



FACULTAD DE DERECHO

**“Análisis de la responsabilidad penal de la empresa
y su órgano de administración. Introducción
al Compliance”**

Autor: Jerónimo Pérez Gómez
5º E – 3 C

Área de Derecho Penal

Tutor: Dº Julián Carlos Ríos Martín

MADRID
ABRIL 2022

Índice

<i>Capítulo 1º: Introducción</i>	6
a. Motivos y Estado de la cuestión.....	6
b. Objetivos perseguidos y Finalidad.....	8
c. Metodología elegida	9
<i>Capítulo 2º: Marco Conceptual</i>	10
a. Sinopsis histórica nacional.....	10
b. Breve introducción a la Persona Jurídica	12
<i>Capítulo 3º: Análisis de delitos de la personalidad jurídica</i>	15
a. El ámbito Subjetivo.....	15
b. El ámbito Subjetivo: <i>Casos Especiales</i>	17
c. De la conexión entre persona jurídica y física: <i>Modelos de Imputación</i>	19
d. Sistema Tasado de Delitos.....	20
e. De las Penas.....	21
f. De las Eximentes, Atenuantes y Agravantes	22
<i>Capítulo 4º: Análisis de delitos de los administradores</i>	26
a. Introducción.....	26
b. Tipología de órganos de administración	26
c. De su responsabilidad	28
d. De los delitos de los administradores.....	29
<i>Capítulo 5º: Del compliance</i>	33
a. Introducción y desarrollo histórico	33
b. Elementos del <i>Compliance</i>	34
c. Criterios a seguir en el <i>Compliance</i>	38
d. Del Compliance Officer	40
e. Del <i>Compliance</i> en las PYMES	41
<i>Capítulo 6º: Conclusiones</i>	44
<i>Capítulo 7º: Bibliografía</i>	47
a. Legislación.....	47
b. Jurisprudencia	48
c. Obras Doctrinales	50
d. Recursos de Internet	51
<i>Capítulo 8º: Anexos</i>	53
a. ANEXO 1	53
b. ANEXO 2	54

Resumen

A lo largo de este trabajo de fin de grado trataremos de disertar y analizar la modificación relativamente reciente realizada a nuestra normativa penal, por medio de sucesivas leyes, y por las que se convirtió en un realidad la responsabilidad penal a las personas jurídicas. Atenderemos, también, a su desarrollo histórico y a las consecuencias que ha tenido la entrada en vigor de estas normas.

Por tanto, mediante esta obra estudiaremos la casuística relacionada con los supuestos en los que se puede aplicar la normativa, cuándo podría atenuarse dicha responsabilidad o incluso llegar a eximirse, y qué delitos pueden ser cometidos por estas entidades legales. Del mismo modo, trataremos de esclarecer como esta responsabilidad puede verse extendida e intercalarse con las personas físicas por medio de las cuales actúan estos entes jurídicos, qué delitos pueden cometer estas personas en relación con la persona jurídica y cuándo esas penas se impondrán a la sociedad o, viceversa al eximirse la contraparte.

Estos fenómenos, que en la actualidad se encuentran en alza, han alcanzado cierta relevancia debido al incremento exponencial del uso de estas figuras jurídicas, lo cual ha llevado a un aumento significativo de la práctica del *compliance* o de cumplimiento normativo, el cual también ilustraremos, además de tratar de esclarecer en grandes rasgos los principios del *compliance* en las empresas españolas.

Finalmente, todo esto nos llevará a una reflexión de la importancia de esta práctica, que como veremos, puede tener grandes repercusiones para las empresas.

Palabras Clave

Derecho Penal, Persona Jurídica, Código Penal, Compliance, Delitos, Sociedades, Consejo de Administración.

Abstract

Throughout this undergraduate thesis we will try to discuss and analyze the relatively recent modification made to the criminal regulations, under successive laws, by which criminal liability became applicable to legal entities. We will also pay attention to its historical development and the consequences that the enforcement of these rules has had. Therefore, through this work we will study the casuistry related to the assumptions in which the regulation can be applied, when such liability could be attenuated or even exempted, and what crimes can be committed by these legal entities. Likewise, we will try to clarify how this liability can be extended to and interspersed with the natural persons for whom these legal entities operate, what crimes can be committed by these persons in relation to the legal entity, and when these penalties will be imposed on the company or vice versa when the counterpart is exempted.

These phenomena, which are currently on the rise, have reached a certain relevance due to the exponential increase in the use of these legal figures, which has led to a significant increase in the practice of compliance, which we will also illustrate, in addition to trying to clarify in broad outline the principles of this practice in Spanish companies.

Finally, all this will lead us to a reflection on the importance of this practice, which, as we shall see, can have great repercussions for certain companies.

Key Words

Criminal Law, Legal Entity, Criminal Code, Compliance, Criminal Offenses, Corporations, Board of Directors.

Listado de Abreviaturas

- Artículo como “Art.”
- Artículos como “Arts.”.
- Boletín Oficial del Estado expresado como “BOE”.
- Confederación Española de Organizaciones Empresariales como “CEOE”.
- Código Civil abreviado como “CC”.
- Código Penal abreviada como “CP”.
- Cuenta de Pérdidas y Ganancias como “PyG”
- El Instituto Nacional de Estadística como “INE”.
- El Tribunal Supremo de España como “TS”.
- La Ley de Sociedades Capital como “LSC”.
- Personalidad jurídica utilizada como “PJ”.
- Páginas como “pp.”.
- Sentencia del Tribunal Supremo como “STS”.
- Siguietes como “ss.”
- Tribunal Supremo como “TS”.

Capítulo 1º: Introducción

a. Motivos y Estado de la cuestión.

En cuanto a lo que se refiere a nuestra motivación, esta descansa sobre una triple vertiente. Una primera en la que, si bien es cierto que la responsabilidad aplicable a las empresas o personas jurídicas no constituye ninguna novedad en nuestro ordenamiento, dentro del derecho penal aplicable a estos sujetos sí que lo representa. Pues pese a que su entrada en vigor se produjera hace ya algo más de diez años, sigue aún siendo un tema reciente y de plena actualidad dentro de las ramas del sistema jurídico español. Todo lo referente a esta materia se encuentra aún en un estado de consolidación y carece de una base sólida sobre la que asentarse por la limitación temporal que supone su breve aplicación, extrapolable en todos los sentidos; tanto en la jurisprudencia para tener en cuenta, como en los criterios unificados o en las opiniones doctrinales de los expertos en la materia. Esta situación es bastante lógica y realista si atendemos a la historia genérica del derecho español, que necesita de un periodo de tiempo significativo para crearse, ir adaptándose y constituirse como una ciencia jurídica en sí misma, por la simple razón de que avanza siempre con cierta demora con respecto al ritmo en que lo hacen los seres humanos y las relaciones que presentamos unos con otros.

Por otro lado, pese a las graves consecuencias de su inaplicación e inobservancia, que estudiaremos a lo largo de esta obra, aún es un tema que se encuentra en pleno desarrollo, ya que muchos sujetos pasivos de estas regulaciones (especialmente empresas de un tamaño más reducido) no han implementado políticas, directrices o medidas de acuerdo con estas materias. Para hacernos una idea, se estima que el 45% directivos de empresas nacionales¹, consideradas como medianas o grandes por su número de trabajadores, carecen de conocimientos sobre las posibles repercusiones que podrían entrañar, en materia de responsabilidad penal, por la falta de aplicación de un efectivo plan de cumplimiento normativo, conocido popularmente por su traducción a la lengua anglosajona, *compliance*, por sus acciones de gestión en el día a día de la empresa.

También es conocido que más del 50% de las empresas destinan menos de 10.000 euros al año en aplicar todo lo relacionado con estas políticas². De hecho, ya unos años después

¹ Grant Thornton España. “Informe de Compliance Penal”, 10 de febrero de 2020. Disponible en: https://www.grantthornton.es/globalassets/1.-member-firms/spain/notas_de_prensa/20200210-np-solo-una-de-cada-diez-empresas-espanolas-cuenta-con-un-sistema-de-compliance.pdf; Fecha última consulta: 23/2/2022

² Grant Thornton España, *Ibid.*

de la entrada en vigor de la norma, ante la pasividad de los empresarios y administradores de las sociedades que se suelen usar como vehículo para participar de la actividad económica, provocó que la propia Confederación Española de Organizaciones Empresariales se viera obligada a emitir un comunicado “*alertando sobre el riesgo*”³ por la carencia de medidas protectoras y preventivas de actividades ilícitas, que se podrían traducir en el riesgo de supervivencia de las propias empresas.

Otra razón por la que esta temática reviste de notoria importancia deriva de las consecuencias que la entrada en vigor de esta regulación ha provocado. Este inicio de aplicación ha supuesto numerosos cambios en el tráfico jurídico en el que intervienen empresas y sociedades entre ellas, pero también en los negocios jurídicos con personas físicas. Las nuevas especializaciones, los recursos destinados a este tipo de control y a sufragar las posibles sanciones a incurrir, son solo algunos de los ejemplos de cambios en nuestro sistema.

Todo ello sin mencionar la evolución práctica que este derecho ha ido mostrando en los años recientes. Pues hoy en día, es relativamente más frecuente la creación de todo tipo de entes para operar en el tráfico jurídico-económico y se ha constituido como una herramienta bastante utilizada (para hacernos una idea la expansión de este ámbito, según el INE, únicamente, en España, se crearon durante el año 2021 más de 100.000 sociedades solo de naturaleza mercantilista⁴), por las ventajas que estas alternativas ofrecen frente al empresariado tradicional, y que, por tanto, cada vez es algo común ver a personas jurídicas (especialmente las que componen sociedades o empresas de gran calado) siendo imputadas en investigaciones penales y condenadas por la comisión de ilícitos penales. Para contextualizar también este ámbito, en el año 2018, la responsabilidad penal a personas jurídicas impuesta ascendía ya a más de 2.400 millones de euros, repartidos entre unas 50 causas que terminaron con una sentencia condenatoria⁵.

³ Conferencia Española de Organizaciones Empresariales. “Informe sobre la responsabilidad penal de las empresas”, 12 de julio de 2013. Disponible en: http://www.cen7dias.es/BOLETINES/411/ANEXO_Informe_Responsabilidad_Penal_Empresas.pdf
Fecha de última consulta: 21/2/2022

⁴ Instituto Nacional de Estadística. “Estadística de Sociedades Mercantiles (SM)”, *Notas de Prensa*, 11 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.ine.es/daco/daco42/daco424/sm1221.pdf> ; Fecha de última consulta: 22/02/2022.

⁵ Del Rosal, P., “Las condenas penales contra la empresa superan ya los 2.400 millones”, *El País (Legal)*, 18 de abril de 2019. Disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/04/18/legal/1555581770_860308.html. Fecha de última consulta: 21/02/2022.

Arrojando aún con mayor claridad sobre la importancia de este área del derecho, y más aún su vigencia, mencionaremos que mientras escribíamos este trabajo, se ha anunciado al público que el cobro de ayudas otorgadas por los fondos europeos para fomentar la recuperación económica para aliviar los efectos de la crisis del COVID-19, están supeditados, entre otros requisitos, a un correcto cumplimiento normativo en materia de responsabilidad penal o de *compliance* por parte de las empresas candidatas a recibirlas, además de declaraciones responsables que aseguren la mayor observancia posible a los estándares recomendados de prevención de este tipos de riesgos⁶.

Como bien hemos podido apreciar, es un tema que se encuentra en plena vigencia, desde un punto de vista práctico, por el incremento en el desarrollo económico entorno a las empresas y el auge mercantilista en lo referente a estas figuras. Además, no sólo en el plano práctico, sino que, en el ámbito académico, la citada cuestión sigue constituyéndose como el objeto principal de numerosas publicaciones, ensayos y estudios. No menos, es el esfuerzo que vienen realizando los tribunales nacionales por sentar doctrina jurisprudencial basada en directrices comunes en lo que a la aplicación de la norma se refiere.

