a la *Culpabilidad*, cabe plantearse si la persona jurídica es o no es capaz de acomodar su conducta a un mandato impuesto en la ley, y si por tanto puede predicarse de ellas la culpabilidad. A este respecto, la doctrina favorable a la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica entiende, que nos encontramos ante una responsabilidad “indirecta o de atribución” denominada “heterorresponsabilidad”, entendida como la responsabilidad de una persona jurídica derivada del comportamiento ilícito de la persona física dentro de la estructura empresarial. Otro sector defiende que la culpabilidad no está ausente, puesto que la sociedad cuenta con una voluntad propia, que nace del encuentro y concierto de las voluntades individuales de las personas físicas que la integran. (A esta cuestión haré referencia con mayor detenimiento en el último epígrafe de este trabajo, al estudiar la reciente jurisprudencia existente en la materia).^{41 42}

Aspectos como la imputabilidad de las personas jurídicas, la aplicabilidad de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y el actuar imprudente, han sido también durante mucho tiempo óbice para los detractores del reconocimiento de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas entendida en los mismos términos que la de las personas físicas.

Sobre este aspecto, señala ZUGALDÍA, que existe una culpabilidad basada en “defecto de organización”, haciendo alusión a los casos en que la persona jurídica se convierte en culpable por la falta de observancia de las medidas de precaución necesarias que le son exigibles para garantizar la licitud de sus actos.

⁴¹ Artículo 5 Código Penal “*No hay pena sin dolo o imprudencia*” Artículo 10 del Código Penal “*Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”

⁴² A este respecto, la STS 514/2015 de 2 de septiembre, señala “*ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal*”

Otra cuestión no menos controvertida, es la capacidad de *pena* de las personas jurídicas. ¿son las personas jurídicas quienes padecen las penas que se les imponen, o lo son por el contrario las personas físicas que la integran? Se cuestiona si la sanción y la finalidad intimidatoria de la pena, son efectivas cuando se predicen de las personas jurídicas, o si, por el contrario, el mal es sufrido por ellas solo en sentido figurado.

Lo cierto es que el sistema punitivo encuentra en relación con las personas jurídicas limitada su sanción “reina”, es decir, la pena privativa de libertad, así como otras penas de menor entidad necesariamente propias de las personas físicas, como la privación de derechos electorales, por ejemplo.

Sin embargo, si partimos de la concepción de que una pena, es la sanción o castigo prevista por el derecho ante la vulneración de un bien jurídico protegido, impuesta por la autoridad legalmente habilitada al responsable de una infracción, como consecuencia de la infracción misma, y con finalidad de prevención, podemos afirmar, que, no solo cumplen esta finalidad las penas privativas de libertad.

En efecto, la privación de derechos impuesta a la persona jurídica, tales como ordenar su disolución, la clausura temporal o definitiva de establecimientos, suspensión de sus actividades, multas... cumplen a la perfección la finalidad intimidatoria preventiva de la sanción, si bien la doctrina más purista considera que no son verdaderas penas, si no medidas accesorias y que quienes en realidad las padecen son las personas físicas que constituyen su base, socios y o accionistas.

También en el orden procesal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas entraña ciertas peculiaridades respecto a aplicabilidad del principio de presunción de inocencia, y el adecuado ejercicio del derecho de defensa que debe garantizarse en el ámbito del proceso penal.

Se ha hecho referencia en este epígrafe a la necesaria interpretación, en ocasiones extensiva, de conceptos penales para conseguir que tenga encaje en su significado la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si bien sus detractores consideran que ello supone la construcción de un derecho de forma estructuras y conceptos esenciales del derecho penal, sus defensores entienden que es un presupuesto necesario. En efecto, debe entenderse que esta “revisabilidad” de las categorías es precisa, dado que, por razones de conveniencia político-criminal, por encima de los conceptos teóricos debe predicarse la

necesidad de que las personas jurídicas no queden impunes ante la comisión de ilícitos penales.

Señala ZUGALDÍA ESPINAR, siguiendo las teorías de BACIGALUPO ZAPATER sobre la oposición entre el Derecho Penal y la Política Criminal, que, ...”*si las categorías dogmáticas vigentes son (...) las categorías de las teorías absolutas de la pena y, de otra parte, la Política Criminal apunta hacia una concepción relativista, utilitarista y antirretribucionista de la pena, no es de extrañar que (...) lo que desde el punto de vista político-criminal pueda ser conveniente, desde el punto de vista dogmático pueda resultar imposible*⁴³.

