



FACULTAD DE DERECHO

**LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES
EN EL RÉGIMEN DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Autor: Bartolomé Vargas Tirado
5º E3 D
Derecho Penal

Tutora: María Concepción Molina Blázquez

INDICE

1. Introducción.....	3
2. Concepto de sociedad instrumental y de Sociedad Unipersonal.....	6
2.1 La sociedad instrumental; levantamiento del velo.....	6
2.2 La Sociedad Unipersonal.....	8
3. Régimen general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	10
4. Auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014.....	14
5. Posiciones doctrinales.....	17
5.2 Sociedades instrumentales.....	17
5.3 Sociedades unipersonales.....	23
6. Doctrina de la Fiscalía General del Estado.....	25
7. Análisis jurisprudencial.....	27
7.1 Sociedades Instrumentales.....	27
7.1.1 Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero.....	27
7.1.2 Sentencia del Tribunal Supremo 583/2017, de 19 de Julio.....	31
7.2 Sociedades Unipersonales.....	34
8. Conclusiones.....	37

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ en adelante), basado en un régimen de imputación que se examinará, ha cobrado significativa importancia a raíz de la Ley Orgánica 1/2010, de 2 de julio, que introdujo en nuestra legislación este tipo de responsabilidad, y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que estableció nuevas pautas, delitos y penas a las personas jurídicas. Muchas son las materias incluidas dentro del Derecho Penal y que afectan a la constitución, vida y disolución de las personas jurídicas. La cuestión que se va a abordar en este trabajo es el tratamiento que se le ha dado en el régimen de la RPPJ a un tipo específico de sociedades, las instrumentales. Estas sociedades son comunes en el ámbito empresarial y como refleja el propio nombre, constituyen un mero instrumento que la persona física utiliza generalmente para la comisión de delitos. Partiendo de una interpretación literal del Código Penal (CP en adelante) en su artículo 31 bis, que se desarrollará con anterioridad a los apartados esenciales del trabajo, la responsabilidad penal se extendería también a las sociedades instrumentales. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia configurando cada una su propio sistema de justificación, entienden que deben quedar al margen de la aplicación de dicho precepto y que no deben resultar imputables con los matices que se expondrán.

Los **antecedentes** se encuentran en la doctrina iniciada en el año 2005 por Carlos Gómez Jara. Así comenzó la tesis que niega la responsabilidad penal a las sociedades instrumentales. El problema de la imputabilidad penal de estas sociedades surgió a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010. Antes de seguir adelante conviene decir que la imputabilidad es la capacidad subjetiva abstracta de la persona jurídica para poder ser autor de delito en los términos del art 31 bis y asumir la consiguiente responsabilidad penal. Es correlativa a la imputabilidad de las personas físicas de que se ocupa el art 20. 1º a 3º CP. También debe nombrarse la Ley 37/2011, reformadora de la LECrim, ya que dotó a aquellos nuevos sujetos pasivos, las personas jurídicas, de un estatuto jurídico procesal del que dependía su actuación como imputadas. Con estas modificaciones legales, quedaba en duda la imputabilidad mencionada y la capacidad para ser parte en el proceso penal de las sociedades instrumentales o pantalla. Se planteaba si todas las personas jurídicas, concurriendo los criterios del art 31 bis CP, por el mero hecho de ser consideradas formalmente como tales debían resultar imputables o si, por el contrario,

era preciso introducir un límite adicional que atendiese al sustrato material de la entidad en cuestión.

Ante esta inseguridad interpretativa, se produjeron varios pronunciamientos de la doctrina, tanto por parte de la Fiscalía General del Estado (FGE en adelante) con dos Circulares (1/2011 de 1 de junio y 1/2016) de 23 de enero), como de varios autores que elaboraron su propio sistema argumentativo. En referencia a la jurisprudencia, el Auto de la Audiencia Nacional (AN en adelante) de 19 de mayo de 2014 marcó el punto de referencia respecto a esta cuestión. Supuso el primer pronunciamiento judicial en el que se concretaron los criterios para determinar la imputabilidad de una persona jurídica, haciendo especial hincapié en el supuesto de las sociedades instrumentales, con consecuencias procesales. Posteriormente, la sentencia 154/2016 del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS en adelante), la primera en la que el TS condenó penalmente a una persona jurídica, realizó un enjuiciamiento respecto a las sociedades instrumentales que significó la confirmación del tratamiento que se les venía dando, matizando eso sí ciertas cuestiones. Aunque se analizará detenidamente más adelante, la principal consideración de la Sala reside en que el carácter instrumental de estas sociedades agota la propia razón de su existencia con la comisión delictiva, siendo por ello una persona jurídica no imputable. Las posteriores sentencias que versaron sobre el enjuiciamiento de una sociedad instrumental profundizaron en la línea argumental de la anterior sentencia.

Fijados los antecedentes y los principales hitos del razonamiento jurídico, el **objetivo** principal del presente trabajo consiste en recoger y analizar ambos criterios, doctrinal y jurisprudencial, con el fin de reflejar y clarificar el tratamiento que han recibido las sociedades instrumentales en el ámbito penal de la RPPJ, así como las problemáticas y consecuencias que genera. Por otro lado, no deben quedar al margen las sociedades unipersonales ya que en la práctica penal se las ha equiparado a la responsabilidad de las propias sociedades instrumentales.

El **interés** de abordar la cuestión objeto de examen se justifica, en parte, porque no existe un precepto legal dentro del CP que permita resolver adecuadamente el enjuiciamiento penal de esta figura societaria. La doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario apartar a estas sociedades de la responsabilidad penal que se les atribuye a las personas

jurídicas, y de ahí que devenga relevante plasmar y analizar los motivos y los criterios utilizados por una y otra. En conexión con lo anterior, la decisión sobre la apreciación de la inimputabilidad se circunscribe al caso concreto, en el que entran en juego los distintos argumentos que se han ido fijando a lo largo del tiempo. Constituye una decisión valorativa muy compleja ya que se deben atender a elementos específicos y caracterizadores de su justificación y que, además, genera consecuencias procesales distintas a las que acaecerían en el supuesto de una persona jurídica imputable penalmente.

El **plan de trabajo** partirá de la explicación del concepto de sociedad instrumental, con especial mención a la doctrina del levantamiento del velo, y de sociedad unipersonal. A continuación, se elaborará un breve resumen del régimen general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En particular, resultará relevante indicar los supuestos en los que una persona jurídica es imputable y aquellos en los que quedaría excluida de la responsabilidad penal, ya que ayudarán al entendimiento de las posturas de la doctrina y la jurisprudencia sobre las sociedades instrumentales. Seguidamente, entrando en materia de desarrollo sobre el objetivo, se dedicará un apartado entero al análisis del Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de mayo de 2014. El motivo de hacerlo al principio y por separado reside en la vital trascendencia que adquiere en este asunto. También, por el hecho de que varios de los autores, que se mencionarán en el trabajo, lo han utilizado como punto de partida de su hilo argumentativo o lo analizan y han profundizado más en sus cuestiones.

Los siguientes apartados consistirán en recoger y analizar las distintas manifestaciones de la doctrina, dividiéndolo, por un lado, en la doctrina de los juristas que han escrito sobre el problema y solución de las sociedades pantalla y, por otro, en la doctrina elaborada por la Fiscalía General del Estado. Después, se procederá a la realización del análisis jurisprudencial de las sentencias de mayor relieve que se han pronunciado sobre la consideración penal de las sociedades instrumentales y sociedades unipersonales dentro del régimen de la RPPJ. Recogidos y estudiados los postulados de la doctrina y la jurisprudencia, se finalizará con unas conclusiones en la que se tratará de reflejar con claridad qué ocurre con las sociedades instrumentales en el régimen de RPPJ. Para ello, será necesario efectuar un resumen general del criterio adoptado por los dos sectores jurídicos, y que a su vez permitirá observar si difieren o no en gran medida. Por último,

se tratarán de establecer unas pautas que deban considerarse para el futuro enjuiciamiento de las sociedades instrumentales.

2. CONCEPTO DE SOCIEDAD INSTRUMENTAL Y DE SOCIEDAD UNIPERSONAL

2.1 Sociedad instrumental; levantamiento del velo

En Derecho Penal, las sociedades instrumentales se definen generalmente como aquellas creadas exclusivamente para servir de instrumento en la comisión de delito por la persona física. También reciben el nombre de sociedades “pantalla” o “interpuestas” que, actuando en el tráfico económico entre el mercado y el prestador de servicios, ocultan la realidad latente de un simple medio utilizado para fines delictivos, evasivos o elusivos (Circular 1/2016, FGE). Este es el motivo por el que en ocasiones se duda acerca de la legalidad de estas sociedades, estando frecuentemente en la frontera de lo ilegal y en el campo de la opacidad. No se encuentran reguladas en legislación alguna, por lo que su entendimiento se extrae de las pautas establecidas por la doctrina penal y jurisprudencia civil y penal.

Lo que caracteriza principalmente a estas figuras es que, aunque formalmente son personas jurídicas, materialmente carecen de verdadera actividad, desarrollo organizativo, infraestructura propia o patrimonio. Revisten una apariencia de sociedad a través de un contrato aparente que la persona física perfecciona, pero que no está dotado de contenido alguno. Se trata de empresas que pretenden evitar el rastreo de la propiedad y el origen de los fondos, pues son mayoritariamente utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. En definitiva, constituyen sociedades sin estructura alguna que se crean a través de la declaración ficticia de sus dueños y que, gracias a un acuerdo simulado, aparecen y actúan en el tráfico jurídico como una persona jurídica más (Circular 1/2016, FGE). Pueden de todos modos convivir con elementos dentro de ellas que se ajusten a la realidad económico -societaria en una amplia gama de variedades en las que lo esencial es la apariencia, lo ficticio

En el ámbito fiscal son muy comunes y generan gran cantidad de dificultades. Las actividades o supuestas transacciones son inexistentes, simulando la ejecución de una

actividad económica por la cual emiten comprobantes de venta, para destinarlos a gastos de otros contribuyentes, que, al mismo tiempo, utilizan para reducir el pago de impuestos. El verdadero problema surge cuando la persona que tiene una empresa sociedad instrumental en un paraíso fiscal no la registra en su país de residencia y la utiliza como pantalla para evitar la tributación de ciertos ingresos. La persona visible se le denomina testaferro y es el que hace funcionar la sociedad, que normalmente no tiene actividad real y sólo se usa para emitir facturas.

Sin embargo, la finalidad de una sociedad instrumental no es siempre la evasión o elusión fiscal. Así, se suelen emplear para evitar otro tipo de obligaciones, por ejemplo, para gestionar el patrimonio de una persona mayor e incumplir la aplicación de las normas legales de sucesión; también se suelen crear para simular que se trata de una empresa diferente de la matriz e interrumpir la continuidad de las relaciones laborales; o en ocasiones, se utilizan para superar limitaciones legales tales como topes presupuestarios o políticas de competencia. Constituyen algunos ejemplos de finalidades ilícitas o delictivas que bien se pueden extender a cualquier delito de los que responden penalmente las personas jurídicas.