Finalmente, a título personal considero que es una de las ramas que mayor desconocimiento ofrece a los juristas no especializados, y que pese a la gran relevancia que está tomando, especialmente en el marco de las empresas cotizadas o de considerable tamaño (aunque también en las de menor dimensión), no forma parte de la formación básica que reciben los aprendices del campo jurídico. Por tanto, consideraba de esta una gran oportunidad para poder profundizar y formarme en un tema con tanta notoriedad en la actualidad.

b. Objetivos perseguidos y Finalidad

Este proyecto tiene como fin principal el estudio en profundidad de la situación en la que se encuentran las personas jurídicas con respecto a las normas, centrándonos en el ámbito penal. Con todo ello, el fin último perseguido no es otro que reflexionar sobre las consecuencias de los actos jurídicos realizados en el seno de un ente con personalidad

⁶ Alonso, R., “¿Es necesario un plan de 'compliance' penal para cobrar los fondos europeos?”, *Expansión*, 28 de febrero de 2022. Fecha de última consulta; 28/02/2022; Disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2022/02/28/621cbcd8468aeb51638b460f.html>

jurídica propia, en los delitos en los que pueden incurrir y sobre la acogida que ha tenido esta mutación del derecho penal tradicional, observando su evolución histórica y todo lo que ha llevado a considerar esta tipología del derecho de la forma en la que lo conocemos hoy en día. Por otro lado, entre nuestros objetivos se encuentra el realizar un estudio de cómo la responsabilidad de estos delitos, que recién comentábamos, puede verse extendida a las personas físicas o, inclusive, a otras personas jurídicas por las que el ente realiza sus acciones en el tráfico jurídico.

Es por todo ello, y debido a la estrecha relación que guardan ambas materias, que finalmente nos gustaría también reflexionar sobre el *compliance* y su papel en las empresas españolas (especialmente destacando el papel del *compliance officer* u oficial de cumplimiento y la posición de las pequeñas y medianas empresas con respecto de esta práctica).

c. Metodología elegida

La metodología principal de esta obra consiste en un modelo de estudio de perfil técnico y sistemático con respecto a la posición de la persona jurídica en el derecho penal y las normas relacionadas. Para ello, realizaremos una aproximación a las legislaciones objeto del derecho aplicable a la persona jurídica (principalmente de derecho penal, aunque realizaremos matizaciones amparándonos en otras ramas jurídicas: derecho mercantil, derecho comunitario...), además de una revisión de la bibliografía existente obtenida de diversas fuentes: manuales de derecho penal, sentencias relevantes, doctrina sentada por tribunales de mayor rango (especialmente apoyándonos en lo establecido por nuestro Tribunal Supremo o la Audiencia Nacional), fragmentos de revistas jurídicas, artículos doctrinales y académicos, etc. Todas ellas han sido obtenidas de bases de datos como Aranzadi Instituciones, El derecho, Tirant o los propios recursos de la biblioteca interna de la universidad.

Además, hemos hecho uso de otro tipo de documentación proveniente de páginas web de organismos oficiales como la del Consejo General del Poder Judicial o el Instituto Nacional de Estadística, entre otras. Por último, en ciertos casos podremos valernos de otras fuentes, como artículos de algunos periódicos de tirada nacional que cuenten con gran reconocimiento.

Capítulo 2º: Marco Conceptual

a. Sinopsis histórica nacional

A modo introductorio, debemos de aclarar que la aplicación penal y la responsabilidad de las personas jurídicas no ha sido tal y como la conocemos hoy en día, ya que en el pasado solo cabía pensar que era oponible ante las personas físicas y se describe como un suceso relativamente nuevo en nuestro derecho, especialmente si tenemos en cuenta el necesario transcurso de un significativo lapso temporal para el asentamiento de cualquier innovación de este calado, en cualquier rama del derecho.

En lo que al contexto histórico se refiere, sin entrar a realizar un análisis en profundidad de esta materia, el ordenamiento penal, ha venido desarrollándose desde casi los principios de nuestra historia y adaptándose, como cualquier otra rama jurídica, a los contextos sociales e históricos, ya que no es ni más ni menos que el reflejo de su sociedad (recordemos la famosa expresión romana *Ubi societas, Ibi ius*).

En lo que a la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecta, nunca se había planteado desde que estas comenzaran a concebirse en la época de la Edad Media y mediante su posterior desarrollo de hasta principios del S.XIX⁷, pues siempre había operado en nuestro ordenamiento el considerado como un pilar básico, el *societas delinquere non potest*. Esta expresión latina, que fue acuñada en Alemania hace solo un par de siglos y no en Roma como se podría llegar a pensar⁸, no fundamenta otra cosa que el principio por el cual, en nuestro derecho no se podía considerar a la persona jurídica responsable penalmente de sus acciones o más propiamente dicho, que no se concebía que pudiese delinquir.

Para hacernos una idea de la importancia de su profundo calado en las raíces del derecho penal español y la importancia de esta guía rectora, esta sentencia del Tribunal Supremo del año 2009, tan sólo un año antes de que, como luego veremos, se introduzca dicha imputabilidad penal de estos sujetos, nos ilustra sobre el pensamiento real que existía sobre esta materia. De ese modo el alto tribunal, concluía lo siguiente: “*Si bien es cierto que existe una corriente doctrinal minoritaria proclive a admitir la responsabilidad penal*

⁷ Blanch Nougués, J.M., “Sobre la personalidad jurídica de las “fundaciones” en derecho romano”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 16, 2007, pp. 10-12.

⁸ Menéndez Conca, L.G., “Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Ratio Juris*, Vol. 16 N. 32, 2021, pp. 110-113.

de las personas jurídicas, y que las reformas de los arts. 31.2 y 369.2 del C. Penal en el año 2003 imponen el pago de multas a las sociedades en cuyo marco se han perpetrado determinados hechos delictivos, ello no quiere decir que se haya derogado en nuestro ordenamiento el principio societas delinquere non potest⁹”.

A pesar de lo expuesto en esta cita, existen de algún modo ciertos preludios por los que se trató de anticipar una posible responsabilidad criminal de la persona jurídica.

Sin embargo, en realidad este precepto¹⁰ estaba realmente limitado y no se podía aplicar directamente a la persona jurídica, como ocurriría en la actualidad, pues era la figura que ejercía los actos, sino que se aplicaba a las personas por medio de las que la sociedad se valía para actuar en el tráfico jurídico y que se entendían que eran las que realmente cometían los actos y, por extensión, los delitos. Esta norma a la que nos referimos es el anterior Código Penal del año 1973¹¹, después de su modificación mediante la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Por lo que, en definitiva, únicamente se estaba buscando hacer responsable a la persona individual y no al ente *per se*¹².

Posteriormente, mediante una nueva reforma, esta vez sobre el Código Penal del año 1995¹³, se introducía bajo la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, nuevas miras en cuanto a la responsabilidades penales de las personas jurídicas. Aquí, se seguía haciendo responsable a la persona física, autor de los hechos ilícitos (tanto a los administradores como a los representantes legales) por actos cometidos en el seno de la persona jurídica. Sin embargo, en esta ocasión se introducía a continuación que, en caso de que se hubiera sentenciado en el pago de una pena multa, esta vez, la persona jurídica respondería de “*manera directa y solidaria*¹⁴”.

No obstante, esta provisión trajo consigo numerosos debates doctrinales sobre ciertos interrogantes que planteaba dicha modificación, como por ejemplo, la falta de medios

⁹ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 862/2009, de 23 julio de 2009, EDJ 2009/197668, Fundamento Jurídico Número 3. Fecha de consulta: 28/02/2022.

¹⁰ Artículo 15 Bis del Código Penal del 1973.

¹¹ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (BOE 12/12/1973).

¹² Serrano Gómez, A., “Societas delinquere non potest”, *Circular Informativa Universidad Nacional de Educación a Distancia*, pp. 53-56.

¹³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24/11/2015).

¹⁴ Artículo único, primero, apartado 2º de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

procesales para imputar a la persona jurídica (ya que recordemos que operaba el principio *societas delinquere non potest*), o que no se estuviere previendo que el lucro del ilícito podría no haber recaído de manera alguna sobre el ente, sino que podía haberse materializado únicamente en el condenado que se valió de dicho ente¹⁵.

Sin embargo, nos encontrábamos ante un contexto en el que los actos fraudulentos y delitos cometidos por o relacionados con la empresa, estaban en auge. Fue entonces cuando se reflexionó sobre una posible reforma de esta parte del derecho para adaptarlo a la realidad social que nos acontecía (expuesta en el primer apartado de este trabajo). Por ello, el derecho penal propiamente dicho para este tipo de entes se recogió, por primera vez, mediante la reforma del actual Código Penal antes mencionado. Esta reforma efectuada mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, eliminaba la responsabilidad accesoria que justo habíamos mencionado. En su lugar, introducía el objeto de estudio de nuestro trabajo, el artículo 31 Bis. Pese a que la mayor importancia de la cuestión reside en este artículo, en esta legislación también se presentan otras novedades de notable relevancia, como pueden ser el artículo 33 en su sección 7ª, el 52 sección 4ª y el 53, entre otros.

Para concluir con esta introducción histórica, debemos mencionar otra reforma del vigente Código Penal, introducida por medio de ley orgánica en el año 2015¹⁶. En esta, se matizan ciertos elementos de la previa reforma y se implementa el conocido *compliance*. Además, se introducen nuevos artículos (31 ter, 31 quater, 31 quinquies...) o se modifican otros de notable relevancia y se les ofrece una nueva redacción¹⁷. Por tanto, este entramado jurídico, junto con otras pequeñas mutaciones, conformará la base de disertación de las siguientes secciones del presente trabajo.

b. Breve introducción a la Persona Jurídica

La persona jurídica nace como una extensión de la que entendemos que es la capacidad jurídica ordinaria que tenemos los seres humanos o personas físicas para realizar actos

¹⁵ Goena Vives, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 37-41.

¹⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE 31/03/2015).

¹⁷ Área de Procesal del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, “Cuadro Comparativo de Ley Orgánica 1/2015”, pp. 35-48

jurídicos válidos. Sin embargo, pese a no encontrar discrepancias doctrinales profundas en lo que supone una persona jurídica, sí que puede ser en ocasiones objeto de debate, qué puede ser considerado como una persona jurídica a los efectos de ciertas normas o regulaciones concretas.

Es aquí donde tenemos que plantear nuestra primera reflexión y es que, hilando con nuestro objeto de estudio, el legislador al extender en el Código Penal los sujetos que podían estar sujetos a este tipo de responsabilidad, no especificó ni definió qué se entendía por una persona jurídica.

De esta forma, si analizamos el Código Penal en su conjunto, no encontraremos una definición específica de lo que debe ser considerado como una persona jurídica. Simplemente, encontramos una definición relacionada en el Título XIII referente a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sin embargo, no parece razonable pensar, dada su localización particular, que esta definición de sociedad pueda ser extrapolable a lo dispuesto en el artículo 31Bis. Menos aún, si atendemos al propio texto que reza: “*A los efectos de este capítulo¹⁸ se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutuas...*”.

Es en este punto, cuando debemos de recurrir, aplicando la analogía, al “principio de las normas penales en blanco”. Este principio se define de forma muy clara en la jurisprudencia sentada por la sentencia del Tribunal Supremo 1999/57, que establece que se debe entender como aquella ley que “*se nutre de la regulación legal que afecta directamente a la materia reservada por el legislador, para complementar la figura delictiva, cuya plasmación depende de la concurrencia del elemento extrapenal al que se condiciona la existencia del delito¹⁹*”.