3.4. Breve examen de la regulación en el Código Penal español

Dada la extensión de esta materia tanto desde el punto de vista legislativo como doctrinal, en este epígrafe me limito a indicar los principales aspectos de la regulación, en lo que pudiera resultar interesante a los efectos de este trabajo de investigación.

A raíz de la ya mencionada reforma del CP operada por LO 5/2010, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una realidad en nuestro derecho positivo. En la Exposición de Motivos se justifica la introducción en las exigencias contenidas en los Convenios Internacionales suscritos por España y se señalan los aspectos fundamentales de esta regulación, a saber:

- Sistema de *númerus clausus*, estableciéndose que la responsabilidad de la persona jurídica solo podrá ser declarada en aquellos supuestos y respecto a aquellos delitos que expresamente prevean esta posibilidad.
- Sistema de imputación dual, pudiendo la persona jurídica incurrir en responsabilidad penal por delitos cometidos en su nombre o por su cuenta y en su provecho por las personas que ostenten poder de representación en las mismas (es decir, sus directivos), así como por defecto de control o “culpabilidad de organización”, respecto de los delitos cometidos por quienes estén sometidas a la

⁴³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional: *societas delinquere non potest*" CPC, nº 11, 1980, p. 69 a 70.

autoridad de los representantes (empleados) cuando hayan podido realizar su acción “*por no haberse ejercido sobre ellas el debido control, atendidas las circunstancias del caso*”.⁴⁴

Se mantiene el sistema de responsabilidad penal accesoria del artículo 129 CP para todo tipo de delitos y aplicable también a entes sin personalidad jurídica (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...) y se introduce el artículo 31bis CP de responsabilidad penal directa limitado a determinados delitos.

El problema dogmático fundamental que planteó el artículo 31 bis CP en su redacción dada por la LO 5/2010, es que la doctrina entendía que la deficiencia de organización debería ser un requisito para atribuir responsabilidad penal aplicable tanto a los supuestos en que la acción fuera cometida por los representantes o administradores como en el caso de empleados, ya que aunque existiere una actividad delictiva, la persona jurídica no debería responder si contaba con una estructura organizativa adecuada y un sistema de control eficaz.

En este orden de cosas, la remodelación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas operado por la LO 1/2015, regula expresamente los programas de cumplimiento, estableciéndose una responsabilidad por el hecho propio, consistente en la omisión de las prevenciones o mecanismos internos como concausa imprudente de la conducta delictiva del directivo o empleado. Por ello, a raíz de esta reforma, para que se genere responsabilidad penal de la persona jurídica, además de los requisitos ya señalados, se exige la concurrencia de un elemento negativo, que no exista un programa de cumplimiento eficaz en los términos en que se expondrán a continuación.⁴⁵

Recientemente la LO 1/2019, cuya entrada en vigor se produjo el pasado 13 de marzo, extiende el catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas,

⁴⁴ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Modifica fundamentalmente el artículo 31Bis CP y se introducen apartados ter, quarter, quinquies.

(incluye por ejemplo la responsabilidad por cualquier tipo de delito de terrorismo y no solo su financiación), y endurece las penas aplicables a las mismas.⁴⁶

⁴⁶ Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional

4. Los programas de cumplimiento normativo. *Compliance penal*.

Como hemos adelantado en el anterior epígrafe, hasta la reforma del año 2015, los programas de cumplimiento normativo se contemplaban como una atenuante *ex post facto*, (medida a implantar tras la comisión del delito), y se discutía si debía contemplarse como atenuante en los casos en que al tiempo de cometerse el delito existían protocolos de cumplimiento.⁴⁷

Sin embargo, tras la reforma operada en 2015, los programas de cumplimiento normativo adquieren una total preponderancia al determinar los supuestos en que la persona jurídica puede eximirse de responsabilidad penal a pesar de la comisión del delictiva, responsabilizando únicamente a las personas físicas que de facto actuaron. De esta manera, si bien el CP no obliga a las empresas a establecer estos programas, su utilización podría exonerar a la persona jurídica de responsabilidad penal o atenuar la pena que le correspondería como consecuencia de algún incumplimiento.