Sobre la naturaleza y consecuencias jurídicas de las sociedades instrumentales hay una consolidada doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo plasmada en las SSTS de 9-11-1998 y 17-10-2000 y desarrollada en las SSTS 83/2011 de 1 de marzo, 628/2013 /2013 de 28 octubre, entre otras muchas sistematizadas en la reciente STS 206/2018 de 30 de enero en su FJ2. De entre las más recientes junto a ésta las SSTS 667/2017 de 14 de diciembre y 575/2019 de 5 de noviembre en su FJ 5.

La llamada **doctrina del levantamiento del velo** de la persona jurídica societaria que consagran, parte de la premisa de que deben respetarse las normas de la legislación mercantil sobre autonomía patrimonial de la sociedad y régimen de responsabilidad frente a terceros. Despliega su eficacia tras la válida constitución a través de escritura pública e inscripción en el Registro con los requisitos establecidos en las normas que la integran, y por su cumplimiento adquieren personalidad jurídica propia. De ello depende la seguridad tan relevante del tráfico mercantil unida a la economía del país. Por ello en el proceso civil se permite con carácter excepcional adentrarse e indagar la realidad económico societaria sólo en determinados casos. En ellos se confiere a los terceros una herramienta

de nueva legitimación procesal pasiva que por encima de las relaciones contractuales o extracontractuales permite ejercitar la acción frente a las personas físicas o jurídicas que se ocultan tras la forma societaria. Se trata de un recurso que ha de utilizarse con proporcionalidad, cautela y de modo subsidiario. (STS 206/2018, de 30 de enero)

En primer lugar, ha de huirse de automatismos y así no basta con que exista un grupo de empresas interrelacionadas, aparezcan sociedades unipersonales o se ofrezca una singular complejidad en las titularidades sociales. Debe haber en todo caso datos constatados previos del supuesto que se examina. Lo podemos definir con un apretado resumen de la doctrina jurisprudencial en base a los siguientes requisitos: a) que se produzca un injusto e indebido perjuicio a los intereses públicos o privados constitutivo de abuso de derecho, en este caso abuso de la personalidad societaria proscrito en el art 7.2 CC faltando a la exigencia de la buena fe del art 7.1CC, b) que aparezcan o se constaten operaciones carentes de toda justificación económica y jurídica, c) que asimismo haya indicios de que son una sola persona o varias concertadas con sus patrimonios propios las que se ocultan tras la forma societaria, y d) que concurra ánimo fraudulento que es elemento subjetivo al que se refiere la reciente STS de 14-12-2017 ya citada cuando dice que “...no ha quedado acreditado el aspecto subjetivo o de concertación (consilium) para procurar el fraude”, en un caso como dice la resolución en que “ el acreedor conoce la circunstancias que concurren (scientia) y pese a ello acepta los riesgos ..”. (STS 667/2017, de 14 de diciembre; STS 206/2018, de 30 de enero).

La doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª con las mayores posibilidades de investigación del proceso penal que parte de premisas diferentes, ha seguido, en lo esencial, esta línea doctrinal como veremos en las sentencias objeto de examen más adelante

2.2 Sociedad Unipersonal

Por otra parte, en el presente trabajo también son objeto de análisis las sociedades unipersonales ya que, como se reflejará más adelante, el tratamiento que han recibido dentro del régimen general de la RPPJ es prácticamente idéntico. Aunque societariamente sean diferentes, desde el punto de vista penal en este estudio se les tratará de manera conjunta, pues los motivos que explican la inimputabilidad de las sociedades instrumentales adquieren mayor coherencia cuando también se consideran no imputables

penalmente a las unipersonales. De esta manera, se procederá a continuación a explicar el concepto de sociedad unipersonal.

Esta modalidad societaria se encuentra regulada en los artículos 125 a 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Del artículo 125 se deduce una noción formal de sociedad unipersonal, identificable con la situación en la que una sola persona posee de forma exclusiva la titularidad de todas las acciones o participaciones en que está dividido el capital de la sociedad. También debe barajarse una noción material o sustancial en la que el control efectivo de la sociedad se efectúa por una sola persona, pero matizada con supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de las normas reguladoras (por ejemplo, aquellos casos en los que la distribución del capital es absolutamente desproporcionada, existiendo un verdadero socio dominante) (González Fernández, 2004). La creación de este tipo de sociedades se inicia con el reconocimiento de que se crea por voluntad de una sola persona física o jurídica. Una vez cumplidas las normas generales sobre la fundación de una sociedad unipersonal, devienen en un ente nuevo social. También puede ser el resultado de un procedimiento de modificación estructural de una sociedad preexistente que dé paso al surgimiento de otra nueva. De todas formas, la declaración de voluntad debe recogerse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil.

La unipersonalidad es una mera situación de hecho en la que se pueden encontrar las sociedades de capital y que fue regulada en el art 12 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. La existencia de estas sociedades no determina la creación de un tipo específico de sociedades de capital, sino que comprende ciertas particularidades de régimen jurídico para aquellas que se encuentren en esa situación. Por tanto, no dispone de un régimen legal propio, pues lo que sucede es que las normas generales no le son de aplicación en determinados extremos por la condición de ser un socio único, al mismo tiempo que se ve complementada con ciertas previsiones.

Estas particularidades de régimen jurídico se pueden condensar en las previstas en los arts 126-129 de la Ley de Sociedades de Capital. La primera se refiere al sistema de publicidad que, además de la escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, exige hacer constar expresamente la identidad del socio único, dato que la sociedad hará constar asimismo expresamente en sus relaciones externas. La segunda está relacionada

con la estructura orgánica por la que el socio único ejerce las competencias de la junta general, siendo de inaplicación aquellas reglas que devienen incompatibles como las de convocatoria, constitución, votación o aprobación del acta. Por último, en cuanto a las relaciones contractuales entre el socio y la sociedad, se prevé que el socio único responda frente a ésta de todas las ventajas que hubiera obtenido como consecuencia de los contratos celebrados en nombre de ella y que hubieran originado perjuicios a la sociedad.

3. RÉGIMEN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Desde la Ley Orgánica 1/2010 reformadora del CP, las personas jurídicas tienen responsabilidad penal directa e independiente respecto de los propios directivos o administradores de la sociedad. Hasta dicha reforma, el sistema aplicado por nuestra legislación penal era la atribución indirecta de responsabilidad para aplicarle las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP que no tienen naturaleza punitiva sino preventiva. Ello ocurría cuando se había utilizado a la persona jurídica para la comisión del delito del que respondía penalmente solo el directivo o administrador autor del delito. La ley 27/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, se promulgó para ocuparse de las lagunas legales que existían sobre la forma en la que las personas jurídicas debían personarse e intervenir en el proceso penal con el nuevo artículo 119 de la LECrim. Por su parte, la Ley Orgánica 7/2012 incluyó en el artículo 31 bis del CP a los partidos políticos y sindicatos para que fuesen también responsables penalmente. Más adelante, en julio de 2015 se produjo la última reforma hasta la fecha del CP, cuya regulación es objeto de exposición en este apartado.

Los requisitos para que nazca la responsabilidad penal de las personas jurídicas son los siguientes extraídos del artículo 31 bis. 1 del CP. En primer lugar, deben tener reconocida la personalidad jurídica, constituida conforme a la legislación civil y mercantil o conforme derecho público o administrativo como los partidos políticos y sindicatos ya referidos y las sociedades mercantiles públicas del art 31quinquies 2. Están exentas por imperativo legal del art 31 quinquies.1 del CP: el Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las Organizaciones Internacionales de Derecho Público, y todas aquellas que ejerzan potestades públicas soberanas o administrativas. En segundo lugar,

la comisión de uno de los delitos en los que se prevé expresamente en el CP la responsabilidad penal para las personas jurídicas. Se trata de un sistema cerrado de enumeración taxativa que se remite a los ilícitos que con previsión normativa individualizada generan una potencial responsabilidad penal en ellas. Así se desprende del art 31 bis en su inicio “En los supuestos previstos en este Código...”

El siguiente requisito lo constituye el delito cometido por la persona física integrada en la persona jurídica. Atendiendo al artículo 31 bis.1 del CP, las personas físicas que pueden ser sujetos activos del hecho delictivo a estos efectos son en primer lugar los representantes legales o aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para la toma de decisiones en su nombre u ostentan facultades de organización y control dentro de ella. El delito debe cometerse en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, constituyendo un elemento subjetivo del tipo en tanto que se produzca un ánimo de proporcionar ese beneficio, o de eludir un perjuicio mediante la actividad delictiva. Se debe destacar el hecho de que es preciso que exista una vinculación de dependencia entre la actuación de la persona física y la persona jurídica, traducido en que se lleve a cabo en su nombre o por su cuenta.

En segundo lugar, son autores del delito las personas físicas que ejerzan actividades sociales asimismo por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto cuando, los que ostentan cargos directivos o de representación a los que están sometidos, hayan incumplido de modo grave sus deberes de supervisión vigilancia y control que les correspondían. El sometimiento a la autoridad empresarial puede ser de cualquier clase, tanto de naturaleza laboral como de relación de servicios de carácter permanente o temporal, y para la realización de cualquier tipo de tarea, siempre que exista la dependencia jerárquica. Debe destacarse que la infracción penal ha de cometerse al desarrollar o ejercitar actividades sociales fuera de las cuales no cabe la responsabilidad de la persona jurídica aun cuando se actúe en su nombre y provecho

Lo que no se discute es que la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad que corresponde a la persona física. El artículo 31 ter del CP refuerza este hecho al establecer que será exigible la responsabilidad a las personas jurídicas aun cuando la persona física no se haya individualizado, haya resultado imposible dirigir el

procedimiento contra ella o hubiere fallecido o no fuera culpable. De esta manera, las circunstancias que afecten a la persona autora material del delito o de que éste haya ocurrido porque no haya ejercido el debido control, no producirán ni la exclusión ni la modificación penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La Ley Orgánica 1/2015 incluyó por primera vez las causas por las que una persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad penal y que hacen referencia a los llamados programas de *compliance* muy extendidos en el derecho anglosajón. Se diferencian según los dos supuestos ya expuestos del artículo 31 bis del CP (reformado por la LO 1/2015). En el primero de ellos, art 31 bis 1.a), los delitos cometidos por los representantes legales, no se transmitiría la responsabilidad a la persona jurídica si se cumplen las siguientes condiciones. Primera, el órgano de administración debe haber adoptado y ejecutado, con anterioridad a la realización del delito, modelos de organización y gestión que prevean medidas de control y vigilancia efectivas e idóneas para prevenir la comisión de delitos. Segunda, la implementación de este modelo debe haberse conferido a un órgano de la persona jurídica que posea de forma autónoma los poderes de iniciativa y de control (o que legalmente tenga otorgado el poder de supervisar los controles internos). Tercera, las personas físicas que materialmente han cometido el delito deben haberlo hecho con una clara elusión fraudulenta de dichos modelos de organización y prevención. Por último, señala el artículo que no debe producirse una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones indicadas por parte del órgano mencionado en la segunda condición.