Por lo tanto, entendemos el papel que pueden jugar otras normas (de cualquier rango inclusive uno inferior o de otra rama del ordenamiento jurídico) en relación con las regulación penal.

¹⁸ Artículo 297 del Código Penal

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, número 57/1999, de 20 de enero de 1999, EDJ 1999/57, Fundamento jurídico número 1º, Fecha de Consulta: 2/02/2022

Es por ello, que parece necesario remitirnos a la legislación mercantil, en concreto a nuestro Código Civil, para encontrar la definición de qué constituye la persona jurídica aplicable a nuestro caso particular.

Este dicta en el Título II de su Libro I, que tendrán dicha consideración: (i) *“las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, desde (...) que, hubiesen quedado válidamente constituidas”* (ii) *“las asociaciones (...) civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”*²⁰.

Además, en el Capítulo II se recoge que *“las personas jurídicas pueden (...) contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución”*²¹. Por lo tanto, habrá que estar a lo mencionado y a tantas otras normas que fueran aplicables a fin de definir que entes tienen personalidad jurídica y desde cuando poseen dicha consideración.

Por motivos lógicos, ante la poca concreción del legislador, desde las instituciones públicas se vio necesario establecer con mayor concreción este término. De esa manera, hemos decidido analizar la opinión del que, a nuestro entender, es la parte esencial de la aplicación de este derecho, la Fiscalía General del Estado, la cual estableció mediante circulares²² su parecer en la materia. En dichas circulares destaca el, ya mencionado por nosotros, artículo 35 del Código Civil, aunque en su entendimiento de lo que supone la persona jurídica, además añade lo convenido en el Código de Comercio sobre el contrato de compañía, por el cual *“dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro (...) Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”*²³.

²⁰ Artículo 35 del Código Civil.

²¹ Artículo 38 del Código Civil.

²² Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010. (BOE 1/06/2011).

²³ Artículo 116 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. (BOE 16/10/1885).

Capítulo 3º: Análisis de delitos de la personalidad jurídica

a. El ámbito Subjetivo

Si bien es cierto que, como hemos comentado con anterioridad, el derecho penal aplicable a la persona jurídica se configura como una “especialidad” o “extensión” de lo que conocemos como el derecho penal tradicional aplicable a los seres humanos, debemos razonar cuando se nos plantea la pregunta de cómo puede la persona no física cometer ciertos delitos del Código Penal. Es aquí donde se realizó la primera especificación de esta rama jurídico-penal. La referencia la encontramos en el Título II del Libro I de la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre. Recordemos que esta ley fue modificada a su vez por La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que se dictó con una fecha de entrada en vigor el 1 de julio de ese mismo año.

Pues bien, este Título II, especifica las personas que desde el punto de vista criminal podrán responder de los delitos cometidos. En él, dentro de su artículo 31 Bis y siguientes, se trata de esclarecer quien podrá estar sujeto a este tipo de procedimientos y qué criterios se han de evaluar para aplicar la responsabilidad criminal a estos entes jurídicos.

En este sentido, el artículo 31 Bis, establece en su primer apartado, que serán punibles para las sociedades, todos los actos delictivos que sean “*cometidos en su nombre o por cuenta de las mismas*” y en “*su beneficio directo o indirecto*”, habiendo sido estos actos ejecutados por las personas que ostenten su representación legal o que formen parte de su órgano de administración (tanto individual como colegiado).

Es importante el novel matiz que se introdujo de *beneficio indirecto* que, según el propio Tribunal Supremo, se debe considerar siempre “*como la acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés*²⁴”.

Rememorando lo que tratábamos antes sobre quién puede tener la consideración de personalidad jurídica, el legislador en su artículo 31 quinquies del nuevo Código Penal, quiso realizar una matización especial, sobre el papel que podía desempeñar la

²⁴ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 154/2016, de 29 de febrero de 2016, EDJ 2016/10795, Fundamento Jurídico Número 8º, Fecha de consulta: 28/02/2022.

Administración Pública dentro de esta rama del derecho penal. Y es que, por motivos funcionales o finalistas, se consideró propio dejar fuera de todas las aplicaciones del precepto 31 bis a todo ente que pudiera ser considerado como Administración Pública, pese a que estos cuenten, indiscutiblemente, con la consideración de personas jurídicas. El legislador, además, no entró a realizar una enumeración demasiado exhaustiva sobre lo que tendría consideración de Administración Pública. Entre otras mencionó a los organismos con potestad reguladora, las entidades públicas empresariales y a las agencias. Sí que mencionó a las entidades clásicas de nuestro derecho administrativo; el estado, las diferentes administraciones autonómica y las locales. Finalmente, mediante una cláusula abierta pretende dar cabida a la mayoría de los entes relacionados con el estado, introduciendo que “*ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas*”²⁵.

A nuestro entender, el motivo fundamental por el que se decidió exceptuarlas de responsabilidad se debe a que operan desde el fin de servicio público a los ciudadanos y no con un ánimo de lucro propio o personal. Además, entendemos que pese a tener personalidad jurídica propia, también es el único aparato que concentra el monopolio de la violencia legítima, por lo que podría verse comprometido el *ius puniendi*²⁶ en la aplicación del derecho penal a estos entes.

No obstante, en el párrafo segundo de dicho precepto se menciona como excepción a las sociedades mercantiles públicas (estos deben de entenderse como entes de naturaleza híbrida que entremezclan aplicaciones de derecho administrativo y derecho societario²⁷). Es, precisamente, porque estos entes en su vertiente privada participan del mercado “común”, donde compiten en igualdad de condiciones con otras empresas de naturaleza privada, por lo que sí podrán ser sujetos de ciertos delitos. Es por ello por lo que, si se logra probar que la personalidad jurídica únicamente se asumió con el fin de disipar las posibles responsabilidades penales de personas físicas, se exceptuará la no sujeción y responderán como cualquier otra persona jurídica.

²⁵ Artículo 31 quinquies 1º Código Penal

²⁶ García Amado, J.A., “Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, *Documentación Administrativa del Instituto Nacional de la Administración Pública*, 2012, pp. 11-16.

²⁷ Artículo 111 y ss. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 2 de octubre de 2015)

Llegados a este punto debemos también mencionar el caso especial de los partidos políticos y agrupaciones sindicales, que originalmente el legislador había decidido que quedaran excluidas de todo tipo de reproche penal, amparándose precisamente en el antes mencionado apartado 5º del Art. 31 Bis. Sin embargo, una ulterior reforma introducida por las nuevas leyes de transparencia²⁸ en el año 2012, situaba a estos sujetos al mismo nivel que el resto de las empresas y sociedades²⁹. Algo que nos puede parecer lógico y necesario si observamos los numerosos escándalos y casos de corrupción que han acontecido en el seno de estas figuras.

Por otro lado, como otra excepcionalidad, se plantea la opción de que ciertas empresas, agrupaciones u otros tipos de entes por las que se valgan para cometer delitos o ayuden en cierto modo a cometer los mismos, y que, por adolecer de personalidad jurídica propia no puedan verse subsumidos dentro del artículo 31 bis del CP ya mencionado, queden bajo el amparo del artículo 129 de este código, de forma que a dicho sujeto se le puedan imponer como penas accesorias las propias impuestas al sujeto persona física que actuó y se valió de ese ente para operar en sus conductas ilícitas.

Por último, destacaremos que entre las penas posibles a las que pueden hacer frene las personas jurídicas cabe la de prohibición plena de participar en el tráfico jurídico incluso cuando las actividades que se fueran a realizar fueran totalmente legítimas. Además de, suspensión de otras actividades, inhabilitaciones de forma que no puedan relacionarse con la administración pública (como por ejemplo para obtener subvenciones u otros tipos de ayudas), clausura de ciertos locales comerciales o sedes, cabiendo así que el juez instructor pueda imponer mencionadas penas accesorias de forma cautelar, etc.³⁰.

b. El ámbito Subjetivo: *Casos Especiales*

A modo de conclusión del ámbito subjetivo, destacamos dos supuestos que ostentan cierta conflictividad. El primero de ellos es en el caso de que se extinga la sociedad o persona jurídica. Y, por otro lado, en los casos en los que dos o más sociedades se fusionen,

²⁸ Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

²⁹ Boldova Pasamar, M.A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 234-236.

³⁰ Artículo 129 del Código Penal

absorban, escindan o cualquier otro negocio jurídico por el que se pueda extinguir la persona jurídica en favor de otra. Este caso carece de ambigüedad alguna, pues se producirá una traslación de la responsabilidad en favor de la nueva figura jurídica. En otras palabras, no se extingue, sino que se pasa de unas sociedades a otras. De ese modo lo prevé expresamente el 130.2 de nuestro código penal y se ha venido reafirmando por la jurisprudencia de nuestro TS³¹.

El otro caso que planteábamos goza de mayor complejidad, pues en el CP no se prevé de forma explícita qué sucede en los casos en los que se extingue la persona jurídica y, en los que por ejemplo mientras se ha comenzado un procedimiento penal contra ella.

El legislador, únicamente quiso hacer referencia, mediante el 130.2 párrafo 2º del CP, a que en los casos de disolución aparente³², estos seguirán respondiendo penalmente al entenderse como una mera simulación de negocio jurídico para alterar su futura responsabilidad.

Sin embargo, debemos plantearnos qué ocurre en aquellos casos en los que no nos encontramos ante una fusión o una disolución aparente. Al no encontrar una respuesta clara en el texto penal, podemos pensar que dicho vacío legal podría verse resuelto por la jurisprudencia. Sin embargo, al consultar la controversia, nos encontramos con que los tribunales no han contado con otra opción que dar por extinguida la responsabilidad penal al producirse la extinción de la persona jurídica. En este sentido se pronunció recientemente la Audiencia Provincial de Castellón, que rezaba “*ninguna consecuencia se prevé para el caso de que la disolución no sea encubierta o meramente aparente sino real, por lo que en un principio podría interpretarse que en estos supuestos la disolución de la persona jurídica extingue su responsabilidad*”³³.

Habiendo aclarado esta casuística, cabe el preguntarnos cuál es el fin que persigue, que quepa extinguir la persona jurídica para evitar ser objeto de un procedimiento penal, ya que realmente se está abriendo una “vía de escape” para no responder de los actos ilícitos. Pues, por ejemplo, cabe extinguir por decisión de una junta la sociedad, ya que esta tiene

³¹ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 109/2020, de 11 de marzo de 2020, EDJ 2020/585576, Fundamento Jurídico Número 8º, Fecha de consulta: 13/03/2022.

³² Se entenderá por una disolución aparente cuando, pese haber comenzado la fase de disolución y de liquidación, se siga con la actividad que se había venido realizando y en la misma cantidad, es decir, conservando el tráfico corriente con los clientes y proveedores.

³³ Sentencia de Audiencia Provincial de Castellón, Número 224/2021, de 7 de julio de 2021, EDJ 2021/662392, Fundamento Jurídico Número 2º, Fecha de Consulta: 23/03/2022.

conocimiento de que serán condenados por ciertos delitos, y, las mismas personas físicas acto seguido pueden crear una persona jurídica igual a la anterior (mismo socios, misma cartera de clientes), pero que, en todo caso será inimputable por los delitos cometidos por su ente predecesor.

Más aún, podemos preguntarnos como casa la postura expuesta con el resto del panorama jurídico español, pues, por ejemplo, atendiendo al ámbito civil, se ha dispuesto que para los casos en los que “*la reclamación se basa en que el crédito reclamado debería haber formado parte de la liquidación, y que por lo tanto la practicada no es definitiva, no debemos negar la posibilidad de que pueda dirigirse la reclamación frente a la sociedad*³⁴” incluso pese a que se haya producido la cancelación registral. Lo mismo se prevé que ocurra en el marco de un procedimiento concursal, por lo que podría reactivarse una sociedad pese que se haya cancelado registralmente por conocerse nuevos elementos de la masa activa.