Los programas de cumplimiento normativo, o *compliance programs*, son en esencia, medidas que se adoptan en el seno de las sociedades (y de la actividad empresarial) para prevenir la comisión de ilícitos penales. Se trata de instaurar un conjunto de criterios de organización que impliquen la evitación delictiva de un modo proactivo. Para ello se requiere un análisis previo en el que se identifiquen los riesgos y se establezcan medidas idóneas y eficaces de prevención y detección de delitos en cada caso concreto. En los casos en que se hayan aplicado medidas, pero estas no hayan resultado del todo eficaces, se prevé una atenuación de la pena a imponer a la persona jurídica en el 31bis 2.4, párrafo 2º.

En el apartado 1.5 del artículo 31 bis del CP se detallan los contenidos mínimos de estos modelos de organización y gestión, y que en esencia son la identificación de factores de riesgo, el establecimiento de protocolos eficaces, modelo de gestión de recursos

⁴⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Modifica fundamentalmente el artículo 31Bis CP y se introducen apartados ter, quarter, quinquies.

financieros, flujos de información hacia el órgano de control, previsión de un régimen disciplinario...etc.⁴⁸

Es un análisis general de prevención, abstracto y ex ante, que sirva para prevenir la comisión de delitos o que reduzca significativamente el riesgo de comisión. Sin embargo, tal y como señala la Circular de la FGE 1/2016, el hecho de que se haya cometido un delito, no es bastante para calificar negativamente un plan de cumplimiento. La eficacia y calidad de un programa de cumplimiento debe valorarse caso por caso, si bien esta labor corresponde generalmente al juez, una vez que el mecanismo no ha sido lo suficientemente eficaz como para prever la irregularidad.⁴⁹

Señala la FGE en su Circular 1/2016, que los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs* no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa, sino promover una verdadera cultura ética empresarial.

Especial consideración merecen los grupos de empresas (regulados en el artículo 42 del Cco) en cuanto a la necesidad de analizar el deber de control que se establece entre la sociedad matriz y la filial, según aspectos como el porcentaje de participación de la matriz en la filial, la mayor o menos independencia en la toma de decisiones, o la vinculación de su objeto social. Lo cierto es que la responsabilidad es desde luego imputable a la matriz en los casos en que se haya producido en ella un beneficio directo o indirecto, o incluso la simple expectativa. Por ello, como adelantábamos en la introducción, las empresas (en definitiva, las personas jurídicas que constituyen su base), a la hora de establecer los

⁴⁸ Art. 31bis 1.5 CP: *Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:*

- 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*
- 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*
- 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*
- 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*
- 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.*
- 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.*

⁴⁹ Circular 1/2016, de la FGE, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal.

modelos de prevención de delitos deben tener en consideración las leyes aplicables en los distintos países en que operan sus filiales, a fin de prever el cumplimiento de la normativa correspondiente a los lugares en los que operan.^{50 51}

4.1. Jurisprudencia destacada

Para finalizar, haremos un breve repaso a las sentencias más relevantes que constituyen la aún incipiente jurisprudencia de la Sala Segunda nuestro alto tribunal en la que se condena penalmente a personas jurídicas.

Podemos considerar pionera la STS 154/2016 de 29 de febrero, en la que se condena a la persona jurídica y sus administradores por un delito contra la salud pública, y en la que se hace especial hincapié en los requisitos (señalados someramente en el epígrafe 3.4 de este trabajo) para imputarle responsabilidad penal *“a) La comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete, en este caso el delito contra la salud pública inventariado a tal efecto en el artículo 369 bis del Código Penal; b) Que las personas físicas autoras de dicho delito son integrantes de la persona jurídica, en esta ocasión como administradores de derecho y de hecho, respectivamente, de la misma.”*

Pero una vez cometido el delito, el principal interés que suscita esta sentencia, es determinar cuál sea el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es decir, señalar si el fundamento de la culpabilidad radica en el hecho propio o en el hecho ajeno de sus dirigentes o personas subordinadas.