El otro supuesto del artículo 31 bis 1.b) es el de los delitos cometidos por las personas sometidas a la autoridad de las anteriores. En este caso quedarán exentas las personas jurídicas siempre que, antes de la comisión del delito, hayan adoptado y ejecutado de manera eficaz un modelo de organización y gestión adecuado para la prevención de delitos (art 31 bis.4). Se observa que la diferencia entre ambos radica, según la redacción gramatical, es que en el primero es la propia persona jurídica quien debe adoptar el modelo de prevención y control, mientras que en el ahora comentado debe ser adoptado por el órgano de administración. En realidad, y como sostiene la Circular de 2015 de la FGE, las exigencias son las mismas e incluyen los requisitos del art 31 bis.5 así como los de los apartados 2º, 3º y 4 del art 31.bis .2

Expuestos los criterios de imputación, podemos denominar la causa de exoneración como “cultura empresarial de respeto al derecho”. La falta de dicha cultura, en la que se produce una organización defectuosa o deficiente de la empresa, es considerada comúnmente como el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo la actividad delictiva de la persona física mero presupuesto para que se dé la misma (Gómez-Jara Díez, 2017)

Sin embargo, atendiendo a la regulación del régimen descrito, y en particular a la literalidad del artículo 31 bis del CP, se deduce claramente que la atribución de responsabilidad de la persona jurídica se produce por la simple comisión de delitos por parte de las personas físicas integrantes de la misma. El artículo aboga por un **modelo de heterorresponsabilidad** o responsabilidad por el hecho ajeno, por el que las acciones de ciertos sujetos se imputan directamente a la persona jurídica. Así también se pronuncia la FGE, en su Circular 1/2016, de 22 de enero, en palabras textuales que “la persona jurídica no comete el delito, sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros”. De esta manera, este modelo de transferencia directa afectaría teóricamente a las sociedades instrumentales, que también podrían ser penalmente responsables por la actuación delictiva de las personas físicas que las crearon. También a las sociedades unipersonales en las que se produce una identidad absoluta entre el gestor y la entidad.

No obstante, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia se desmarcan de la literalidad del artículo 31 bis. Ante el modelo de heterorresponsabilidad, el TS en la sentencia 154/2016 optó por un **modelo de autorresponsabilidad** que se centra en la conducta de la propia persona jurídica. Exige una conducta delictiva por parte de la persona física, pero también que ésta haya tenido lugar con ocasión de sus responsabilidades en la persona jurídica; de forma que para que se impute responsabilidad a esta última es necesario que tal actuación sea consecuencia de una organización defectuosa de la persona jurídica o que se haya visto beneficiada por ella. Si ello es así, la carga de la prueba sobre el defecto organizativo corresponde al que acuse como se verá más adelante. La gran mayoría de la doctrina también se inclina por este modelo de responsabilidad que, unido al propio carácter de las sociedades instrumentales, explica que la opinión doctrinal y jurisprudencial más extendida se postule a favor de la inimputabilidad de las mismas, de lo que se tratará en los próximos apartados.

La cuestión radica asimismo, desde la interpretación literal, en el examen del tipo de injusto que determina la responsabilidad penal estudiada y que parece estar descrito en el art 31 bis.1 del CP, dado que el art 31 bis.2 dice que "... la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones...". La exención parece significar que la responsabilidad ya se ha consumado constituyendo la existencia de un completo programa de *compliance* una causa de justificación o inculpabilidad. Sin embargo, la opinión más extendida entiende que el tipo se contiene en los dos apartados conjuntamente de modo que la concurrencia del programa impediría ya la tipicidad.

4. AUTO AUDIENCIA NACIONAL DE 19 DE MAYO DE 2014

El Auto de la AN de 19 de mayo de 2014 supuso la confirmación de la distinción entre personas jurídicas imputables y personas jurídicas inimputables, refiriéndose expresamente a las sociedades instrumentales. Con la entrada de vigor de la LO 1/2010, no quedaba clara la existencia de tal distinción, existiendo un a su vez un sector minoritario que defendía la responsabilidad penal de todas las personas jurídicas, independientemente del sustrato material. La AN despejó todas las dudas y profundizó en la cuestión, señalando los criterios para determinar la imputabilidad de una persona jurídica, los cauces procedimentales para declarar la inimputabilidad y las consecuencias procesales de dicha declaración. La trascendencia de este auto es visible ya que, además de constituir una de las primeras resoluciones judiciales sobre este planteamiento, desplegó consecuencias muy importantes que fueron asumidas por la posterior jurisprudencia, en especial por el Tribunal Supremo.

El punto de partida de la Sala de lo Penal de la AN lo constituye la siguiente afirmación: "el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo". Partiendo de este principio axiomático, interpreta ciertos preceptos del CP en los que se contienen elementos que tienden a fijar el criterio para dotar de imputabilidad a las personas jurídicas.

En primer lugar, distinguió entre las personas jurídicas penalmente responsables de las que no lo son, es decir, las sociedades pantalla con un claro carácter instrumental y una actividad legal mínima. Las primeras, establece que pueden ser objeto de imputación

procesal, mientras que las segundas no podrán serlo. La AN basó legalmente esta distinción en el artículo 66 bis.2 del Código Penal, interpretándolo a sensu contrario. Este precepto, que fija la graduación de penas a las personas jurídicas, se refiere a aquellas sociedades que se utilizan instrumentalmente para cometer delitos penales, aclarando que “se entenderá que se están ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad legal”.

Desde este punto de referencia, la AN en el Auto interpretó que cuando se trate de entidades cuyo carácter instrumental exceda del referido, por no desarrollar ninguna actividad lícita o solo aquella que resulte residual y aparente, concluye que “estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y por ello no resultan imputables”. Así pues, considera que sólo son susceptibles de imputación las sociedades que no constituyen meras proyecciones de las actividades delictivas de las personas físicas, y en las que procedería la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo antes referida. Serviría únicamente para descubrir su verdadero estatus instrumental, no siendo de aplicación el sistema de garantías para su disolución, y habría que proceder al comiso de los bienes que estuvieren afectos a la actividad delictiva.

A este respecto, resulta coherente que no se declare culpable a una sociedad pantalla, ya que la falta de una complejidad mínima organizativa y los propios fines de su creación hacen evidente que no esté capacitada para desarrollar e implementar una cultura de cumplimiento de respeto a la legalidad. Y es coherente y lógicamente convincente sólo si se adopta como premisa la vinculación entre la culpabilidad de la persona jurídica y la mencionada cultura de cumplimiento, tal y como hace la AN abogando por el modelo de autorresponsabilidad penal empresarial. (Gómez-Jara, Díez, 2014)

En cuanto al estatus procesal de la persona jurídica, el auto contempla su inaplicación a las personas jurídicas inimputables. Para ello, la AN señala que el juzgado de instrucción es el competente para “determinar cuál ha de ser la situación y pronunciarse fundada y motivadamente sobre el estatus jurídico procesal de las personas jurídicas incurso en el procedimiento”. Así, el juzgado instructor debe ser el que decida sobre la naturaleza instrumental unida al sustrato material para estimar o no la imputabilidad, siendo obligado que lo haga mediante resolución en la que exprese los motivos de su decisión. En caso de que considere que un determinado ente societario no es imputable al ser una pura ficción,

se vería privada de los derechos y garantías del imputado. Por ello, la resolución enfatiza que debe fundarse y motivarse respecto de la inexistencia de un mínimo de complejidad organizativa, que imposibilite la constitución de una cultura de cumplimiento con los adecuados mecanismos de control. Respecto a este punto, posibilita la AN en el Auto a que la persona jurídica cuestione el estatus otorgado por el juez aportando evidencias probatorias que permitan la acreditación de la organización mínima necesaria.

No obstante, concreta que a las sociedades instrumentales, aunque no gocen de los derechos y garantías del imputado, se les debe permitir el derecho a personarse en el procedimiento. No lo harían en calidad de perjudicado, sino para que puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa una vez hayan podido acceder al resultado de la investigación. Indica que pueden instar lo que les convenga para defenderse, incluso para que se les impute formalmente si se dan finalmente los requisitos exigidos. De esta matización, se puede concluir que la AN otorga indirectamente a las sociedades instrumentales el estatus procesal de un tercero responsable civil conforme al art 615 LECrim.

Tal estatus implica que tengan reconocida la condición de parte en el proceso y puedan intervenir en él con la asistencia de abogado y procurador, equiparándose sus derechos a los que ostenta el demandado en el proceso civil. La sociedad instrumental que adquiere el estatus de tercero civil será parte en el proceso, pero sólo será imputable desde punto de vista jurídico-civil, y en ningún caso desde el prisma jurídico-penal. Otra consecuencia que la AN deriva de la inimputabilidad de la persona jurídica arraiga en que no se le puede imponer la multa prevista en el artículo 33.7 del CP. Considera que sólo cuando el juzgado decida sobre la imputación de las personas jurídicas a las que se refieran, es cuando procederá la aplicación de lo previsto en dicho artículo y con las formalidades descritas en el artículo 544 quater de la LECrim. Así, se puede inferir que la reducción de derechos que sufre la sociedad instrumental se compensaría con la atenuación de las consecuencias que el órgano encargado puede imponerle.

En definitiva, tras el dictado de este Auto, la AN dejó claro que el simple hecho de adquirir personalidad jurídica no convierte a una entidad societaria en potencial sujeto de responsabilidad penal. Para ello, precisa que se debe realizar una actividad lícita de cierta magnitud en el tráfico jurídico, pues de lo contrario se considerarían meros instrumentos

manejados por los únicos responsables, sus creadores y gestores. Esta declaración resultó de gran importancia a la hora de determinar si en el caso concreto a enjuiciar, se estaba ante un auténtico sujeto con entidad jurídico procesal de imputado, con sus respectivos derechos y garantías; o si bien, se trataba de un puro objeto o instrumento del delito al que simplemente se le decomisarían los bienes. Partiendo de este concepto material de imputabilidad en la RPPJ, lo aplica al ámbito procesal reconociendo su condición de persona civil y su consiguiente personación en el proceso, y resaltando que nunca podrá ser imputable penalmente.

5. POSICIONES DOCTRINALES

A lo largo de la última década, varios autores han sostenido que no todas las personas jurídicas pueden devenir responsables penalmente, sino que se deben tener en cuenta ciertos aspectos que justifican exclusiones de la responsabilidad pena. En este apartado se tratará de condensar los pronunciamientos más relevantes que, partiendo de cuando se debe apreciar la imputabilidad en las personas jurídicas, han defendido que las sociedades instrumentales no forman parte de ese conjunto de imputables que encuentran su regulación en el artículo 31 bis del CP. Como se verá, cada autor utiliza su propia argumentación. También se mencionarán y analizarán los pronunciamientos más notorios relativos a las sociedades unipersonales que han recibido el mismo tratamiento que las sociedades instrumentales, pero con expresa invocación del principio “nos bis in ídem”.

5.1 Sociedades instrumentales

El autor más significado es **Carlos Gómez Jara** ya citado, no sólo por haber iniciado la doctrina sobre la consideración penal de estas sociedades, sino también por haberla continuado e ir progresivamente incorporando nuevos elementos que posteriormente han utilizado tanto la Fiscalía como el Tribunal Supremo.

La doctrina científica que elaboró en el año 2005 fue la primera que apreció la inimputabilidad penal de las sociedades instrumentales. Sostiene que si no todas las personas físicas son capaces de responder penalmente, tampoco deben hacerlo todas las personas jurídicas. Así, afirma que debe diferenciarse entre personas jurídicas con capacidad de culpabilidad y personas jurídicas inimputables. Para argumentar su punto

de vista, parte de un concepto constructivista de culpabilidad empresarial. En este sentido, el sistema organizativo empresarial desarrolla con el transcurso del tiempo una complejidad interna que se convierte en una capacidad de autodeterminación, autoorganización, y autoconducción. Aduce que resulta lógico y necesario la atribución a la empresa de cierta competencia sobre su ámbito organizativo, en tanto que desempeña un rol fundamental en la configuración de la identidad de la sociedad moderna.