Entonces, y teniendo en cuenta la naturaleza e importancia que guarda el derecho penal, cabe preguntarse por qué se le podrá reclamar un crédito a una sociedad, algo propio del tráfico privado, pero no se le podrá imponer una pena de multa siendo reprochable las violaciones de bienes jurídicos protegidos. ¿No estaríamos priorizando o dándole más importancia al derecho civil?

c. De la conexión entre persona jurídica y física: *Modelos de Imputación*

Como bien expondremos a lo largo de este trabajo, existe una doble forma de imputación o de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas. Este sistema, que cuenta con sus propios detractores, reside en el Artículo del 31 bis del CP. Sin embargo, pese a sus detractores, podemos encontrar numerosas teorías jurídicas que lo avalan. Ejemplo de ello puede ser Hans Kelsen y su doctrina por medio de la que establece que, en el derecho, los individuos no son las propias personas (como seres humanos), sino que son entes teóricos o “*centros de imputación de derechos y obligaciones*³⁵”, lo que convierte a las

³⁴ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 324/2017, de 24 de mayo de 2017, EDJ 2017/72659, Fundamento Jurídico Número 2º, Fecha de consulta: 25/03/2022.

³⁵ Rivero Godoy, J.M., “La persona como sujeto de derecho internacional”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 21 (2), 2010, pp. 37-39.

personas jurídicas en seres tan capaces de tener responsabilidad penal como a cualquier ser humano³⁶.

Como bien veremos a lo largo del trabajo, el legislador ha querido crear los centros de imputación de la responsabilidad en base a dos criterios fundamentales³⁷:

- i) **Por responsabilidad vicaria:** entendiéndose por esta la que se comete por acto o negligencia de otro³⁸, algo que hasta 2010, únicamente había podido inferirse en el derecho civil, ya que este tipo de responsabilidad no casaba con el examen tradicional que se pudiera realizar del principio de culpabilidad³⁹. Este tipo se incardinaría en el primer apartado del 31 bis, que se refiere a los delitos cometidos por la alta dirección y con personas de poderes de gestión.
- ii) **Por falta de diligencia en el control:** queda establecida en el segundo apartado del mismo tipo penal anterior. En este caso, la fuente de reproche proviene de la ineficaz supervisión por parte de los que, precisamente, pueden cometer los primeros delitos antes mencionados. Como luego veremos, esta responsabilidad quedará extinta bajo ciertos requisitos y es uno de los motivos del auge del *compliance* (Capítulo 5º de este trabajo).

d. Sistema Tasado de Delitos

Otra de las características propias de esta prolongación de la jurisdicción penal, se constata en que los entes jurídicos, por decisión del legislador, únicamente pueden cometer una enumeración *numerus clausus* de delitos⁴⁰, quedando el resto excluidos de su alcance. En este sentido, nos parece poco coherente y sería bueno que se reflexionara sobre ello, pues se han producido supuestos en los que no ha sido posible condenar a ciertas personas jurídicas, declarándolas inimputables, porque los hechos reprochados constituirían delitos no amparados por dicha enumeración cerrada, aún habiéndose probado

³⁶ Goena Vives, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 174-175.

³⁷ Circular 1/2016, de 22 de enero, de la fiscalía general del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, pp. 3-4. (BOE 22 de enero de 2016).

³⁸ Basozabal Arrue, X., *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 21 y 48.

³⁹ Lascuráin Sánchez, J.A., *Manual de introducción al derecho penal*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 92-95.

⁴⁰ Del Rosal Blasco, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018, pp. 56-59.

que dichos actos se habían cometido y en otras circunstancias se exigiría la responsabilidad penal de los individuos.

De ese modo se pronunció de forma reciente la Audiencia Provincial Valenciana, que afirmó *“la denuncia es inviable contra la persona jurídica denunciada, por cuanto que el artículo 31 bis del Código Penal establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas con un criterio de numerus clausus (...) y, entre ellas, no están los delitos de apropiación indebida, ni administración desleal⁴¹”*.

Por tanto, a nuestro parecer adolece de sentido que, aunque una sociedad pueda cometer un delito recogida dentro del Código Penal, por cuestiones político-criminales, estas puedan quedar impunes.

La lista completa y cerrada de delitos, junto con su localización en el código penal, se encuentra disponible en el ANEXO I de este trabajo.

e. De las Penas

Como ya ha ocurrido con otros elementos analizados, el legislador decidió excluir a las personas jurídicas de las penas recogidas en el derecho penal tradicional, de esta forma lo hace constar explícitamente en el artículo 33 del CP en su último párrafo. En este último, se ha previsto mediante articulado propio las consecuencias penales aplicables, creando una especificación propia en lo relativo a: las penas multas o por cuotas, disolviendo la sociedad en cuestión, suspender su actividad en el tráfico jurídico llegando incluso a prohibirla en ciertos supuestos, la clausura de locales, el control judicial en materia de protección de los trabajadores e imposibilidad de contratar o recibir subvenciones de la Administración Pública⁴². En esta última pena, es interesante mencionar, que la propia de ley de contratos públicos⁴³, establece la exclusión de las personas jurídicas que estén condenadas bajo sentencia firme por delitos relacionados con los que precisamente veníamos hablando, por lo que no será del todo relevante si el juez

⁴¹ Sentencia de Audiencia Provincial de Valencia, Número 1359/2019, de 13 de diciembre de 2019, EDJ 2019/827430, Fundamento Jurídico Número 2º, Fecha de Consulta: 27/02/2022.

⁴² Artículo 33.7 de la letra a) a la g) del Código Penal.

⁴³ Artículo 71.1 apartado a) párrafo último de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público. (BOE 9/11/2017).

opta por imponer esta pena o no, de forma que ya se viene aplicado de forma indirecta, pues se estaría condenando al reo automáticamente⁴⁴.

f. De las Eximentes, Atenuantes y Agravantes

En este apartado vamos a proceder a analizar los eximentes y atenuantes propios de la persona jurídica, que como bien comentaremos a continuación difieren considerablemente de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 del CP que conocemos en el derecho penal tradicional. Estas figuras penales establecen bajo su propia regulación otros criterios generales, aunque pese a ello, en el propio cuerpo normativo de muchos de ellos, se haya optado por establecer tipos atenuados con respecto al que sería el tipo básico (suele ser por motivos de poca entidad económica del delito, reparación del daño o motivos similares...).

Se establece, que al no ser siempre posible que una persona jurídica evite que las personas que participan de su actividad o que desarrollan su trabajo a diario en el seno de la misma cometan ciertas irregularidades entre sus actos, se debe realizar matizaciones acerca de la responsabilidad penal del ente. Sin embargo, según el Código, aún sin poder siempre evitarlo, habrá ciertos deberes como los de vigilancia que sí que se deberán cumplir en todo caso. Siendo esta la realidad, en el propio 31 Bis, el legislador quiso dejar constancia de este requisito, pues para que se exima⁴⁵ de responsabilidad penal a la persona jurídica, esta antes de la comisión de las conductas delictuales ha debido de establecer en su organización ciertos criterios de protección. Entre ellos podemos destacar:

- Que el órgano de administración que presentare hubiere tomado sendas precauciones instaurando modelos de vigilancia y protocolos de protección eficaces para luchar contra las conductas ilícitas o para dificultar su comisión.
- Los autores personas físicas o personas jurídicas de las que se hayan valido han actuado sorteando los protocolos de prevención antes mencionados.
- Que se haya dotado de medios y poderes de actuación a los órganos en los cuales se haya confiado estos deberes de vigilancia y supervisión (que en el caso de

⁴⁴ Magro Servet, V., “Particularidades sobre la eficacia del compliance ante los delitos contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social y relacionados con los trabajadores”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, N° 16, 2021, pp.1-4, EDC 2021/530549. Fecha de Consulta: 2/02/2022.

⁴⁵ Artículo 31 bis apartado 2º párrafo primero del Código Penal

empresas de considerable tamaño se encomienda en órganos creados expresamente y su remisión a otros ajenos al órgano de administración propiamente dicho).

- Que el delito no se pueda imputar como consecuencia de la inactividad o dejación de funciones de dicho órgano.

Siendo posible probar todos estos criterios, puede concurrir el escenario por el cual se prueben sólo de forma incompleta, por tanto, esto se podrá tener en cuenta a la hora de aplicar las penas, de ese modo, se podría aplicar en su tipo básico, pero de forma atenuada⁴⁶.

Si bien, la jurisprudencia guardó sus reservas al atender a esta “eximente”, en este sentido, el Tribunal Supremo en la primera sentencia que dictó pronunciándose sobre este parecer, no quiso dejar de expresar la incongruencia que suponía para el alto tribunal la propia interpretación que se había realizado por los encargados de aplicarla en primera instancia, pues la fiscalía general del Estado, en una de sus circulares⁴⁷ tratando de sentar doctrina sobre esta materia, encomendaba a esta eximente a ser considerada más bien como una *"excusa absolutoria"* que debía relacionarse con la punibilidad, a lo que el TS sentenció que es una *"afirmación discutible si tenemos en cuenta que una "excusa absolutoria" ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción"*⁴⁸.

Por otro lado, como bien referíamos previamente, se ha estipulado que los atenuantes aplicables a las personas físicas, no podrán ser aplicables a las personas jurídicas. De forma que se establece que los únicos atenuantes aplicables serán cuando, por medio de sus representantes, se proceda a:

- (i) la confesión de los actos delictivos, sin que se hubieran comenzado acciones penales previamente.

⁴⁶ Artículo 31.2 bis párrafo segundo del Código Penal

⁴⁷ Circular 1/2016, de la fiscalía general del Estado, pp. 1-6., *Op. Cit.*

⁴⁸ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 154/2016, de 29 de febrero de 2016, EDJ 2016/10795, Fundamento Jurídico Número 8º, Fecha de consulta: 28/02/2022.

- (ii) aportar pruebas necesarias y vinculantes para el proceso que se está ejecutando.
- (iii) reparar el daño que se hubiere causado.
- (iv) establecer nuevos métodos para la prevención de futuros delitos en el seno de la misma entidad o persona jurídica⁴⁹.

Por otro lado, y sin que medie una previsión explícita para ello en la normativa penal, podemos encontrarnos ante otro tipo de exención de la responsabilidad. Una que incluso podríamos considerar *de facto*. Esta se encuentra estrechamente relacionada con la doctrina del levantamiento del velo, en lo que esta se refiere a la limitación de la responsabilidad jurídica y que como ha venido evidenciando la doctrina, puede ser aplicada también en supuestos de responsabilidad penal. Ejemplo de ello es una célebre sentencia de la sala de lo penal del alto tribunal, que utilizó esta doctrina para esclarecer que *“ni el régimen de transparencia fiscal ni ningún otro instituto fiscal o mercantil impide a los tribunales penales “levantar el velo” societario para tener conocimiento de la realidad económica subyacente*⁵⁰.”

Siguiendo con este razonamiento, según el Tribunal Supremo, en los casos en los que se esté utilizando la persona jurídica, en este caso una sociedad, para hacerse valer de la separación de personas y, por tanto, de responsabilidad, para cometer actos delictivos o, en otras palabras, para que la responsabilidad recaiga sobre la persona jurídica interpuesta y no sobre la persona física que se encuentra detrás de ella, se podrá esos supuestos levantar el velo excluyéndola del 31 Bis. *“La sociedad meramente instrumental, o “pantalla”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis*⁵¹”. Por tanto, la persona jurídica sería apartada del proceso, dejando únicamente a las personas físicas que actuaron en realidad para cometer tales hechos delictivos⁵².