Concluye la sentencia, que para que la persona jurídica responda penalmente hay que dilucidar si *«el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y*

⁵⁰ STS 154/2016, de 29 de febrero y Circular 1/2016 FGE.

⁵¹ Ver referencias 9 y 10 en relación con las normas “*Sarbanes-Oxley Act*” de 2002 y “*Bribery Act*” 201.

subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos [...]».

De este modo, se concentra el fundamento de la responsabilidad en la ausencia de estos mecanismos de control (*Compliance Programs*), declarando así el Alto tribunal un sistema de autorresponsabilidad por el hecho propio, en contraposición al modelo vicarial o por transferencia, defendido sin embargo en el voto particular.

No obstante la citada discusión doctrinal, posteriormente, la STS 221/2016 de 16 de marzo, refuerza este criterio de atribución de la responsabilidad, señalando que es «*la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica [...]»*. Dicho defecto estructural en los mecanismos de control debe ser grave, pues «*Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos»*.

También la STS 516/2016 de 13 de junio, incide en el sistema de auto-responsabilidad. Además, tanto en la STS 221/2016 de 16 de marzo, como en ésta última, se absuelven a las personas jurídicas por cuestiones de índole procesal, remarcando con ello la jurisprudencia que los principios procesales son también aplicables a los procesos penales en que son parte las personas jurídicas.⁵²

La STS 827/2016 de 3 de noviembre, ratifica la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona que condena a la persona jurídica y su administrador por un delito de estafa procesal a una pena de multa. No existen en este caso medias de cumplimiento normativo implantadas en la organización de la entidad, por lo que no puede atenuarse la responsabilidad penal.

Especial relevancia adquiere la STS 121/2017 de 23 de febrero, en cuanto a los delitos susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas, que como se ha indicado reiteradamente, constituye un *numerus clausus*. En este caso, respecto a los delitos contra los derechos de los trabajadores del título XV, Libro II del CP. Si bien este delito no se considera incluido entre los imputables a las personas jurídicas, si existe una norma

⁵² STS 668/2017, de 11 de octubre, (EDJ 2017/208840) se vuelve a insistir en que «*La responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos sine qua non para proclamar la autoría penal de una persona jurídica»*.

expresa de atribución de responsabilidad a los administradores cuando se hubieran cometido en el seno de una persona jurídica (art.318 CP).

Por su parte, la STS 583/2017 de 19 de julio, en la que se ratifica una sentencia de la Audiencia Nacional que condena a varias sociedades por un delito de blanqueo de capitales, da un repaso a la necesaria concurrencia de los presupuestos que deben darse al imponer una pena a una persona jurídica, a saber; comisión de actividad delictiva por administradores y directivos, obtención de un beneficio por la entidad, bien sea directo o indirecto, y ausencia de plan de prevención.

En este sentido, en la STS 2528/2017 de 21 de junio, nos encontramos con un supuesto en el que no se condena a la persona jurídica, por no darse en el supuesto de hecho el beneficio directo ni indirecto para la misma, sino más bien un claro perjuicio (necesaria declaración de concurso por apropiarse el consejero delegado de la entidad dinero concedido a la entidad por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio). Y es que, tal y como se afirma *“Aunque el delito fue cometido por un representante legal de la persona jurídica, la ausencia de un mínimo beneficio para la mercantil que pudiera derivarse de la comisión del delito es inexistente. Por ello, no es posible exigir responsabilidades penales a la mercantil”*

Sin embargo, tal y como ya se ha adelantado anteriormente, la cuestión de cuál sea el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y la discusión doctrinal acerca del sistema vicarial o de autoresponsabilidad de atribución, sigue siendo a día de hoy un asunto sin resolver. Así los dos últimos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, ofrecen pronunciamientos contradictorios, pues mientras en la STS de 25 de octubre de 2018, afirma en su FJ único que *“La responsabilidad penal de la persona jurídica es vicarial y, aunque no supeditada a la condena de una persona física, sin depender de su conducta...”*, la STS de 8 de mayo de 2019 concluye *“Las dudas sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han quedado resueltas por la doctrina de esta Sala de la que es exponente la STS 221/2016, de 16 de marzo (EDJ 2016/18524), entre otras, en la que se establece que la sanción penal de la persona jurídica tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados en los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica”*

5. Conclusiones

I

Tras este repaso a los principales aspectos de la problemática y medidas adoptadas por los ordenamientos jurídicos sobre el abuso de la personalidad jurídica en el ámbito empresarial, podemos afirmar que se trata de una cuestión cuya importancia se pone de manifiesto en muy diversos ámbitos de repercusión económica, social y empresarial, y que existe una extendida conciencia de la necesidad de su control por parte de las autoridades nacionales e internacionales.