La culpabilidad constructiva empresarial concreta que es funcionalmente equivalente a la culpabilidad individual en tres pilares. El primero de ellos lo constituye el hecho de que la vigencia de ciertas normas depende de que se cree y se mantenga una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. De esta forma, se le reconoce a la empresa una esfera de autonomía que debe ajustarse fielmente a las normas, y que provoca el nacimiento del ciudadano corporativo. Si no se produce una institucionalización de la cultura empresarial deja de existir tal ciudadano corporativo. Éste conlleva que se produzca un mínimo reconocimiento de igualdad a las empresas en el que declara que se encuentra el segundo pilar, consistente en el sinalagma fundamental del Derecho penal empresarial: libertad para autoorganizarse frente a la responsabilidad por las consecuencias derivadas de la actividad de la empresa. Se observa que la empresa tiene que ser auto responsable de manera que el riesgo que genere se quede dentro de su ámbito interno. El tercer pilar es expresión de la misma libertad que se les reconoce a los individuos, el derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales. (Gómez-Jara Díez, 2005)

Tras el concepto constructivista, ahonda en el concepto de autorreferencialidad de la conciencia. Entiende que tanto la comunicación como la conciencia reflejan los caracteres de la autorreferencialidad que se produce tanto en el sistema jurídico como en el sistema organizativo. Se centra en este último preguntándose si una organización empresarial puede convertirse en un sistema de orden superior. Su respuesta es afirmativa pues argumenta que con el tiempo se van acumulando círculos autorreferenciales en el ámbito empresarial, hasta llegar al encadenamiento y unión de los mismos. En este punto surge el actor corporativo como sistema de orden superior. Los círculos a los que se refiere son los siguientes: el límite del sistema organizativo (consecuencia de la condición de miembro), la estructura del sistema (materializada en los programas de decisión), los elementos del sistema (las unidades básicas del propio sistema) y la identidad del sistema (identidad corporativa). Conviene reproducir estas palabras de Gómez Jara para su total

entendimiento: “cuando la identidad corporativa se vincula con la decisión corporativa, por un lado, y las normas del propio sistema son las que determinan quién es miembro de la organización, entonces surge el actor corporativo... y comienza a adquirir una capacidad autoorganizativa que excede de la capacidad organizativa de cualquiera de sus miembros”. (Gómez-Jara Díez, 2005)

Por tanto, lo importante de esta argumentación reside en que el sistema organizativo de la empresa debe desarrollar una complejidad interna para su posible consideración de persona imputable en Derecho penal. Esta complejidad la concibe como el presupuesto para que se pueda hablar de una autorreferencialidad bastante generadora de la suficiente autodeterminación de su propio sistema, origen de la responsabilidad penal. De esta forma, llega a la exclusión de las sociedades pantalla de las penas correspondientes al Derecho penal empresarial. En estas sociedades no hay una complejidad interna suficiente que las dote de una autorreferencialidad bastante, pues son únicamente un instrumento que carecen de la necesaria autonomía organizativa. Expresa que si bien se pueden considerar lícitas las medidas de intervención que se les impongan, éstas no son verdaderas penas. Realmente, lo que pretende con esta declaración es “evitar que dicho instrumento sea considerado un elenco de penas cuya imposición debe estar sujeta a la culpabilidad de la persona jurídica”. (Gómez Jara Díez, 2005).

Más adelante, razona que para ser responsable en Derecho Penal se necesita una complejidad mínima en el seno interno de la sociedad. Por ello, entiende que las sociedades instrumentales, que tienen una complejidad prácticamente nula, no pueden ser imputadas y se debería proceder a su disolución sin mayores dificultades. No obstante, declara que el límite a partir del cual se considera que una entidad no es un mero instrumento y sí una entidad independiente, es un límite que variará a lo largo del tiempo. Esta opinión la expresó en un trabajo doctrinal en el año 2011 y, como se ha reflejado y se reflejará, tanto la AN (en el año 2014) como la FGE (en el año 2016) la recogieron tal cual en sus pronunciamientos. Este hecho confirma la trascendente influencia del autor en el ámbito de las sociedades instrumentales. En línea con lo anterior, analiza el criterio de la legislación española por el que la persona jurídica será considerada un instrumento siempre que la actividad legal sea menos relevante que la ilegal. Lo concibe como un criterio expansivo al compararlo con el que se produce en países como Estados Unidos, en el que se requiere que la entera actividad sea ilegal para proceder a adoptar la

consecuencia de la disolución. En España se exige la suficiencia de la mayor actividad ilegal, lo que cree que supone una mayor coherencia en el tratamiento de estas sociedades. (Gómez-Jara Díez, 2011)

El planteamiento del autor ha sido comentado por la mayoría de la doctrina. Una prueba de ello la encontramos en **Adán Nieto Martín** (2008) que, en uno de sus textos, en el capítulo que dedicó a la pregunta de personas jurídicas inimputables, defendía la culpabilidad constructivista del anterior autor. Nieto Martín también se postulaba a favor de la inimputabilidad corporativa alegando que serviría para solucionar el problema de las sociedades pantalla. El fin único criminal de las mismas, argumenta que justifica por sí sola la consideración de la exclusión de imputabilidad, si bien afirma que se deben atender a ciertos presupuestos teóricos. Dentro de éstos, el primero que nombra es el establecido por Gómez Jara, por el que sólo se imputa la culpabilidad a una empresa cuando cumpla con la ya comentada autorreferencialidad. También nombra a un sector de la doctrina norteamericana defensora de la existencia de estructuras que otorgan identidad propia a la empresa, desde la perspectiva de que las organizaciones sólo constituyen entes morales cuando implementan estructuras internas para la toma de decisiones. En caso contrario, sólo existiría una agrupación de personas, siendo reconducibles a ellas todos los actos e intenciones colectivas. (Nieto Martín, 2008)

Concluye que sería razonable la decisión del legislador de excluir de responsabilidad a aquellas sociedades que no presentan tales estructuras. No obstante, realiza una apreciación que no debe pasar desapercibida, ya que la dificultad de indagar sobre estos criterios cree que hace necesario que normativamente se fijen los supuestos de inimputabilidad. Esta idea la refuerza en una propuesta suya en la que comenta que sería impensable la existencia de una cláusula abierta de inimputabilidad. Supondría que los jueces caso por caso deberían determinar si una organización posee la suficiente complejidad empresarial. Tampoco aboga por una determinación exhaustiva de la decisión legislativa, pues se darían casos de empresas que superando el límite que se fijase para considerar su autonomía, en la práctica podrían no tener implementado ningún sistema de organización. Para estos supuestos, propone la aplicación del principio de cuenta, que equivale a la semiimputabilidad, y que aportaría flexibilidad al régimen de responsabilidad (Nieto Martín, 2008). Este pronunciamiento de Nieto Martín es muy relevante por el hecho de manifestarse sobre la necesidad de la regulación amplia de los

criterios de valoración y el sistema de imputación según la responsabilidad organizativa que tenga una empresa.

Sin embargo, existen también planteamientos contrarios al de Gómez Jara. El más destacado es el asimismo muy fundado de **Bernardo Feijoo Sánchez** (2016) ya que desde su entendimiento sobre la imputabilidad considera que no es acertado exigir la existencia de un sustrato material que sea suficiente para la imputabilidad de las personas jurídicas. A su juicio, el artículo 66 bis deja claro que el artículo 31 bis es de aplicación también a las empresas instrumentales, de manera que en el sistema español se parte de una concepción formal del sujeto de imputación. Además, desde el punto de vista del Derecho Positivo, defiende que no es posible diferenciar dogmáticamente a sociedades según su complejidad organizativa. Contradice, por tanto, la idea de autorreferencialidad y adopta una visión distinta con respecto al Auto de la AN de 19 de mayo de 2014. La trascendencia de este auto es visible en la argumentación de Gómez jara, pero en la de Feijoo Sánchez queda más bien diluida cuando expresa que “extrapolar conclusiones de un estatus procesal en fases iniciales de instrucción al ámbito material sobre fundamento de la responsabilidad implica un salto argumentativo”. Lo reduce a una concreta resolución que en fase de instrucción reconoce que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de una persona jurídica. No obstante, a pesar de reiterar su alcance limitado, manifiesta que sirve para poner en relieve el problema procesal de las sociedades instrumentales, ya que hasta entonces no se había planteado en el régimen de RPPJ. (Feijoo Sánchez, 2016)

Tras reproducir los puntos más relevantes del Auto, ya expuestos anteriormente, saca la conclusión de que la regla general es la responsabilidad penal y la consiguiente imputación en el supuesto de acusación. Sólo se quedarían al margen de la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas aquellas que presentan a un claro caso de fraude de ley, inspirándose en la doctrina del levantamiento del velo antes expuesta. Insiste en esta circunstancia, de que se constate que se está ante un uso fraudulento o abusivo de las normas societarias con fines opuestos al ordenamiento jurídico. Una vez que se comprueba, no se puede tomar esa decisión de facto, sino que está de acuerdo con que debe ser objeto motivado de resolución judicial. Sin embargo, hace el inciso de que el fraude de ley es un recurso teleológico que se usa en orden a evitar situaciones de abuso de derecho que se amparan en preceptos formales, ayudando a buscar soluciones justas.

No se trata de una cuestión que se relacione con la complejidad organizativa o material de las personas jurídicas, más bien defiende que tiene que ver con los fines de las personas físicas que las constituyen (Feijoo Sánchez, 2016)

Por último, se debe mencionar a **Pablo González Sierra** (2012) que en su tesis dedicó un extenso apartado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En éste expone varias consideraciones sobre la imputabilidad que deben ser comentadas. En primer lugar, realiza una aclaración sobre la personalidad jurídica por la que entiende que se trata de un requisito necesario, pero no suficiente, para que la persona jurídica sea la obligada destinataria de la norma que le obliga a organizarse adecuadamente. Defiende que la capacidad de acción de una entidad y la culpabilidad que pueda contraer radica en aspectos más profundos que en una simple decisión legislativa.

En segundo lugar, en línea con los autores anteriormente mencionados, considera correcta la inimputabilidad de las personas jurídicas instrumentales, pero articulando su propio sistema conceptual para justificarla. El elemento central lo basa en el defecto de organización de la empresa para la atribución de responsabilidad penal de la misma. Argumenta que si en la ley se habla de organización defectuosa es porque se admite la no identidad de sujetos entre persona o personas físicas y entidad. Por el contrario, en el ente instrumental existe un entramado interno personalista en el seno de la persona jurídica que dirige los procedimientos para llevar a cabo la actividad empresarial. Por ello, para hacer imputable a una persona jurídica, afirma que debe existir tal estructura con el tamaño y complejidad suficiente, pues sólo en ese caso se podrá separar la acción de la persona física de la entidad y hacer responsable por la organización defectuosa a la entidad societaria. El argumento no lo entiende concebible en el caso de las sociedades instrumentales, en las que no se puede apreciar defecto de organización por el funcionamiento nulo o lineal que presentan (González Sierra, 2012).