⁴⁹ Artículo 31 quarter del Código Penal.

⁵⁰ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 274/1996, 20 de mayo de 1996, Fundamento Jurídico Número 4º, Fecha de Consulta: 28/02/2022

⁵¹ *Op.Cit.*, STS 154/2016, Fundamento Jurídico Número 11º.

⁵² *Cfr.*, Del Rosal Blasco, B., *Op.Cit.*, pp. 41-46.

Finalmente, en lo que agravantes se refiere, el legislador no fue tan preciso como en las circunstancias atenuantes. Sin embargo, sí que podemos encontrar circunstancias que agravan las penas de estos entes.

Por ejemplo, en la Sección I sobre las reglas generales para aplicar las penas, se dispone ciertas circunstancias agravantes, por las que se podrán imponer penas de formas permanente, penas con duraciones superiores a 5 años o de dos años, dependiendo del delito en cuestión, siempre y cuando:

- (i) la persona jurídica sea reincidente
- (ii) se haya utilizado la persona jurídica como medio instrumental para la cometer delitos por parte de una persona física. De acuerdo con el propio precepto, se entenderá que así es cuando *“la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal⁵³”*.

⁵³ Art 66 Bis Código Penal, párrafo último, sección b).

Capítulo 4º: Análisis de delitos de los administradores

a. Introducción

Hemos querido incluir también lo dispuesto en la legislación penal para las personas por medio de las que actúan las personas jurídicas. La razón es simple y no es otra que la que recuerda el Alto Tribunal en una sentencia reciente, y es que *“Ahora bien, el derecho tampoco puede olvidar nunca que detrás de una persona jurídica siempre hay personas físicas; (...), y que los intereses de una persona jurídica, al final, son los intereses de las personas físicas. Hablar del interés de una persona jurídica es siempre hablar del interés de personas físicas⁵⁴”*.

Es por ello que, aunque desde 2010 hayan dejado de ser los grandes protagonistas de este tipo de estudios, siguen respondiendo del mismo modo que antes y las condenas por este tipo de delitos siguen en auge.

De hecho, nos lleva a reflexionar sobre el papel que juegan estas personas en las organizaciones, ya que ahora no solo podrán responder por la acción (comisión del delito), aprovechándose de su relación con la persona jurídica, sino que también podrán responder por la propia omisión de los deberes de su cargo. Esto es una reflexión importante, porque supone la tipificación del principio de diligencia que deben presentar estas personas por razón de su cargo (recogido, por ejemplo, en el artículo 293 CP y el deber de información).

b. Tipología de órganos de administración

Por motivos prácticos, antes de entrar a valorar que personas físicas pueden cometer actos ilícitos o delitos en calidad de representantes o administradores de dicha persona física, vamos a proceder a analizar brevemente quién puede formar parte de dicha representación y qué distintas categorías podemos encontrar en este ámbito.

A los efectos del derecho penal, estas personas pueden ser administradores de derecho o, de hecho. Para entender que se constituye como un administrador de derecho, habrá que estar a lo dispuesto en cada ley reguladora del ente en cuestión. No obstante, centrándonos en el supuesto más común, la LSC, se dispone que son las personas físicas o jurídicas que

⁵⁴ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 209/2020, de 21 de mayo de 2020, EDJ 2020/569325, Voto Particular N°3, Fecha de Consulta: 1/03/2022.

se prevean en los estatutos, y que se podrán organizar como: un administrador único, dos o más mancomunados, dos o más solidarios y en consejo de administración⁵⁵.

De acuerdo con ciertos tipos del código (como, por ejemplo, en los delitos societarios), también cabrá que sean responsables aquellos socios con accionariado suficiente para tener una determinada mayoría en la Junta General o para controlar de forma deliberada al propio órgano de administración, de forma que estarían *de facto*⁵⁶ siendo los propios administradores al controlar ellos, tanto lo que ocurre en el día a día, como en los aspectos sociales importantes de la junta.

Una de las problemáticas puede residir en quién puede ser considerado administrador de hecho. Con ánimo de zanjar este asunto, se quiso sentar doctrina, estableciendo que se deberá entender por este concepto a *“toda persona que por si sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra”*⁵⁷.

Otra versión de esta problemática se esboza cuando, y es un suceso cada vez más frecuente en la actualidad, una persona jurídica sea el administrador de otra persona jurídica. De esta casuística ha surgido un extenso debate doctrinal, en el que algunos autores entienden que deberá considerarse que será el administrador de derecho la persona física que se encuentra detrás de este ente, así por ejemplo se recoge en el propio tráfico mercantil⁵⁸. Sin embargo, otros actores jurídicos de peso, como la Fiscalía del Tribunal Supremo, entiende que *“el verdadero administrador de derecho es la persona jurídica puesto que tiene personalidad de esa naturaleza con independencia de sus miembros y la persona física especialmente destinado a ello no es más que el instrumento”*⁵⁹. Por tanto, como podemos apreciar sigue apreciándose diferencias entre posturas de gran calado, y habrá que estar a la línea jurisprudencial que sienten tribunales de mayor rango.

⁵⁵ Artículos 210.1 y 212.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (BOE 3/7/2010).

⁵⁶ Muñoz Cuesta, J., “Los administradores de hecho y de derecho. La persona jurídica”, *Centro de Estudios Jurídicos de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 2017, pp. 4-8. Fecha de Consulta: 17/02/2022.

⁵⁷ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 816/2006, de 26 de julio de 2016, EDJ 2006/109825, Fundamento Jurídico Número 2. Fecha de Consulta: 1/03/2022.

⁵⁸ Artículo 212.1 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (BOE 3/7/2010).

⁵⁹ *Op.Cit.*, Muñoz Cuesta, J., pp-8-10.

Finalmente, puede darse el caso de que se nombre administradores por mandato judicial. Un claro ejemplo de ello es en los supuestos de concurso de acreedores, en el que el juez nombra a un administrador concursal que, como novedad, se introdujo que pudiera ser una persona jurídica⁶⁰. De acuerdo, con la jurisprudencia y con la doctrina, estos sujetos quedarán tan obligados como el resto de los administradores a las obligaciones propias de su cargo (no olvidemos que los administradores concursales tienen además otras obligaciones añadidas) y, en caso de incumplimiento, responderán en la misma medida.

c. De su responsabilidad

En este aspecto, tendremos que diferenciar dos tipos de responsabilidades, una derivada de su actuación “por y para” la persona jurídica, y otra más centrada en un título propio, aprovechándose de su condición como administrador. Todas estas conductas, académicamente, serán consideradas como delitos especiales propios, ya que solo existe la posibilidad de que determinadas personas (con poderes de gestión y administración) los cometan⁶¹.

Para analizar la primera de estas responsabilidades, tendremos que estar a lo expuesto en el Artículo 31 del CP. En ella se establece que el órgano de administración responderá penalmente si la persona jurídica fuere condenada, pese a que no pueda ser considerado como actor por la estructura del tipo. Lo cual, extiende de forma bastante amplia la responsabilidad a la que pueden hacer frente. No obstante, es cierto que esta se verá limitada por la cláusula de atribución de la responsabilidad penal, que antes mencionamos. Así la jurisprudencia del TS estableció que “*ni basta ser administrador para recibir la transferencia de esa responsabilidad*⁶²” y que “*no es necesario ser formalmente administrador para poder recibirla*⁶³” (este último, es el caso de los administradores de hecho). Por lo que, para poder atribuírsele reproche penal, deberá poder atribuírsele responsabilidad por las acciones en cuestión⁶⁴.

⁶⁰ Artículo 62 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. (BOE 7/05/2020).

⁶¹ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 920/2009, de 18 de septiembre de 2019, EDJ 2009/234643, Fundamento Jurídico Número 1º. Fecha de Consulta: 25/02/2022.

⁶² Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 606/2010, de 25 de julio de 2020, EDJ 2010/145126, Fundamento Jurídico Número 7º.

⁶³ *Id.*,

⁶⁴ Astaroloa Huarte-Mendicoa, E., “¿Por fin un concepto unívoco de “administrador de hecho” en derecho penal y derecho societario?”, *Publicaciones Despacho Uría-Menéndez*, 2011, pp. 62-65.

Por otro lado, encontramos los delitos de los que resultarán responsables, como cualquier persona ordinaria, pero que los analizamos por su estrecha relación con los entes estudiados, ya que habrán hecho uso de su condición de gestor de la persona jurídica.

En este punto, la casuística es realmente sencilla, ya que responderán ellos directamente como personas físicas. Sin embargo, es en estos casos donde se invertirían los papeles y se aplicaría lo visto anteriormente de forma inversa, por lo que sería el ente jurídico el que respondería de forma accesoria de estas conductas (en caso de no entrar en los supuestos de exención que antes mencionábamos).

Finalmente, debemos destacar la importancia de la participación de una persona que cuenta con la consideración de alta dirección o administrador en la comisión de los delitos en el seno de la persona jurídica, ya que en ese caso podríamos considerar la imputación automática de la persona jurídica. Esto se debe a la interpretación que la Fiscalía general del Estado ha instruido que se realice en una de sus circulares, la cual expone que en los casos en los que un administrador o alto cargo participe de cualquier forma (acción u omisión) en el delito, se presumirá la falta de eficacia en los programas de *compliance* que luego veremos y, por ende, esto se deberá traducir en la responsabilidad penal del ente en cuestión⁶⁵ (al no proceder la exención).

d. De los delitos de los administradores

Por cuestiones de extensión no vamos a proceder con una enumeración completa de los delitos de los que podría responder un administrador. No obstante, procederemos a estudiar los más comunes de acuerdo con las propias estadísticas del INE. Entre ellos podemos mencionar algunos como la administración desleal, la apropiación indebida, la malversación pública, alzamiento de bienes, las insolvencias punible, etc.

- **Administración desleal:** este nuevo tipo recogido en el 252 CP, es un delito que guarda una gran relación con los principios básicos del derecho societario (entendidos en sentido amplio por los deberes de diligencia y lealtad⁶⁶). Consiste en cometer un perjuicio claro al patrimonio que se está gestionado. Especificando, además, que se podrá cometer realizando actos para los que se carecía de senda

⁶⁵ Circular 1/2016, *Op. Cit.*, Página 27.

⁶⁶ Uría Menéndez Abogados, “Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil”, 2015, pp. 1-16.

autorización⁶⁷. Por tanto, cabe cometerlos, tanto de forma directa, como indirecta y también cabe cometerlos mediante dolo o con dolo eventual⁶⁸, no concibiendo que su comisión pueda ocurrir de forma imprudente⁶⁹.

- **Apropiación indebida:** tipificado en el 253 CP, es un ilícito muy relacionado por su examen conceptual al delito anterior. Tanto es así, que los tribunales han tenido que discernirlos jurisprudencialmente en la historia reciente. No obstante, en esa misma jurisprudencia se entiende que no tienen porque ser excluyentes, ya que así lo ha venido reiterando el TS y lo ha especificado en alguna de sus sentencias más recientes⁷⁰.

El ilícito se produce por apropiarse para uno mismo o un tercero un bien ajeno que se hubiera recibido de forma legítima (por alguno de los tipos previstos en nuestro derecho⁷¹). También, se incurrirá si, aún sin habérselo apropiado, negaran que lo hubieran recibido. Además, es interesante matizar (pese a no ser un delito típico de administradores) la diferencia que guarda este ilícito y el **delito de estafa** (Art. 248 y ss.). Esta radica fundamentalmente en que en la estafa “*el ataque patrimonial se lleva a cabo mediante un engaño*”⁷² y en la apropiación indebida “*no tiene su origen en aquel el engaño motor, sino en el abuso a la confianza*”⁷³. Estos dos delitos constituyen el grueso de delitos de este ámbito, de acuerdo con los últimos datos del INE, que anualmente suponen más de 18.000 delitos⁷⁴.