II

Desde una óptica general, los ordenamientos jurídicos tienen cada vez más identificados los factores de riesgo existentes y están mejor encaminadas las medidas de control y mecanismos de respuesta ante abusos de la persona jurídica en el tráfico económico y empresarial. Sin embargo, aún queda un arduo camino por recorrer en cuanto a la eficacia de las mismas. Aspectos como la fuga de capital a territorios de escasa o nula tributación, y la problemática aparejada en cuanto a la economía sumergida y corrupción que ello genera, siguen constituyendo uno de los principales objetivos de la política de los Estados.

III

Se trata de un escenario que exige una constante adaptación por estar sometida a cambios fruto de la evolución y desarrollo. Así, por ejemplo, asistimos en los últimos años a grandes cambios como consecuencia del alto grado de globalización alcanzado y del desarrollo de las nuevas tecnologías e internet. En nuestros días ya no es necesario desplazarse a un lugar para constituir una sociedad o abrir una cuenta bancaria. Está al alcance de cualquier sujeto la creación e instrumentalización de personas jurídicas y operar a través de ellas en cualquier lugar del mundo.

IV

Las propuestas en la problemática derivada del uso de paraísos fiscales, implican la adopción de medidas tales como el fomento de un intercambio automático de información fiscal entre Estados, mayores obligaciones de información a las empresas sobre sus cifras de negocio y entidades filiales, justificación de las transferencias económicas intragrupo, prohibición de los estados de firmar acuerdos con compañías para reducir sus obligaciones impositivas, mayor exigencia de información a las entidades financieras, establecimiento de un registro público en los Estados de sociedades mercantiles, fiducias, *trusts* con indicación de sus titulares reales, prohibición del secreto bancario...

V

Si bien la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es ya una realidad en nuestro ordenamiento y en el de alguno de los países de nuestro entorno, la jurisprudencia existente es aún incipiente, y existen, como hemos visto, algunas discusiones doctrinales que deben matizarse con la práctica. La citada reforma operada por ley 1/2019 de 20 de febrero, da algunas pistas sobre el camino que va a seguir el legislador en reformas futuras, donde es previsible que se amplíen el catálogo de delitos susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas.

VI

Resulta palmaria la importancia en nuestros días de la implantación de *compliance programs* en el seno de las empresas, aunque es cierto que siempre existen riesgos que no pueden preverse o que aún previstos serían inevitables. Se encomienda además al juzgador la tarea de evaluar estos programas, lo cual hace más compleja la instrucción de las causas y pone la carga de la prueba en el punto de mira. No obstante se precisa que estos avances se produzcan de maneras simultáneas en todos los ámbitos, así, el Consejo De Estado afirmó que la regulación de los sistemas de supervisión, vigilancia y control de aplicación a las personas jurídicas, debía acomodarse en la legislación mercantil, “*es más, dicha reforma, habría de tramitarse de forma paralela a la revisión del Código*

penal , pues en otro caso este correría el riesgo de incluir, aunque solo fuese de forma transitoria, normas penales en blanco y carentes de todo contenido”⁵³.

VII

Respecto a las medidas de Responsabilidad Social Corporativa, tan nombrada en nuestros días, cabe plantearse, tal y como se ha indicado, si verdaderamente se trata de medidas que inspiran la actuación social de las empresas, o si se trata, más bien de una acción estética, un lavado de imagen, o en el mejor de los casos, una mera declaración de intenciones de dudosa aplicación práctica.

⁵³ Informe del Consejo de Estado 358/2013 de 27 de junio.