El otro fundamento lo encuentra en el artículo 31 ter del CP (31 bis.1 in fine antes de la reforma de 2015), en la siguiente frase: “Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”. Antes de la mencionada reforma de 2015, esa disposición en el texto legal avivó intensos pronunciamientos doctrinales, en los que algunos la

utilizaban para defender la no independencia o autonomía de la persona jurídica en la conceptualización de la responsabilidad penal, y otros abogaban por la errónea decisión del legislador de acumular responsabilidades y estar castigando dos veces al sujeto por idénticos hechos. (González Sierra, 2012)

González Sierra entendió esta modulación de las penas como una facultad que el Tribunal puede manejar con discrecionalidad, sin atender realmente al tamaño, complejidad e importancia de la entidad. Considera que la relación entre la cuantificación de la multa y el tamaño de la persona jurídica es clave. Esta conexión debe dar lugar a un límite mínimo en el que no haya sanción punitiva alguna por la mínima importancia de la entidad, y a un límite máximo en el que no exista modulación de las penas por la verdadera complejidad y estructura de la persona jurídica. (González Sierra, 2012). De este razonamiento se desprende que, con el correcto manejo de estos dos límites, atendiendo a las características de la entidad, no se daría la imposición de ninguna sanción a la sociedad instrumental que se utiliza sólo para la comisión de delitos.

5.2 Sociedades unipersonales

La postura de la doctrina sobre la responsabilidad penal de las sociedades unipersonales es prácticamente unánime. La consideran como una persona jurídica exenta de responsabilidad, basándose la gran mayoría en el principio “non bis in ídem”. Anteriormente, se ha explicado que estas sociedades están formadas por un único socio que gobierna todos los procedimientos de la entidad. Desde la óptica penal de todos modos, cuando el responsable del delito es el administrador y socio único de la mercantil, una interpretación literal del artículo 31 bis del CP conduce a la responsabilidad por los actos delictivos de esa única persona que la controla.

El pronunciamiento más reciente lo encontramos en **Antonio del Moral García** (2019) que comienza preguntándose sobre la viabilidad de aplicar doble pena en estos supuestos sin merma del principio “non bis in ídem”. Para ello, acude al artículo 31 ter del que se desprende la obligación de modulación de las cuantías de las penas cuando se imponen a ambos sujetos, persona física y entidad que representa. La aplicación del mismo dice que se intensifica cuando el administrador es socio al mismo tiempo, pero cuando es el socio único se produce un cambio cualitativo fundamental que comporta que las dos penas de

multa recaen sobre la misma persona. De esta forma, estaría soportando la multa que directamente se le impone como persona física culpable del delito, y también indirectamente la multa que se le impone a la sociedad, pues conlleva una disminución del patrimonio del que es el exclusivo titular. Tras este análisis se muestra convencido de que el principio de no castigar dos veces a un sujeto por idénticos hechos se contempla particularmente para estos casos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas entiende que exige la consecuencia de una mínima diferenciación en la persona jurídica respecto de la persona física que responde penalmente. (Del Moral García, 2019)

El otro argumento se basa en el fundamento principal de sanción a una persona jurídica, esto es, en la ausencia de un sistema interno de control y prevención de delitos eficaz. Trasladándolo a las sociedades unipersonales, se estaría castigando a la titular única de la mercantil por la comisión del delito, y por no haber establecido los mecanismos de prevención de sus propias infracciones penales. La falta de cultura de respeto a las normas constituiría el motivo subyacente de la responsabilidad a la persona jurídica, por lo que no resultaría entendible aplicar la pena a la sociedad, sino que el delito corporativo se diluiría en el delito tradicional. Para evitar la doble penalidad injusta, propone la solución de levantamiento del velo en la ejecución de las sanciones, a la vez que alude a la circular 1/2011 de la FGE que valoraba imputar solamente a la persona física ante la ausencia de alteridad. (Del Moral García, 2019).

En similares términos ya se pronunciaba **Pablo González Sierra** precisamente en el desarrollo del argumento de la organización defectuosa que se reflejó en el apartado anterior. Considera que el hecho de fundamentar el injusto objetivo o la culpabilidad de la persona jurídica por no haberse organizado adecuadamente para prevenir el delito, carece de sentido si luego desaparece y se condena a personas jurídicas unipersonales o sociedades familiares. En estas entidades que funcionan sólo con una persona física, no es posible apreciar defectos organizativos de la sociedad mercantil porque su desempeño diario está formado por esquemas de control personal y físico, es decir, que dependen del talento y conocimientos de ese único sujeto y porque no existe la autorreferencialidad y estructura de todo un entramado jurídico. También coincide con el análisis del precepto legislativo de modulación de penas cuando se imputan a ambos sujetos, afirmando que no convence en las situaciones de pequeñas empresas que se verían sometidas al non bis in ídem (González Sierra, 2012)

6. DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La FGE inició el estudio de la inimputabilidad de las sociedades instrumentales, a través de la Circular 1/2011, así como su afianzamiento, convirtiéndose en espejo para la jurisprudencia, con la Circular 1/2016. El papel que ha jugado es fundamental, pues ambas Circulares tenían como finalidad tratar de aclarar aspectos que quedaron en la inseguridad interpretativa tras la promulgación de las reformas del Código Penal de 2010 y 2015. Uno de ellos lo constituye la posibilidad de imputación de todas las personas jurídicas, utilizando las sociedades instrumentales como referencia conceptual principal.

La **Circular 1/2011** tenía como propósito aclarar la RPPJ conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la LO 1/2010. En el apartado tercero, que trata sobre el artículo 31 bis del CP, se pronuncia sobre las sociedades instrumentales, haciendo una interpretación propia. Primero, anticipa su postura en torno al fundamento de la imputación cuando habla acerca del modelo de responsabilidad vicarial o de transferencia reseñado, destacando que dicho modelo, respecto a la actividad delictiva del agente, no sólo toma en consideración el contenido real de su mandato, sino también la concurrencia o no de extralimitaciones en su ejercicio. En caso de producirse éstas, la responsabilidad de la corporación podría quedar excluida, entendiéndose que no siempre le es exigible y debe huirse de automatismos.

Más adelante, en el mismo apartado de consideraciones generales (página 410), hace frente a la objeción de que el modelo de transferencia puede incurrir en la vulneración del principio non bis in ídem. La FGE argumenta que no se produce la necesaria identidad de hecho, sujeto y fundamento ya que, aunque se produzca la identidad en el hecho, no se produce en la razón fundamentadora de la sanción ni respecto del sujeto, en el que se diferencian claramente dos de ellos (persona física y persona jurídica). Con el prisma de la duplicidad de sujetos, desemboca en las sociedades pantalla, supuesto en el que entiende que no existe tal duplicidad y al que se le debe excluir de la responsabilidad.

Considera a tales sociedades como “una simple tapadera para procurar la opacidad a la actividad delictiva de una o varias personas individuales” (página 413). Aunque tengan personalidad jurídica, afirma que carecen de estructura organizativa, por lo que concreta que la solución no radica en la sanción penal sino en el debido reproche punitivo de los

delitos cometidos por las personas físicas que están detrás de las entidades. Declara que es necesario el levantamiento del velo de la forma societaria, de tal forma que se revelen las conductas individuales y el patrimonio de la entidad responda como patrimonio propio del autor.

Por su parte, la **Circular 1/2016** significó la consagración de la postura seguida por la Audiencia Nacional y la doctrina mayoritaria liderada por Carlos Gómez-Jara sobre sociedades instrumentales. Por idéntica razón que la Circular anterior, fue dictada como consecuencia de la reforma del CP efectuada por la Ley Orgánica 1/2015. El objetivo descansaba en desarrollar las nuevas reformas introducidas, siendo uno de sus apartados la diferencia entre personas jurídicas imputables e inimputables (página 14). En este epígrafe comienza aclarando que el artículo 31 ter del CP aboga por la compatibilidad y autonomía entre la responsabilidad penal de la persona jurídica y de la persona física, sin que la naturaleza delictiva del comportamiento de esta última comprenda necesariamente la responsabilidad de la entidad. Por ello, constata que tal régimen de compatibilidad no implica que, una vez cumplido los criterios de transferencia, la responsabilidad de la persona jurídica sea inevitable.

En este sentido, se está refiriendo a las sociedades instrumentales, que las define como aquellas estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es la comisión de delitos. La FGE considera que el régimen de responsabilidad establecido para las personas jurídicas no está diseñado para ellas, ya que no pueden darse requisitos tales como la supervisión de los subordinados, el cumplimiento de los programas normativos o el régimen de atenuantes. La consecuencia relevante que entraña es que “la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales” (página 14). Se entiende que la persona física deviene en la única responsable de la conducta delictiva, sin que a la entidad instrumental le sea aplicable el artículo 31 bis, especialmente si han cumplido la regulación de los programas normativos.

No obstante, lo más destacado de esta Circular en la materia es la clasificación en tres categorías que realiza de las personas jurídicas en cuanto a su responsabilidad organizativa. La primera comprende las entidades que actúan con normalidad en el

mercado y a las que son de exclusiva aplicación los apartados del artículo 31 bis. No importa cómo estén organizadas, la imputabilidad penal se dirige a ellas. La segunda está formada por las sociedades que realizan una actividad que se puede considerar ilegal en su mayor parte. No fija criterio alguno de diferenciación, sino que se remite al auto de la AN del 19 de mayo de 2014 en lo que respecta al “límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente... irá variando a lo largo del tiempo”. En última instancia, la FGE incluye en la tercera categoría a las personas jurídicas que no son imputables, utilizando la misma justificación del Auto de la Audiencia Nacional, pues cita su afirmación de que son instrumentales en su totalidad sin ninguna actividad legal o meramente residual (página 15).

Tras esta clasificación, se refiere específicamente al caso de las sociedades unipersonales. Considera que la identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica conlleva el riesgo de incurrir en el principio “non bis in ídem”, especialmente en el supuesto de las empresas pequeñas. Es por ello que extiende todo el anterior sistema de responsabilidad a estas sociedades en las que la falta de los responsables autónomos se confunde con la ausencia de un adecuado sistema de control corporativo. Las voluntades de gestor y persona jurídica se encuentran solapadas, advirtiendo de su inimputabilidad para evitar la doble incriminación que propiciaría una alteración de la realidad.

7. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

7.1 Sociedades instrumentales

7.1.1 *Sentencia Tribunal Supremo 154/2016, de 16 de marzo*

La Sentencia del TS 154/2016, de 16 de marzo, constituye en la primera que apreció la RPPJ, fijando toda la construcción teórica que sirvió de referencia para las posteriores resoluciones y, en general, para el entendimiento de este ámbito tan controvertido del Derecho Penal. Dentro de los fundamentos de la sentencia, se encuentra uno relativo a la responsabilidad de las sociedades instrumentales que vino a confirmar los pronunciamientos de la mayoría de la doctrina, y en particular la establecida por la FGE. No obstante, antes de analizar el desarrollo conceptual que el Tribunal emprende sobre estas sociedades, se deben concretar los principales hitos de la sentencia respecto al

régimen de la RPPJ. La razón radica en que a través de dicho régimen se llega a comprender el tratamiento que les otorga a las sociedades instrumentales.