- **La malversación pública:** la importancia de este delito del 432 CP, radica en el cambio conceptual que se produjo en la reforma objeto de nuestro estudio, pues además de la sustracción de fondos de carácter público, ha pasado a ser punible el no gestionar dichos fondos de forma leal y prudente. Es por ello que, se ha

⁶⁷ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 947/2016, de 15 de diciembre de 2016, EDJ 2016/232479, Fundamento Jurídico Número 9º.

⁶⁸ Rememorando los principios básicos del derecho penal y a los efectos de este trabajo, entenderemos que existe dolo eventual, cuando aún sabiendo que existe el riesgo de que una determinada acción desemboque en una conducta tipificada, esta se ejecuta.

⁶⁹ Porres Ortiz de Urbina, E., “El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº16, 2016, S.P., Capítulo 4º, EDC 2016/101084.

⁷⁰ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 491/2021, de 3 de junio de 2021, EDJ 2021/595615, Fundamento Jurídico Número 6º.

⁷¹ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 227/2016, de 17 de marzo de 2016, EDJ 2016/23239, Fundamento Jurídico Número 1º.

⁷² Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número nº 266/2021, de 24 de marzo de 2021, EDJ 2021/520171, Fundamento Jurídico Número 4º.

⁷³ *Id.*,

⁷⁴ Instituto Nacional de Estadística, *datos de condenas sobre las defraudaciones*, año 2020. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-tabla>

facultado mediante la cláusula de extensión de responsabilidad del 435 CP, a que los administradores de cualquier sociedad beneficiaria de fondos públicos respondan penalmente de este delito⁷⁵ y no solo los funcionarios públicos como se venía entendiendo en el pasado. De este modo, es interesante para un administrador conocer que podrán responder por la gestión “desleal” de una subvención que, por ejemplo, en línea con lo que planteábamos podría ser el no destinar los fondos al fin con el que se habían entregado.

- **Insolvencias punibles y semejantes:** En contra de lo que sucede con la persona jurídica, donde no existen sentencias condenatorias, sí que este es un delito relativamente común entre los administradores. Es importante mencionar este delito por la facilidad en la que se puede incurrir en él y que ciertos administradores desconocerán.

Se entenderá, según el 259 y siguientes del CP, que se cometerá cuando, por ejemplo, se incumple el deber de llevar una contabilidad ordenada o formule las cuentas anuales/ consolidadas sin que estas sean conforme a lo que dicta el Código de Comercio. También, quienes realicen disposiciones patrimoniales con cargo a la sociedad y que estas no se ajusten a los ingresos o la situación patrimonial (en otras palabras, el despilfarrar el dinero societario).

En caso de entrar en concurso por insolvencia, es punible el hecho de intentar favorecer a cualquier deudor alterando la prelación de créditos, el realizar disposiciones sin autorización, el presentar documentación que no se ajuste con la realidad a sabiendas para evitar el concurso o alterarlo, etc.

En resumen, de nuevo un administrador que no realice correctamente sus funciones podría incurrir casi automáticamente en cualquier de estos delitos.

- **Alzamiento de bienes:** hemos querido hacer referencia al precepto por su especial conexión con las Insolvencias penalmente reprochables. En este caso, se utiliza como medio para evitar liquidar todo el patrimonio en el concurso, defraudando mediante una modificación de la masa activa real del concursado. Viene previsto en el 257.1 CP y aunque el tipo no lo contempla de forma expresa, jurisprudencialmente se ha venido entendiendo que se cometerá el delito cuando

⁷⁵ Juanes Peces, A., “El delito de administración desleal y apropiación indebida: después de la reforma del año 2015: evolución histórica: Análisis de la jurisprudencia de la sala segunda”, *Jornadas de Especialistas en delincuencia económica*, 2017, pp. 13-14.

se esté tratando de perjudicar al acreedor, es decir, que en el caso de la destrucción de los bienes persiguiendo este fin, también se estará incurriendo en un alzamiento de bienes y no solo por la ocultación como se podría entender⁷⁶.

- **De la Falsificación:** es otro de los delitos en alza, especialmente si tenemos en cuenta que es un delito que no requiere la obtención de un beneficio o que si quiera cause un perjuicio para producirse⁷⁷ (es decir se consuma con la simple acción de la falsificación). Además, este delito puede verse tanto desde la perspectiva de documentos públicos, como privados, como en los tipos de certificaciones. Estos delitos aparecen recogidos en el Capítulo II del Título XVIII del CP y se ha previsto su agravación si el fin último es el de conseguir una subvención o si el fin es presentar documentación falsa en un proceso judicial.

Como hemos visto, son muchos y de muy diversa índole los delitos en los que puede incurrir un administrador o representante legal en el ejercicio de su cargo. Especialmente, cuando (como en ocasiones se ha visto) estos ostentan y ejercen el cargo de forma simbólica, pero son ellos los que autorizan los negocios jurídicos que sus subordinados les prevén, no eximiendo, por tanto, el desconocimiento su responsabilidad dentro del proceso.

⁷⁶ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 801/2005, de 15 de junio de 2005, EDJ 2005/108835, Fundamento Jurídico Número 5º.

⁷⁷ Barja de Quiroga López, J., et al., “Código Penal Comentado. - Delitos y sus penas. Consumación.”, Base de Datos “El Derecho” (LEFEBVRE), s.p.

Capítulo 5º: Del compliance

a. Introducción y desarrollo histórico

En lo que respecta a la historia de la aplicación de este derecho, se reconoce su origen principalmente en los países de tradición jurídica asociada al *common law*, en especial a los Estados Unidos donde, tras casos de fragantes irregularidades y numerosos escándalos de corrupción política y empresarial, como pudieron ser el caso del Watergate que involucró hasta a la propia presidencia americana del representante Nixon, vieron necesario el hecho de legislar sobre esta materia⁷⁸.

Sin embargo, en los países marcados por una tradición de espectro jurídico con corte continental, hasta un contexto histórico bastante reciente, como bien introducíamos con el caso español, no se podía concebir la responsabilidad penal de estos entes, pues planteaba incongruencias con ciertos pilares básicos del derecho penal general tradicional, como podían ser el principio de culpabilidad de las penas⁷⁹.

Tanto es así, que de forma muy contundente lo expresó una sentencia del alto tribunal tan solo un año antes de que se produjera la reforma del CP de 2010. En este sentido, la sala 2ª expuso: “*en primer lugar, los principios de culpabilidad, de personalidad de las penas y de responsabilidad individual constituyen un obstáculo muy importante para que se pueda considerar, en nuestro ordenamiento jurídico, como autora de un delito a una persona jurídica. Así lo constata la jurisprudencia que aplica la máxima societas delinquere non potes*⁸⁰”.

Por tanto, en los países que sí presentaban cierto arraigo acuñaron el *regulatory compliance*, que surgió originalmente de las recomendaciones o *soft law*, que no se constituía como normativa en el sentido estricto de la palabra, ya que carecía de cualquier tipo de imperatividad. Lo que se buscaba, y aún sigue siendo la meta, no es otra cosa que una buena práctica empresarial, algo parecido a lo que ahora se reflejaría hoy en día en el libro verde sobre la responsabilidad social corporativa. Sin embargo, debido a las necesidades sociales esta realidad se fue adaptando por numerosos medios y diversas instituciones.

⁷⁸ Chanjan Documet, R.H., “Repercusiones jurídico-penales del criminal compliance. A propósito de la regulación española”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 16, Nº 95, 2020, pp. 142-143.

⁷⁹ *Op.Cit.*, Goena Vives, B., pp. 41-45.

⁸⁰ *Op.Cit.*, STS Número 862/2009, Fundamento Jurídico Número 3º.

Este panorama produjo un efecto contagio en la materia regulatoria en los demás países, y únicamente, con fines ilustrativos, podemos citar que, en el marco nacional, se aprobó en 2006 el conocido como código Conthe⁸¹, o la modificación en 2014 de la Ley de Sociedades de Capital. Pero como bien veremos, dicha transformación no se verá reflejada realmente hasta la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica, mediante la reforma del CP del año 2010⁸². Por tanto, debemos tener en cuenta que España y Europa ha seguido y sigue aún en cierta medida la línea legislativa de Norteamérica en esta materia.

Debemos también destacar el importante papel que ha jugado la Unión Europea en las sucesivas regulaciones por las que se ha implementado el *compliance* en nuestro país. El ejemplo más reciente está estrechamente relacionado con nuestro presenta más inmediato, tras que se creara y aprobara la Directiva 2019/1937, por la que se trata de fomentar el canal de denuncias interno de las compañías, conocido como el *whistleblowing*.

Es por ello, que gran parte de las normas españolas, como por el ejemplo transposición de la directiva anterior en un futuro próximo, están relacionadas con esta práctica y tienen en sí mismas mucho que ver con lo que sucede en el resto del mundo.

Finalmente, la mejor y más reciente perspectiva para entender en que se ha convertido el *compliance* en la actualidad, es definirlo desde una doble perspectiva⁸³; una negativa perteneciente a prevenir la posible responsabilidad penal de la empresa en sus actuaciones, y una positiva, más asociada al cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre la empresa en cualquier ámbito del ordenamiento (civil, administrativo, laboral...).

b. Elementos del *Compliance*

Ahora que ya hemos visto las fuertes repercusiones que puede tener para la persona jurídica el no actuar diligentemente y la importancia del *compliance* penal, es mandatorio, como cierre de ciclo de este trabajo, que estudiemos que debe presentar un buen modelo de cumplimiento normativo para que sirva como atenuante o eximente de la responsabilidad penal. Hemos de destacar también, que no solo debe de existir el aliciente

⁸¹ Comisión Nacional de Mercados y Valores, Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, 2006, publicado por el apartado primero f) de la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre.

⁸² Bacigalupo Sagese, S., “Compliance”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N°21, 2021, pp. 260-265.

⁸³ *Ibid.*, pp. 265-266.

en las empresas para instaurar este tipo de modelo para evitar su responsabilidad, sino que se debe de tomar como una oportunidad para poder aportar mayor transparencia en sus actuaciones (lo que les puede beneficiar de cara a atraer a futuros inversionistas) y la creación de una cultura de cumplimiento normativo que se incardine en todos los participantes de la empresa. De este modo, no solo se estaría evitando incurrir en procesos penales, sino que también en todo otro tipo de responsabilidades (civil, administrativa, tributaria, etc.).

Los primeros criterios que debemos de atender para el establecimiento de un modelo correcto aparecen en el artículo 31 bis del CP. Este, en sus apartados 2º, 4º y 5º expresa las condiciones mínimas necesarias que ya hemos mencionado en el apartado de los eximentes de la persona jurídica en este trabajo. De ese modo, recordemos que debe de existir un órgano de control y supervisión incardinado a la sociedad. Este con los poderes autónomos que se le han debido de conferir, tendrá que:

- Identificar las actividades que por medio de su ejecución puedan entrañar la comisión de un delito tipificado. En este apartado, entendemos que el legislador ha querido que cada compañía realice sus propios planes de prevención de forma personificada y adaptada a su actividad principal, razón de ser, aunque también por cuantas otras accesorias se realicen. Todo esto sin perjuicio, de que algunos delitos (como los que versan contra la Hacienda Pública) sean casi comunes a todos las personas jurídicas, ya que (casi) todos serán sujetos pasivos de tributación. Esta labor se ha conocido como el mapeo de riesgos penales, y tendrá dos objetos fundamentales, valorar por un lado el impacto de los riesgos y, por otro, la probabilidad de que se materialicen estos riesgos.

Por ejemplo, una entidad bancaria deberá de centrarse en la prevención del blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y un empresa dedicada a la industria química a la prevención de los delitos medio ambientales.