6. Bibliografía

Obras doctrinales

- ALBALADEJO, M, “Derecho Civil, Introducción y Parte general, Vol I, Barcelona, Bosch, 1996.
- FIGUEROA, DANTE “Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano”, 2011
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE; “Teoría General Del Delito”, Editorial Tirant lo Blanch - 5º Edición, Valencia- 1991.
- GALVEZ BRAVO, R: “*Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales* “BOSCH, WOLTERS KLUEWR, 2017.
- GRACIA MARTÍN, L., “*La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*”, Revista peruana de Ciencias Penales, nº 4, julio-diciembre, p. 472).
- GOMEZ-LARA, DIEZ, C. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.
- HIRSCH, H.J., “*La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*”, ADP, 1988.
- MEINI MENDEZ, Iván, “*La Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*”, Fondo Editoria, 19.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995.
- MONCAYO, N.J., *Delitos cambiarios y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- SÁNCHEZ SANTAMARÍA, F/VELA GARCÍA, N: “*El delito de blanqueo de capitales, responsabilidad y comiso*” Análisis del Instituto, IUISI, Madrid.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “*Convivencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional: societas delinquere non potest*”; CPC, nº 11, 1980.
- ZUGALDIA ESPINAR, J.M; “La Responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español” Estudios de Derecho Penal.

Bases de datos jurídicas y documentación online de legislación y jurisprudencia:

- Lefebvre del Derecho (<https://online.elderecho.com/>)
- Declaración Universal de los Derechos del Hombre 10 diciembre 1984
- Boletín Oficial de las Cortes Generales, versión online (www.elsenado.es, www.elcongreso.es)
- *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (30 de julio de 2002)
- The Bribery Act 2010 (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>)
- Informe de la DGT de 23 de diciembre de 2014, de la Secretaría de Estado de Hacienda, Dirección General de Tributos, N.º 14 (2014-09934) sobre Vigencia de la lista actual de paraísos fiscales aprobada por RD 1080/1991 de 5 de julio con exclusiones derivadas de la modificación introducida por RD 116/2003 de 31 de enero. (https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Criterios_generales/Lista_paraigos_fiscales_DGT.pdf)
- DGT Consulta V0010-10 de 14/01/2010 (https://petete.minhafp.gob.es/consultas/?num_consulta=V0010-10)
- Circular 1/2016, de la FGE (https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2016.pdf?idFile=81b3c940-9b4c-4edf-afe0-c56ce911c7af)
- Informe del Consejo de Estado 358/2013 de 27 de junio, sobre Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>)

Jurisprudencia

- SAP Madrid 396/2011, de 30 de junio; (EDJ 2011/217199, Lefebvre)
- SAP Sevilla 163/2010, de 7 de abril; (EDJ 2010/224334, Lefebvre)
- SAP Badajoz 219/2009, de 10 de junio; (EDJ 2009/128743, Lefebvre)
- SAP La Rioja 75/2008, de 3 de marzo (EDJ 2008/156757, Lefebvre)
- la STS 514/2015 de 2 de septiembre (EDJ 2015/161457, Lefebvre)
- STS 221/2016 de 16 de marzo (EDJ 2016/18524, Lefebvre)
- STS 516/2016 de 13 de junio (EDJ 2016/82152, Lefebvre)
- STS 154/2016, de 29 de febrero (EDJ 2016/10795, Lefebvre)

- STS 827/2016 de 3 de noviembre (EDJ 2016/196189, Lefebvre)
- STS 121/2017 de 23 de febrero (EDJ 2017/12308, Lefebvre)
- STS 668/2017, de 11 de octubre, (EDJ 2017/208840)
- STS 583/2017 de 19 de julio (EDJ 2017/175657, Lefebvre)
- STS 2528/2017 de 21 de junio (EDJ2017/124814, Lefebvre)
- STS 3544/2017 de 11 de octubre (EDJ 2017/208840, Lefebvre)
- STS 506/2018 de 25 de octubre (EDJ 2018/618859, Lefebvre)
- STS 234/2019 de 8 de mayo de 2019 (EDJ 2019/573737, Lefebvre)

Instrumentos web

- <http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html/>
- <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>
- <https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>
- <https://observatoriorsc.org/>
- <http://www.lexicon-canonicum.org/materias/organizacion-eclesiastica/curia-romana-y-organismos-relacionados/autoridad-de-informacion-financiera-aif/>
- https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_7114
- <https://petete.minhafp.gob.es/consultas>
- <https://www.eldiario.es>