En primer lugar, el TS afirma sin paliativos que el sistema jurídico español ha introducido una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, con todas las consecuencias que ello comporta. Esta afirmación era necesaria para zanjar las dudas de un sector doctrinal negacionista que cuestionaba que el régimen establecido por el sistema español constituyera un auténtico sistema de responsabilidad o imputación de naturaleza jurídico-penal. Ante estos entendimientos, el Tribunal responde que “no es discutible – frente a lo que acontece en otros sistemas, como el italiano, en el que la dogmática llega a hablar de etiquetas – que el régimen de las personas jurídicas instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal”.

El segundo hilo argumental versa sobre la incompatibilidad del modelo de transferencia con los principios que informan el Derecho penal. Rechaza la tesis de la FGE en sus circulares de 2011 y 2016, conforme a la cual el artículo 31 bis del CP establece una responsabilidad vicarial, sosteniendo que el delito de la persona física nace también con el delito de la persona jurídica, al darse una transferencia inmediata de responsabilidad a esta última. Frente a ello, el TS especifica que el sistema penal español no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de un sujeto se traslade a la responsabilidad del otro. Así, concluye que la pena que se imponga a la persona jurídica sólo puede basarse en la declaración probada de un hecho delictivo propio, lo que supone el inicio de la plena vigencia del modelo de autorresponsabilidad penal de la persona jurídica.

Aclarado que la persona jurídica responde por su hecho propio, se adentra en explicar en qué consiste tal hecho que la convierte en sujeto de responsabilidad penal. Este punto es quizás el más relevante pues establece el núcleo de la RPPJ, el llamado delito corporativo. En un primer momento, señala que la responsabilidad debe descansar en un delito corporativo a partir de la comisión del delito previo de la persona física. No obstante, exige algo más, la comprobación de un hecho propio que se ajuste a criterios de imputación diferenciados y adaptados a las características propias de las sociedades colectivas. Más adelante, especifica que el fundamento del delito de la persona jurídica se halla en un defecto estructural en los mecanismos de prevención de delitos que le son

exigibles a todas, en el sentido de que no han adoptado los elementos organizativos-estructurales propios de esos mecanismos de control y gestión. En palabras del Alto Tribunal, “.... el sistema de responsabilidad penal se basa [...] en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización”. (fundamento de derecho octavo, apartado cuarto)

La principal consecuencia de esta declaración consiste en la distinción entre el delito de la persona jurídica y el delito de la persona física, siendo ambos sujetos de imputación. No obstante, señala que el hecho delictivo de la persona física debe acreditarse en su realidad junto a la concurrencia del delito corporativo, lo que a sensu contrario implica que el hecho de la imputación de la persona jurídica no puede prescindir del delito de referencia atribuido a la persona física. Por tanto, debe constatarse primero, como presupuesto de la RPPJ, la comisión del delito individual y, seguidamente, ahondar en la posible comisión del delito corporativo por el defecto estructural de los mecanismos de prevención.

Como última cuestión antes de entrar en las sociedades instrumentales, se deben mencionar las consecuencias prácticas que se originan en la fase de instrucción, ya que la persona jurídica se ve necesitada de una imputación formal y una indagación de sus elementos organizativo-estructurales propios del delito corporativo. En relación a la primera cuestión, la persona jurídica tiene el derecho de defenderse y el TS afirmó en la sentencia que ese derecho se hace efectivo a través de la declaración del representante especialmente designado, que puede coincidir o no con el representante legal. La persona jurídica es imputada formalmente, pero parece lógico que la declaración se haga por una persona que la represente, sin que ello suponga la indefensión como alegó el recurrente. Por otro lado, expresa que la declaración se debe dirigir a la averiguación de los hechos de la entidad imputada y las demás personas responsables, pero desde una perspectiva estructural en la que se indague sobre aquellos elementos que han posibilitado un déficit en los mecanismos de control y gestión. (fundamento de derecho octavo, apartado quinto)

Todas estas consideraciones adquieren coherencia con el tratamiento que en la sentencia el TS otorga a las sociedades pantalla. Se encuentra en el fundamento undécimo a raíz de la comisión de un delito contra la salud pública de una de las empresas imputadas. En la

defensa la empresa argumentó que se habían infringido sus derechos fundamentales de defensa y presunción de inocencia. El TS respondió que la indefensión sólo procedería si la persona jurídica hubiese sido representada en juicio por la persona física condenada posteriormente como autora del delito originario. Más importante aún, indicó que se estaba ante una persona jurídica estrictamente instrumental creada únicamente para la comisión de delitos. Esta circunstancia le permitió pronunciarse por primera vez sobre estas sociedades.

Considera que, aunque se le deba mantener la pena de disolución de acuerdo con el artículo 66 bis, el carácter de estas empresas refleja la inutilidad de repetir las actuaciones para dotarlas de una defensa adecuada. El hecho de que formalmente adquieren la personalidad jurídica no es suficiente, ya que no existe contenido real más allá de la finalidad instrumental delictiva. Esta circunstancia la compara con las sociedades que sí tienen existencia real y para las que el legislador sí que ha impuesto la disolución como un castigo con contenido efectivo. Ello supone que el enjuiciamiento de ambos tipos de sociedades no puede resultar idéntico. Por ello, seguidamente establece que la interpretación del artículo 66 bis debe ser rechazada en el futuro para las sociedades instrumentales. La imposibilidad de apreciar en ellas los mecanismos de control y, por ende, de su falta de cultura de respeto a las normas, les sitúa al margen de la aplicación del artículo 31 bis del CP. La razón de su nacimiento con una finalidad delictiva agota la propia razón de su existencia y, por consiguiente, deberían haber sido disueltas directamente por la vía del artículo 129 del CP (fundamento de derecho undécimo). Este artículo contempla la aplicación de consecuencias accesorias para aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica para actuar con licitud en el tráfico jurídico o, como en este caso, la simple declaración de su inexistencia como persona jurídica.

Termina refiriéndose y reproduciendo literalmente el planteamiento propuesto por la FGE, en su Circular 1/2016, para este tipo de supuestos. Califica tal planteamiento como una solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, reflejado en la división en tres categorías de personas jurídicas según la responsabilidad organizativa. El análisis de las mismas se ha expuesto anteriormente, destacando ahora la consideración de inimputables que otorgó a las sociedades pantalla, y la consecuente trascendencia procesal de la privación de derechos y garantías. El TS, no obstante, habiendo acreditado

el carácter exclusivamente ilícito de la actividad de la empresa imputada, mantiene por razones de utilidad la pena de disolución. Alega que posee una naturaleza esencialmente formal en el sentido de que agotada su misión delictiva para la que fue creada, su existencia en la práctica pierde el sentido, considerando la hipotética multa de difícil ejecución. (fundamento de derecho undécimo)

Por tanto, observamos como el régimen de responsabilidad que el TS forma en torno a las personas jurídicas, justifica la inimputabilidad de las sociedades pantalla. El núcleo de responsabilidad, basado en el delito corporativo, es inapreciable en este tipo de sociedades, puesto que no puede darse el defecto estructural si la propia sociedad carece de una estructura por la que no ha tenido posibilidad de adoptar los mecanismos de control y gestión. El carácter instrumental puro hace que la persona jurídica no haya cometido un hecho delictivo propio, sino que es consecuencia únicamente del hecho delictivo de la persona física que la usa para cometerlo. Aunque exista el presupuesto de responsabilidad, el delito de la persona física, no existe delito de la persona jurídica que la convierta en sujeto de imputación. En definitiva, se deduce que cada uno de los rasgos del régimen de imputación que adopta el TS no se dan en estos supuestos, marcando así el camino para su enjuiciamiento, si bien en las posteriores sentencias se incorporan otros elementos a tener en cuenta.

7.1.2 Sentencia Tribunal Supremo 583/201, de 19 de julio

El motivo de la resolución se debe a la interposición del recurso de casación por varias personas físicas y jurídicas contra la Sentencia 29/2016, de 15 de julio, de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la AN en la que fueron condenadas por un delito de blanqueo de capitales. Alegaban varios motivos para que el TS lo desestimase, a saber, quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de preceptos constitucionales. Los antecedentes giran en torno a la sociedad Transpinelo S.L y su titular Amadeo Pío, el cual organizó un entramado familiar y empresarial destinado a introducir en el mercado lícito el dinero que obtenía de actividades ilegales relativas al tráfico de estupefacientes. Utilizando como empresa matriz a la sociedad nombrada, emprendió todas las acciones necesarias para evitar la incautación de tal patrimonio ilícito, contando con la ayuda de otros acusados para mantener seguros los bienes.

A efectos del presente trabajo, esta resolución resulta relevante para los supuestos enjuiciables de sociedades instrumentales. La razón radica en que, ante nuevas alegaciones en torno a los derechos procesales, profundiza en la línea iniciada respecto a estas sociedades por la anterior sentencia.

El punto de partida lo constituye el análisis de los elementos que deben considerarse para desvirtuar la **presunción de inocencia** de las personas jurídicas. Viene motivado por el recurso de una de las empresas imputadas que afirmaba que se había vulnerado tal derecho. El TS, sin embargo, estima que se han dado todos los elementos para que dicha empresa sea responsable penalmente, pues la atribución de responsabilidad se ajusta a las exigencias del artículo 31 bis del CP. De esta forma, expone punto por punto tales elementos que llevan a asegurar que no se ha vulnerado la presunción de inocencia. El primero se refiere a que los administradores y directivos han realizado una actividad continua que encaja en una de las figuras delictivas previstas para la imposición de penas de las personas jurídicas. Más importante aún es que la habían realizado actuando en representación de la empresa. Esta actuación debía haber sido motivada, como se expuso en el apartado tercero, por el hecho de obtener un beneficio o provecho para entidad, lo que aquí concurría al inyectar las ganancias provenientes del negocio de drogas en el circuito económico. El tercer punto lo constituye la carencia de un sistema efectivo de control para reducir el riesgo de la comisión de ese delito en el seno de la empresa.

Respecto a este punto, comenta que es patente la responsabilidad del ente pues los administradores han cometido una infracción penal junto con la mayoría de los titulares del capital social (también condenados por delitos). En este sentido, se debe reproducir esta declaración del TS: “sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implantase medidas para prevenir sus propios propósitos y planes” (fundamento de derecho vigésimo séptimo). Se entiende que la presunción de inocencia necesita que se pruebe este sistema de cumplimiento penal. La prueba de cargo en contrario reside en la inferencia de que la canalización de la actividad delictiva de las personas físicas en la persona jurídica, permite deducir que no existían medidas para prevenir la comisión de los delitos. En las sociedades instrumentales puras no es posible la prueba por el hecho que no existe una persona jurídica cometiendo actividad delictiva, ni, por tanto, posibilidad de que implemente mecanismo alguno de prevención y control.