- En base a lo anterior, se deberán crear planes, protocolos de actuación y guías para la toma de decisiones de la sociedad. En otras palabras, tendrán que crear criterios o bases sobre las que la sociedad deberá desarrollar toda su actuación (tanto interna, como externa). En las grandes compañías es típico que se pueda implementar por medio de los códigos de conducta, los reglamentos internos o las circulares con protocolos de actuación.

- Dotar de los recursos financieros “*adecuados*” al órgano de control para que lleve a término sus actividades. Aunque este requisito sea claro y lógico, se nos plantea la disyuntiva de que se entienda por adecuado. Atendiendo, al fin entendemos que deberá determinarse en cada caso concreto, pero el hecho de que sea completamente subjetivo y quede al arbitrio del tribunal considerar si este es adecuado o no, puede devengar problemas futuros (de nuevo, recordemos que si no concurren todos estos requisitos estaremos, como mucho, ante una atenuante).
 - Implementar la obligación de que las personas físicas relacionadas con la empresa denuncien o alerten sobre riesgos/incumplimientos. Es en este punto, donde destacamos la normativa antes mencionada sobre el *whistleblowing*. Esta directiva Europea⁸⁴, trata precisamente de fomentar esta práctica, incrementando la protección de las personas que denuncien en el seno de las empresas. En la directiva se proponen tres vías: un canal interno (dentro de la propia empresa), un canal externo (un órgano independiente designado por cada estado miembro) y la revelación pública (esto es, por medios de comunicación y canales similares). No obstante, la normativa es más recelosa de este último método, limitando la protección en este caso, a menos que no se pueda acudir primero a los canales internos y externos, es decir, opera en última ratio.
- Pese a que el plazo de transposición de esta directiva haya vencido, en el caso de España, aún no se ha realizado y este mes se ha aprobado en Consejo de Ministros un Anteproyecto de Ley donde se recoge la obligación de crear el canal interno para las empresas de más de 50 trabajadores. Aunque, sin importar su tamaño, lo deberán constituir todas las fundaciones, organizaciones públicas, sindicatos... que gestionen fondos públicos⁸⁵.
- La implementación de un régimen disciplinario que se encargue de recoger las represalias contra los infractores de los códigos y de las normas internas creadas en los apuntes anteriores. La única concreción que el legislador ha proporcionado en este sentido es que en la materia las sanciones estas deben de ser “*adecuadas*”.

⁸⁴ Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Fecha de publicación: 26/11/2019.

⁸⁵ Secretaría de Estado de Comunicación, Informe del Consejo de Ministros, de 4 de marzo de 2022, sobre el Anteproyecto De Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, pp. 7-8.

De nuevo, esto nos puede arrojar ciertas dudas sobre si se refiere a una aplicación proporcional y dejar abierto la punibilidad de las acciones.

Por otro lado, la doctrina de la Fiscalía General del Estado, entiende que no pueden únicamente sancionarse las conductas delictivas propiamente dichas, sino que debe contemplarse represalias contra las conductas que impidan o dificulten su revelación, o para aquellos casos en los que conociéndola y no habiéndolo cometido, una persona guarde silencio y no notifique la infracción⁸⁶.

- Por último, se deberá realizar una revisión periódica del modelo de *compliance* implantado, y también en aquellos casos en los que se produzcan cambios significativos en la organización (estructura, actividad, prestaciones accesorias, etc.). Atendiendo al criterio anterior, la Fiscalía del Estado considera que no solo se deberán tener en cuenta factores internos (que es lo que se puede inferir del texto penal) para entender necesaria la revisión del *compliance*, sino que podrán afectar otros externos a las organizaciones, como, por ejemplo, se cita con un cambio legislativo⁸⁷. En otras palabras, no es tanto a que se produzca un cambio material, sino que varíe el nivel y el impacto del riesgo que se había previsto (realizando con el mapeo del primer punto).

Otra duda que tendremos que valorar es qué debemos de entender por “*revisión periódica*”, ya que no se hace referencia alguna al lapso temporal que se debe de entender por ese periodo. Desconocemos si este se debe entender por anual, cada lustro, década... Esto puede traducirse, una vez más, en un problema a la hora de cumplir con todos los requisitos de forma plena.

Una reflexión que queremos matizar es que, por lo que hemos estudiado, no existe como tal una obligación de implementar y mantener un *compliance*, ya que el CP solo prevé que será un eximente de la responsabilidad o un atenuante para el caso de que solo se pudieran “*acreditar parcialmente*” los requisitos anteriores. De este modo concluimos que será algo beneficioso, pero no obligatorio.

Sin embargo, esto nos puede llevar a plantearnos a que se refería el legislador con esta última afirmación de “*acreditar parcialmente*”, ya que puede entenderse como que todos los requisitos se han cumplido de forma parcial (no completa), o que se han cumplido

⁸⁶ Fiscalía General del Estado, *Op.cit.*, pp. 23-24.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 23

solo algunos de los requisitos expuestos, pero sí de forma completa. La fiscalía, de nuevo, hace su interpretación del texto y entiende que se produce cuando existía el modelo, pero no existía un control muy desarrollado o que este contaba con ciertos defectos⁸⁸.

Otra matización importante que debemos hacer, y que, pese a su evidente lógica ha provocado que los tribunales nacionales se hayan visto en la obligación de pronunciarse, es que la concurrencia de la eximente para la persona jurídica por cumplir con los requisitos necesarios no será extrapolable de algún modo a la persona física actora del delito y vinculada con la empresa.

Finalmente, otro de las especialidades clave que devienen propias del *compliance* es que se ha venido entendiendo que, en los procesos penales, se invierte la carga de la prueba con respecto al derecho procesal penal tradicional, algo muy poco usual dentro del derecho penal. Según esto, se encomienda a las personas jurídicas que prueben que su modelo de *compliance* es válido, sin perjuicio, por supuesto que la fiscalía trate de desvirtuar dichas alegaciones. Pero, en conclusión, aunque no opera de forma automática, se ha venido entendiendo que se invierte la carga de la prueba para este segmento concreto del procedimiento.

c. Criterios a seguir en el *Compliance*

Pese a que la norma es más escueta en su contenido, y que no nos ofrece una guía en la elaboración más allá de lo ya expuesto, nos ha parecido interesante hacer referencia a qué entiende la doctrina de la fiscalía, ya que, al fin y al cabo, será la parte interesada en probar su inexistencia o la falta de precisión en su composición. Además, no cabe mencionar jurisprudencia reseñable en este sentido. Es por ello, que según la Fiscalía General:

- No se deberá crear el *compliance* únicamente como un elemento de exención, es decir, este debe conformarse como algo más, y no como una herramienta que lo único que trate es de blindar y reducir la responsabilidad de la persona jurídica.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 24

- Los fiscales no valorarán únicamente que haya normas de cumplimiento, sino que entrarán a conocer si estas normas realmente producen algún impacto en cómo se toman las decisiones y en el modo de actuar de la compañía.
- Las certificaciones por medio de las que se reconozca el cumplimiento y buena implantación del modelo de *compliance* (ejemplo de ellos pueden ser los certificados privados como AENOR o el de la Asociación Española de Compliance y su CESCO), podrán ser tenidas en cuenta e incluso valoradas positivamente durante el proceso, pero será competencia única y exclusiva del órgano judicial tomar una decisión sobre si en el caso concreto se ha cumplido con el *compliance* adecuadamente.
- Se tendrá que valorar, en especial, el compromiso y la actitud que muestran los altos directivos y administradores de las personas jurídicas con respecto al sistema de *compliance* implementado. Esto guarda una estrecha relación, con lo que hemos comentado de la imputación automática de la persona jurídica si el delito lo cometiere alguien con capacidad de gestión.
- Se insta también a que los fiscales tengan en cuenta en qué persona ha recaído el beneficio del ilícito, si en la persona jurídica con beneficio directo o indirecto, o simplemente ha sido el mero instrumento por el que un tercero ha obtenido un lucro delinquiendo.

En este sentido, se expresa que deberán los señores fiscales revisar el modelo de cumplimiento normativo competente a los altos cargos, en caso de que sea el beneficio directo. Entendemos que será para ver si la propia compañía está atrayendo a este tipo de directivos con sus políticas y por ello se deben centrar en este punto.

- Resulta muy importante una apreciación que realiza, la cual dicta que en los casos en los que la denuncia venga de la persona jurídica, se deberá solicitar la exención de esta. Entendemos que es porque el propio sistema de control interno será el que lo haya detectado y porque la compañía ha actuado en consonancia con la ley poniendo en conocimiento del ilícito a las autoridades competentes.
- Destacan también que los fiscales deberán valorar el historial pasado de estas compañías, sus actuaciones previas o cómo actuaron ante faltas pasadas cometidas

en el seno de la organización. Del mismo modo, deberán evaluar como actuó la persona jurídica en el caso presente contra las personas actoras del ilícito.

- Finalmente, se deberán de valorar las acciones de la persona jurídica, para/ con terceros. Ejemplos pueden ser: la ayuda en la investigación, restituir el daño causado, aportar una investigación interna, no interferir en el desarrollo del procedimiento, etc.

d. Del Compliance Officer

Esta figura, también llamada como oficial de cumplimiento, ha venido adquiriendo cierta relevancia en el pasado reciente, precisamente impulsada por los últimos cambios normativos que se han venido realizando.

Aunque no es mucha la especificación que se ha aportado más allá de que se debe constituir como un órgano autónomo y con poderes suficientes, sí que es necesario profundizar en esta figura, pues se ha convertido en el objeto principal de otras regulaciones. Sin embargo, estas centran su foco sobre todo en las grandes compañías, pues fundamentalmente se refieren a las grandes empresas de valores y a las sociedades cotizadas (aunque estas últimas hacen uso del *soft law*, incardinándose dentro del Código de Buen Gobierno).

Se ha venido entendiendo, por como está formulado el articulado, que este órgano puede estar constituido por una o más personas, es decir puede ser colegiado, lo cual entendemos que dependerá en gran medida de las necesidades de la compañía y de su tamaño. Otra matización importante es que no se ha referencia a la cualificación y conocimientos necesarios para poder ser elegible para esta posición, por lo que entendemos que se deja al arbitrio de la compañía el decidir si los candidatos podrán desarrollar correctamente las tareas propias de su cargo.

También, se puede inferir del texto que no se le requiere una exclusividad plena para realizar sus actividades, aunque sí puede ser aconsejable si deberemos demostrar que se le ha dotado de recursos suficientes y que realmente es un órgano autónomo del resto de la persona jurídica. Sin embargo, lo que sí se debe entender, para demostrar un compromiso real con el modelo de *compliance*, es que los administradores y altos cargos que realicen otras funciones propias de la actividad social no deben configurarse como

parte del órgano de control. En caso contrario, estaríamos desvirtuando el requisito de independencia e imparcialidad.

Otra de las cuestiones controvertidas de la materia versa sobre la posibilidad de externalizar esta función a un tercero ajeno a la compañía, ya que, aunque del texto se pueda entender que la intención del legislador era mantenerla internamente, parece recomendable que ciertas funciones sí que puedan ser externalizadas (especialmente en aquellas compañías de gran tamaño), o así se entiende en las circulares de la fiscalía⁸⁹.

Finalmente, cabe preguntarnos en qué posición se encuentran los oficiales de cumplimiento en cuanto a su responsabilidad. Parece entenderse que se configurará como la del resto de altos directivos y administradores, al considerarse que se encuentra en una posición de garante, por lo que responderá por los delitos que haya cometido (tanto por acción, como por omisión), y en la misma medida será imputable la persona jurídica.

e. Del *Compliance* en las PYMES

Ahora que hemos visto todo lo esperado por las compañías en general, nos ha parecido importante destacar el papel que juegan las PYMES en relación con el cumplimiento normativo penal.