Por otro lado, la sentencia aborda un derecho sobre el que hasta entonces no constaba pronunciamiento expreso sobre el mismo en relación a las personas jurídicas: **el derecho a la última palabra**. La sociedad Transpinelo fue condenada por sentencia del TS por su participación como instrumento jurídico del delito contra la salud pública, es decir, por haberse valido de ella los autores personas físicas. En este asunto la sociedad recurre por varios motivos, siendo uno de ellos el no habersele reconocido la posibilidad de realizar unas últimas alegaciones previstas en el artículo 739 de la LECrim. El alto Tribunal responde a esta cuestión negando la existencia de intereses contrapuestos entre la persona jurídica y la persona física a quien se le atribuye la totalidad de la mercantil. Utiliza dos argumentos, uno subjetivo y otro material, que demuestran tal negación. Respecto al argumento subjetivo, se centra en identificar los intereses reales de la persona jurídica, llegando a la afirmación de que el único propietario y titular real de Transpinelo es Amadeo Pío, sobre quien recae materialmente la pena impuesta a la persona jurídica. Este hecho es trascendente ya que en su momento fue parte del proceso y gozó de todos los derechos, entre ellos el derecho a la última palabra, por lo que pudo ejercerlos no sólo en su nombre sino también en defensa de Transpinelo, que siendo el titular único serían los suyos propios. En definitiva, aduce que se trata de un supuesto de una persona jurídica que se identifica con personas físicas acusadas, sin que existan en ningún caso intereses contrarios.

El argumento material lo fija desde la necesidad de averiguar si la supuesta omisión del trámite genera realmente alguna indefensión. La conclusión a la que llega el TS es que no es posible que haya podido producirse algún tipo de indefensión. La principal razón es que en este caso el trámite no ha sido decisivo en términos de defensa, en el sentido que pudiera haber provocado un fallo distinto. En forma de pregunta retórica, aduce que no cabía hacer un alegato distinto al realizado ya anteriormente por los representantes de la empresa de forma expresa o a través de los informes o de aquellos titulares de la persona jurídica. (fundamento de derecho segundo). En realidad, este segundo argumento deviene consecuencia del primero, de forma que los idénticos intereses entre la persona física y la jurídica, determina que no genere indefensión la omisión de regla procesa consistente en que la persona jurídica ejerciese su derecho a la última palabra. Tras esta exposición, puede concluirse que cuando se está ante sociedades instrumentales puras, son idénticos los intereses de las personas físicas que la han usado como instrumento para cometer un delito y los intereses de la persona jurídica (que es el propio instrumento). De esta forma,

los derechos procesales que le corresponden a la persona jurídica, utilizada como instrumento, son los mismos que les corresponden a las personas físicas, que si ya los han ejercitado no tienen que ejercitarse también en defensa de la primera.

Todo este razonamiento es válido para las sociedades instrumentales y permite ahondar en aspectos procesales que no se desarrollaron en la anterior sentencia. No obstante, la sociedad Transpinelo no es una sociedad pantalla, ya que en anteriores resoluciones se constató que su actividad legal es mayor que la actividad ilegal. En la Sentencia de la AN de 15 de julio de 2015 se reconoció este hecho: “Transpinelo S.A., que tenía una actividad real, lícita, y además considerable, llegando a contar con más de 100 trabajadores”. Por tanto, nos encontramos ante una entidad que no obedece estrictamente al concepto de sociedad pantalla pero que ha sido instrumentalizada para la comisión de un delito. En este tipo de supuestos el TS se decanta por establecer dos criterios: por un lado, no ostentan todos los derechos procesales cuando ya han sido condenadas las personas físicas; y por otro, no pueden disolverse de acuerdo con el artículo 33.7 b) del CP cuando se acredite la mayor legalidad de la actividad de la empresa. Aquí radica la diferencia del tratamiento respecto a las sociedades puramente instrumentales. A este respecto, la sentencia compensa la no disolución con la reducción de las penas de multas a las personas físicas. Se observa la búsqueda de la proporcionalidad ya que las personas jurídicas utilizadas como instrumento son condenadas también a penas de multa.

7.2 Sociedades Unipersonales

La jurisprudencia existente sobre las sociedades unipersonales en el RPPJ es escasa a la par que contradictoria. La falta de sustrato organizativo en las sociedades instrumentales se ha trasladado, en parte, a las sociedades unipersonales, en las que sólo existe una persona encargada de la gestión y control de la sociedad. La escasez se debe a que el desarrollo de los fundamentos jurídicos no introduce pautas nuevas. De otro lado, resulta contradictoria debido a que en el caso examinado el mismo órgano judicial, la Audiencia Provincial de Zaragoza, en una sentencia absuelve a una sociedad unipersonal y en otra sentencia la condena. Posteriormente una sentencia del Juzgado nº 8 de lo Penal de Madrid, declaró que no podía imputarse la responsabilidad penal a este tipo de sociedades. A continuación, se procederá al análisis de las tres sentencias mencionadas.

En orden cronológico, la primera es la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 176/2016**, de 22 de septiembre. Los antecedentes de hecho se encuentran en la acusación a dos sujetos y a una mercantil de un delito de estafa previsto en los arts 248 y 249 del CP. Uno de ellos era el socio único de la sociedad Trucks Eucarmo S.L.U, dedicada a la venta de vehículos pesados, mientras que el otro desempeñaba únicamente el cargo de administrador. Un cliente de la empresa adquirió varios vehículos y remolques de los cuales algunos contenían manipulaciones del cuentakilómetros. Ante los hechos, el Tribunal afirmó que son legalmente constitutivos del delito de estafa cometido por el primer sujeto. Respecto al segundo, en el fundamento de derecho séptimo afirma que, aunque trabajaba en la mercantil como administradora, no consta su intervención en el caso enjuiciado. En este sentido, el perjudicado declaró que nunca había hablado con él, sino que todas las comunicaciones las realizó con el primer sujeto.

Así, el Tribunal manifiesta que se hallan ante una sociedad unipersonal, cuya dirección social estaba centrada en la práctica en el socio único de la misma. Tras absolver al segundo sujeto por constituir una administradora en apariencia, en el fundamento octavo se pronuncia sobre la responsabilidad de la sociedad. Para ello, se remite a la Sentencia 154/2016 del TS y la Sentencia 221/2016 del TS. Extrae que el juicio de autoría de la persona jurídica exige a la parte acusatoria la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a las que se refiere el art 31 bis CP, pero sin detenerse en ello. Afirma que nuestro sistema constitucional constitucional impide ya que debe probarse, como fundamento de la RPPJ, la concurrencia del delito corporativo. En palabras textuales del Tribunal: “La Sala no puede identificarse... con la tesis que, una vez acreditado... el particular delito por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido defecto organizativo”.

Atendiendo al caso concreto, el Tribunal asevera en el fundamento de derecho séptimo que el único responsable real de la sociedad es el acusado (el socio único), de tal forma que se estaría castigando dos veces el mismo hecho si se condenara también a la empresa. La ausencia de defecto organizativo impide la comisión de delito corporativo. Se observa como la construcción del régimen de imputación del TS hace que la Audiencia Provincial de Zaragoza excluya a las sociedades unipersonales de la responsabilidad penal, con expresa además invocación del principio “non bis in ídem”.

La segunda resolución la constituye la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 575/2016, de 1 de diciembre**. Los hechos giran en torno a la mercantil Frutas Andaluz S.A, cuyo único administrador y propietario es el acusado Javier. Éste interpuso contra la sociedad Cosanse demanda de juicio ordinario para reclamar el abono del servicio de alquiler de cámaras frigoríficas que contrató con ella. Para justificar la deuda y con ánimo ilícito de lucrarse aportó una factura manipulada que en realidad nunca tuvo lugar. La parte demandada alegó en el procedimiento civil una supuesta falsedad documental, susceptible de resolución penal. Tras condenar a Javier como autor de un delito de estafa procesal en grado de tentativa, por cumplirse con lo expuesto en el art 248 CP, se adentra en el enjuiciamiento de la mercantil. Considera que es igualmente responsable del delito imputado a Javier en virtud del artículo 31 bis.1 (delitos cometidos en nombre y en su provecho por los representantes legales...), ya que se ajusta a los acontecimientos que han dado lugar a la causa. A pesar de afirmar que Javier es su único administrador y propietario, tratándose por tanto de una sociedad unipersonal, le atribuye la responsabilidad penal por dicho delito.

La última resolución objeto de análisis es la **Sentencia del Juzgado de lo Penal nº8 de Madrid 63/2017**, de 13 de febrero. Los antecedentes también se refieren a la comisión de un delito de estafa en el que se demanda a la mercantil AGESUR, dedicada a la administración de fincas urbanas. Durante cinco años prestó sus servicios a varias entidades girando continuamente recibos por ciertas cantidades que no llegaron a producirse. A la hora de calificar el hecho en relación con la persona jurídica acusada, el Tribunal destaca la complicación de la cuestión por no tener una estructura corporativa compleja. Se trata de una sociedad unipersonal, cuya administradora única es la persona física acusada. Advierte la concurrencia de varias cuestiones de orden procesal (la imputación de la entidad) y de orden sustantivo (vigencia del principio “non bis in idem”).

En el desarrollo del fundamento de derecho cuarto, expone en primer lugar el régimen de RPPJ establecido por el TS en anteriores sentencias. Después, se centra en el problema de la imputabilidad de la persona jurídica, nombrando la Sentencia 154/2016 del TS en lo que respecta a las razones de inimputabilidad de las sociedades instrumentales, y reproduciendo literalmente el tratamiento que la FGE ha dado a las sociedades unipersonales. El Tribunal entiende que el principio “non bis in idem” es compatible con el fundamento del delito corporativo que defiende el TS. No obstante, sólo lo sería si en

este caso se considera que no existe dicho delito. Así, considera que la cuestión debe reconducirse a la inexistencia del delito corporativo por la inimputabilidad de la persona jurídica. La sociedad unipersonal, en la que el único socio figura como único administrador y empleado, no es susceptible de exigirle la cultura de respeto que constituye la base del fundamento de la RPPJ. Para el Tribunal, la confusión entre la persona física activa y la sociedad es tan visible que produce la imposibilidad de valorar la existencia de los mecanismos de control y prevención de delitos. Por lo tanto, decide absolver a la mercantil por el delito que había sido acusada. Con esta resolución, se resuelve la inseguridad sobre la consideración de las sociedades unipersonales, creada por las sentencias anteriores de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y se adopta la postura seguida por la FGE y la mayoría de la doctrina penal.

8. CONCLUSIONES

Al término de este trabajo, se pueden formular varias conclusiones sobre el tratamiento que han recibido las sociedades instrumentales en el régimen de la RPPJ. Como se ha expuesto, es una cuestión que ha sido examinada por la doctrina y la jurisprudencia, pues vieron la necesidad de apartar a este tipo de sociedades del artículo 31 bis CP que configura dicho régimen. Se ha tratado de exponer un punto de vista amplio sobre este asunto, que parte de la doctrina civil del levantamiento del velo, y en el que se han recogido todas las manifestaciones doctrinales y las principales sentencias que han enjuiciado supuestos de ambos tipos de sociedades.

Las conclusiones deben hacerse desde dos vertientes. La más relevante a efectos del objeto de estudio es la vertiente jurídico-penal, pero no debe dejarse de lado la vertiente jurídico-procesal por la trascendencia que se ha observado que adquiere. Comenzando por la primera, la inimputabilidad de las personas jurídicas es el aspecto clave que se ha utilizado para determinar la consideración penal de las sociedades instrumentales. Siguiendo el modelo de heterorresponsabilidad establecido en el CP, el cumplimiento de los criterios del art 31 bis provoca que toda persona jurídica devenga penalmente imputable. Además, atendiendo al art 66, constituye un agravante la instrumentalización de la sociedad para la comisión de ilícitos penales. Por tanto, las sociedades instrumentales entrarían dentro de la regulación del régimen de RPPJ. Son las tesis de Feijoo Sánchez fundadas en la doctrina citada del levantamiento del velo, en la

imputabilidad fundada en la válida constitución de la sociedad y en la inimputabilidad sólo cuando se prueba la intención de fraude en las personas físicas subyacentes.

La doctrina es mayoritaria en la afirmación de que la ausencia de un sustrato material o una complejidad mínima hace que no puedan ser imputadas por la comisión de delitos. Constituyen los partidarios de la tesis constructivista que fundamentan la imputabilidad en el defecto de organización con los matices expuestos. Para Gómez Jara, principal defensor, no hace falta que la actividad legal sea inexistente del todo, sino suficiente para afirmar la inexistencia de una mínima complejidad organizativa. Nieto Martín propugna atender al sustrato material y así puede irse desde la inimputabilidad, al no a existir absolutamente ninguno, hasta la semiimputabilidad y que la ley regule la materia en el futuro con criterios amplios. Por su parte González Sierra considera la personalidad jurídica como requisito necesario pero no suficiente para la capacidad de acción y culpabilidad que radica en la organización deficiente.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado, a pesar de defender el modelo de heterorresponsabilidad del CP, considera inimputables a las sociedades instrumentales por no darse en ellas criterios como el cumplimiento de los programas normativos o la supervisión de subordinados, más propios del modelo de autorresponsabilidad. Aun así, su carácter puramente instrumental afirma que no encaja en el régimen previsto para la RPPJ, debiéndose proceder al decomiso de los bienes con los que responderá la persona física autora del delito.

La jurisprudencia, tras el análisis del Auto de la AN y las sentencias expuestas, ha adoptado la postura casi unánime de la doctrina de la falta del sustrato material que hace inimputables a las sociedades instrumentales. Articulada, eso sí, ante el establecimiento del fundamento de la RPPJ (en la sentencia 154/2016 del TS), el delito corporativo, que implica la ausencia de una cultura de respeto a las normas con los adecuados mecanismos de control y prevención de delitos. En este sentido, comparte el tratamiento de la FGE del de estas sociedades, pero parten de modelos de imputación distintos, pareciendo más coherente el del TS en cuanto a la solución de la inimputabilidad de las sociedades instrumentales.

Así, se concluye que para que las personas jurídicas sean penalmente responsables todos los autores de las diversas corrientes doctrinales y la jurisprudencia coinciden en que debe haber un sustrato material o complejidad mínima organizativa o suficiente de diferenciación entre persona física y jurídica, y es precisa una compleja valoración del supuesto concreto a que se aludió. Las sociedades instrumentales carecen de ello y no pueden cumplir con la existencia de la cultura de cumplimiento en la que basan el fundamento de la RPPJ. No existe una discrepancia en cuanto a los argumentos expuestos entre ambos sectores, pero sí que ha resultado interesante plasmar los razonamientos concretos de cada uno para un amplio entendimiento del porqué de su exclusión del régimen de la RPPJ.

Respecto a las sociedades unipersonales, aunque no hayan sido el objeto principal de estudio, era necesario reflejar su tratamiento dentro de la RPP para reforzar el propio tratamiento de las sociedades instrumentales. Como se ha constatado, se consideran también inimputables por carecer de una estructura organizativa en la que las voluntades del socio y gestor coinciden. Expresamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han invocado el principio “non bis in ídem” para evitar que se castigue al socio único dos veces por los mismos hechos. Lo más importante es que han tratado de argumentar su inimputabilidad como personas jurídicas según la justificación de la inimputabilidad de las sociedades instrumentales.

Tras el estudio realizado, en mi opinión se debe atender a la cuestión de si el CP regula esta materia o de él pueden extraerse criterios jurídico-penales diferenciadores. El artículo 31 ter no los ofrece, pues sólo trata de compensar por razones de equidad y de proporcionalidad, la multa cuando se impone por el mismo hecho, a la persona física y jurídica. La norma que se debería interpretar es la del art 66.2^a b), mencionada varias veces a lo largo del presente estudio, y es una interpretación compleja. Se trata de una norma de individualización de la pena con sentido agravatorio. Es decir, la existencia de una sociedad instrumental produce el efecto de estimar una mayor gravedad de injusto en relación con la que no ostenta esta condición. Por ello el criterio utilizado para determinar cuándo concurre la agravación tiene un alto valor definitorio de los requisitos para la imputabilidad de las personas jurídicas instrumentales definidas como “...que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales”. La expresión

que utiliza es que concurre la agravación “siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que la actividad ilegal “.

El criterio de la relevancia es un concepto jurídico indeterminado que parece responder a una visión de conjunto, organizativa de la entidad. Si la actividad ilegal es mayor desde este punto de vista que la legal, significa que hay actividades legales que se unen a las ilegales. Entonces, el supuesto no comprende sólo los casos en que toda la actividad es ilegal y estamos ante una pura ficción, pues llegaríamos al contrasentido de que la sociedad ficticia o inexistente sería responsable penalmente y además con una responsabilidad agravada. Son los casos en que hay actividades y operaciones reales sujetas a la legalidad, accionistas que no están al tanto de la comisión de delitos y que carecen de significado estructural al lado de la instrumentación principal de la entidad para la comisión de actos delictivos.

Por otra parte, en la vertiente jurídico-procesal, deben distinguirse los diversos momentos del procedimiento como se apunta en la doctrina jurisprudencial examinada en el apartado 5 que ahora trato de sistematizar. En el primer momento, cuando se incoan por lo general las diligencias previas del art 774 y ss de la LECrim, si el atestado, denuncia o querrela contiene afirmaciones e incluso datos probatorios de que nos hallamos ante una entidad ficticia, hay que citarla pese a ello como investigada conforme al art 119 de dicha ley. Se ha dirigido una imputación contra ella y el Juez aún no ha practicado actos procesales para esclarecer su naturaleza, es decir no hay verdadera prueba al respecto.

Todo ello es consecuencia de la presunción de inocencia, ligada a la presunción de legalidad de la forma societaria. En este punto es preciso traer a colación la doctrina del levantamiento del velo ya examinada. Significa, como se expuso, que la sociedad válidamente constituida es obligado considerarla como dotada de autonomía patrimonial propia y sujeta al régimen de responsabilidad regulado en la legislación mercantil mientras no se acredite lo contrario. Por todo ello le es de aplicación el cuadro de garantías procesales del art 119 y concordantes. La capacidad procesal para ser parte se ostenta desde que a la entidad se le atribuyen hechos constitutivos de la responsabilidad penal del art 31 bis CP y puede participar con plenitud en el procedimiento proponiendo pruebas como se exponía en el apartado 5.

Si el Juez llega tras la práctica de pruebas a la conclusión provisional de que se trata de una sociedad ficticia puede dejar sin efecto la condición de investigada de la sociedad y adoptar medidas cautelares como el comiso del art 127 y ss CP. La entidad puede ejercitar los recursos y pretensiones previstas en la ley. Confirmada la no imputación, el órgano judicial debe otorgarle, como se expuso en el apartado 4, la condición de responsable civil del art 615 LECrim en cuanto que con sus bienes puedan responder las personas físicas autoras del delito o de afectado por la medida cautelar de comiso.

Por último, hay una cuestión a la que se aludió en el apartado 3 sobre la que hay que profundizar en el futuro y es el tipo de injusto que fundamenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina jurisprudencial del TS y la mayoría de la doctrina científica ha sostenido que se halla en los apartados 1 y 2 del art 31 bis y la antijuridicidad se encuentra en el defecto organizativo como se expone. Es una teoría que marca un hito en el estudio de la materia, está muy bien construida con fundamento en la necesidad de hecho propio y en este trabajo se comparte. Sin embargo, la tesis de la FGE y de Feijoo Sánchez, entre otros, acerca de la heteroresponsabilidad, merece ser por lo menos tenida en cuenta. En particular por la propia redacción gramatical de los apartados del art 31 bis y sobre todo por las consecuencias procesales sobre la presunción de inocencia.

El procedimiento penal comienza según el art 299 y ss LECrim cuando hay noticia o se produce el conocimiento de hechos delictivos. Para iniciarlo el Juez debe tener indicios de delito respecto al tipo penal. El que haya una inicial y aparente causa de justificación no impide que el autor sea citado como imputado (desde la Reforma de la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre se llama investigado). Aunque la carga de la prueba no sea la misma que en el proceso civil, en el penal la eximente hay que probarla.

El que ejercita la acción penal tiene inicialmente que probar no la eximente sino la acción típica. En este punto es donde la teoría de la culpabilidad constructivista parece más dudosa. Los programas normativos o de *compliance* del art 31bis.2 los tiene en su poder la persona jurídica, lo que obliga a la parte acusadora a plantear una complicada investigación sobre ellos y sobre la vida interna de la sociedad, pues estos programas a veces no responden a la realidad. Aunque pueda parecer exagerado, no podría iniciarse en puridad el procedimiento penal al no haber inicialmente indicios a priori de que los hechos son típicos, dado que la tipicidad se basa en la organización defectuosa que de

momento no se puede conocer. El razonamiento se formula sólo a los efectos de mostrar las dudas procesales que suscita la doctrina constructivista. Así se explican los distintos puntos de vista procesales recogidos en el trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

- 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.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Fiscalía General del Estado. Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010.
- Fiscalía General del Estado. Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015

2. JURISPRUDENCIA

- Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 19 de mayo de 2014. [versión electrónica – base de datos Aranzadi Instituciones. Ref. JUR2016/687724]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 6ª) num. 176/2016, de 22 de septiembre. [versión electrónica – base de datos Aranzadi Instituciones. Ref. JUR2016/236854]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3ª) num. 576/2016, de 1 de diciembre. [versión electrónica – base de datos Aranzadi Instituciones. Ref. JUR 2017/6216]
- Sentencia del Juzgado de lo penal num. 8 de Madrid num. 63/2017, de 13 de febrero. [versión electrónica – base de datos Aranzadi Instituciones. Ref. JUR2017/75527]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) num. 154/2016, de 29 de febrero. [versión electrónica– base de datos Aranzadi Instituciones. Ref. RJ2016/600]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) num. 583/2017, de 19 de julio. [versión electrónica – base de datos Aranzadi Instituciones. Ref. RJ2017/4864]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) num. 667/2017, de 14 de diciembre. [versión electrónica – base de datos Aranzadi Instituciones. Ref. RJ 2017/5811]

3. OBRAS DOCTRINALES

- Del Moral García, A. (2019). Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. En B. Saura y E. Velasco (coord.), *Los delitos que pueden cometer las empresas* (pp 205-232). España, Sepin.
- Feijoo Sánchez, B. (2016). El delito corporativo en el Código Penal Español. Navarra, Civitas.
- Gómez-Jara Díez, C. (2005). ¿Imputabilidad de las personas jurídicas? En *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (pp 425-446). España, Civitas
- Gómez-Jara Díez, C. (2011). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales. Madrid, La Ley
- Gómez-Jara Díez, C. (2014). La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014. *Diario La Ley*, 8341, 1-5
- Gómez-Jara Díez, C. (2017). El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: el inicio de una larga andadura. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi
- González Sierra, P. (2012). *Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas*. Universidad de Granada, España.
- González Fernández, M. B. (2004). La sociedad unipersonal en el Derecho Español (Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad Limitada Nueva Empresa). España, Wolters Kluwer.
- Nieto Martín, A. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Madrid: Iustel