La razón de su relevancia reside fundamentalmente en que integran gran parte del tejido empresarial y societario de nuestro país, constituyendo más del 99% de las empresas que operan en España según los datos del propio Ministerio de Industria (se podrán encontrar los datos concretos en el anexo II de este trabajo).

Este factor será importante a la hora de dirimir como implantar todo lo que hemos estudiado, pues es cierto, que después de todo lo que hemos analizado y teniendo en cuenta que el surgimiento de esta práctica se debe a los grandes escándalos societarios americanos (y después europeos), podemos inferir que realmente el punto de mira del legislador se enfocaba en las grandes sociedades y las de tamaño medio. Por no volver a mencionar que el legislador nacional, se inspira en normativa del derecho comparado o transpone directivas del derecho comunitario.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 25

Si atendemos al texto legal presente, la actual redacción del Código Penal únicamente contiene una particularidad explícita que tenga en cuenta el tamaño de la persona jurídica. Esta se encuentra en el 31 bis, apartado 3º, y prevé que los entes que puedan formular las cuentas de pérdidas y ganancias de forma abreviada⁹⁰ puedan subsumir al oficial del cumplimiento y sus funciones dentro de la de los propios administradores de la compañía. Sin embargo, pese a que esto de primera mano pueda parecer lo lógico, de modo que así las pequeñas empresas puedan ahorrar costes y economizar, puede plantear una doble problemática.

En un primer plano, desde el punto de vista del espíritu de la norma, a nuestro juicio puede carecer de sentido, en ocasiones, atribuirle a los administradores esta potestad. Ya que realmente, en una pequeña empresa serán los que realicen la mayoría de los actos y negocios jurídicos que puedan comprometer a la persona jurídica. En este sentido, se estaría otorgando la facultad de vigilancia a los posibles actores de delitos, algo que puede limitar gravemente su eficacia.

Desde el otro plano, centrándonos en términos más prácticos, nos parece difícil afirmar que todos los pequeños empresarios estén capacitados para poder implementar correctamente un plan de *compliance* correctamente (y no solo por falta de recursos financieros). Esto se debe a que como hemos visto a lo largo del trabajo, hemos tenido que completar el texto penal con diversas sentencias o doctrinas de diversos autores y de la fiscalía general para entender adecuadamente todas las implicaciones de la responsabilidad penal de la persona jurídica y del *compliance*, lo que puede suponer una enorme dificultad para aquellos empresarios que sean legos en la materia del derecho. Es por ello por lo que, entendemos que, *de facto*, se esta instando a las pequeñas personas jurídicas que externalicen y contraten asesores para prepararse en este ámbito (algo que puede ser contrastable con la realidad si observamos el auge de este sector), lo cual, puede chocar en gran medida con la intención del legislador de que se conformara dentro de la empresa y el apoyo que se pretende dar al pequeño empresario de nuestro país.

⁹⁰ Según la NECA 3ª, se entenderá que una compañía puede emitir su cuenta de PyG de forma abreviada cuando, al final del ejercicio, se cumplan de forma simultánea dos de los siguientes requisitos:

- El total del activo es menor o igual a 11.400.000 euros
- El volumen de negocios del periodo es menor o igual 22.800.000 euros
- El número de trabajadores empleados sea menor o igual a 250 personas

Sin embargo, no es baladí que los empresarios quieran (y deban) implantar el modelo de *compliance* y hacerlo de forma correcta, ya que, de lo contrario, como hemos analizado ya, se enfrentan a que no se exima o incluso atenúe su responsabilidad (cabiendo, recordemos, que medie su responsabilidad aún cuando no haya habido un beneficio para sí).

Más aún es importante este factor, si tenemos en cuenta que los seguros de responsabilidad civil que estas empresas puedan tener, no operarán en caso de que se les reconozca su responsabilidad penal como persona jurídica y a que dejarán de ser elegibles para contratar con la Administración Pública e incluso a recibir muchos tipos de subvenciones y ayudas financieras. Es decir, que puede suponer un perjuicio muy grave para la pequeña empresa, tanto por el lucro cesante, como por el perjuicio patrimonial propiamente dicho (en especial si analizamos las penas multa a las que se pueden enfrentar).

Por lo que, a nuestro juicio, en ocasiones, esta única observancia para las pequeñas empresas puede dificultar tanto la consecución del fin de la norma, como estar imponiendo una carga excesiva a los empresarios (que en muchos casos son un trabajador más de la sociedad y no se dedica únicamente a las facultades de administración societaria). ¿Podría ser más aconsejable realizar una modificación con previsiones escalonadas en función del tamaño y del impacto de la persona jurídica en su entorno?, ¿Y reformular la norma (en especial el 31 bis) aclarando ciertos puntos para simplificar la tarea y acotar los equívocos por malas interpretaciones de la norma?

Capítulo 6º: Conclusiones

A lo largo de este trabajo, hemos tratado de fomentar el conocimiento del lector sobre todo lo que envuelve a la persona jurídica en el ámbito penal. Desde un recorrido histórico, pasando por los delitos que estas pueden cometer, las exenciones, sus atenuantes, las penas propias, hasta los supuestos especiales y conflictivos que se pueden presentar en esta especialidad del derecho penal. También, lo hemos tratado de introducir, en su equivalente, para los administradores personas físicas, entrando a valorar algunos de los delitos más relevantes y frecuentes entre estos profesionales. Finalmente, hemos tratado de plantear un esquema ilustrativo del *compliance*, su importancia y requisitos mínimos.

Sin perjuicio de que, esta norma ha traído consecuencias muy positivas para el tráfico jurídico, durante este proceso hemos planteado diversas cuestiones sobre ciertos puntos que ya hemos comentado, por lo que nos gustaría resumir, en esta sección, algunos de los que más controversia o conflictividad nos han podido presentar.

Una de las primeras reflexiones que hemos querido presentar ha sido, lo que, a título personal, hemos reseñado como una incoherencia o inexactitud por parte del legislador. Nos referimos al caso de que la responsabilidad penal de la persona jurídica se extinga con la extinción del ente, incluso cuando esto se acuerde forma voluntaria por decisión de la junta al conocer que serán objeto de un procedimiento penal. A nuestro juicio, adolece de sentido que una sociedad pueda, al iniciarse una investigación contra ella, acordar su extinción y crear otra persona jurídica con la misma cartera de clientes y socios, de modo que se haya conseguido salta su imputación en el procedimiento.

En otras palabras, a las personas jurídicas se les esta creando una “eximente” indirecta en el ámbito penal, algo que carece aún más de congruencia si observamos el resto del panorama legal nacional, ya que, por ejemplo, una sociedad ya liquidada (y extinta) puede ser demandada para que satisfaga un crédito. Pero, en contra, por lo que hemos expuesto, esta no podrá ser objeto de una pena de multa.

Por ende, cabe preguntarse dónde reside el fin de que se puedan perseguir intereses privados, pero no otorgar protección a los bienes jurídicos protegidos (fin del derecho penal). Dejamos, por tanto, que el lector se plantee: ¿Sería necesario un cambio, por ejemplo, limitando la extinción acordada y voluntaria de una sociedad objeto de un procedimiento penal?

Puede también ser interesante que se realice una unificación de criterios en los expertos del derecho penal sobre el caso que hemos comentado, en los que una persona jurídica tiene como administrador único a otra persona jurídica, y quien es realmente el ejecutante de las acciones, si la persona física tras el segundo ente jurídico, o este mismo. Aunque, por motivos prácticos, entenderemos que es la segunda persona jurídica por ser el planteamiento de la fiscalía general.

Asimismo, nos parece destacable el hecho de que la punibilidad de la persona jurídica quede reducida a una lista tasada de delitos (ANEXO I). Si bien es cierto que la finalidad político-criminal de esta modificación es la de amparar una mayor represión delictual e incrementar la protección de bienes jurídicos, cuál es el fin que reside en que ciertos delitos⁹¹ puedan ser cometidos, pero no acontezca un reproche penal. Y, por ende, la pregunta que cabe realizarse es si serán necesarias sucesivas modificaciones del texto penal para ir adaptándose a este hecho.

Por otro lado, hemos hablado de todas las penas de la persona jurídica y de los administradores. Y es en este punto, donde nos gustaría reflexionar, en nuestra propia opinión, si cabiendo lugar la prohibición de la actividad de la sociedad o su disolución (en casos más extremos), no sería más efectivo la inhabilitación o prohibición de las personas físicas actoras de delitos para crear personas jurídicas (a veces interpuestas), de modo que no puedan ampararse en estas figuras para operar delictualmente.

No olvidemos que como bien ha expresado el TS, realmente la voluntad de las personas jurídicas es el de las físicas, y el hecho de que se le prohíba ser administrador (la única prohibición existente aplicable) no es suficiente, pues al ser socio puede dirigir de forma indirecta el ente⁹². Por tanto, cabría plantearse si de este modo se estaría reduciendo el riesgo de forma anticipada.

En la parte final, hemos tratado de ahondar en el cumplimiento normativo. De este modo, hemos visto el *compliance* que deben realizar y las repercusiones de no ejecutarlo correctamente. Por medio de esta sección, hemos querido destacar el papel del *compliance officer* y el que juegan las Pymes con respecto a este tipo de cumplimiento.

⁹¹ Ejemplos de ellos pueden ser la apropiación indebida o la administración desleal.

⁹² Por ejemplo, el ser administrador tácito o el papel del socio en relación con el 160 LSC, el representante legal.

Por medio de estas figuras hemos tratado de reflexionar sobre ciertos puntos, en especial, de lo que a nuestro entender supone inexactitudes en la norma para conseguir un fin de gran relevancia como es la exención de la responsabilidad penal.

En este sentido, la norma nos parece que no es clara cuando concreta que el cumplimiento parcial de los requisitos del 31 bis apartado 5º, se traducirá solamente en la atenuación de la responsabilidad. Ya que puede entenderse como cumplir plenamente solo algunos de los criterios, o, por el contrario, cumplirlos todos parcialmente.

Del mismo modo, entendemos necesaria una mayor exactitud en cuanto a cuando deberemos entender que se está dotando de recursos suficientes al órgano de control, en cómo debe conformarse y realizar sus actividades el oficial de cumplimiento, cada cuánto se entiende como necesario actualizar el modelo de prevención de riesgos, etc.

En lo que se refiere a las empresas de reducido tamaño, la previsión legal que se les reconoce (unificación del órgano de cumplimiento y el de administración), bajo nuestro criterio, puede plantear una doble problemática. Una primera, por la que se está otorgando la facultad de control e implementación del *compliance* a aquellos sujetos que precisamente tendrán la mayor facilidad para realizar disposiciones, actuaciones o negocios jurídicos que impliquen gran nivel de impacto y riesgo para la persona jurídica. Por otro lado, el hecho de que esta sea la única diferencia explícita hecha por legislador para diferenciar entre las grandes empresas (que podrían considerarse como el objetivo fundamental de este tipo de regulaciones) y las de reducido tamaño, plantea a nuestro juicio, una sobrecarga del pequeño empresario a cumplir con normas que por falta de medios o de conocimientos por su parte se traduzcan en una responsabilidad penal de la persona jurídica, acarreando consigo todas las consecuencias que ello conlleva (penas multa, prohibición de contratar con la administración pública, recibir subvenciones o ayudas económicas, etc.).

Capítulo 7º: Bibliografía

a. Legislación

Artículo 15 del Código Penal de 1973

Artículo 297 del Código Penal

Artículo 35 del Código Civil.

Artículo 38 del Código Civil

Artículo 31 Código Penal

Artículo 31 bis Código Penal

Artículo 31 ter Código Penal

Artículo 31 quinquies Código Penal

Artículo 31 quater Código Penal

Artículo 129 del Código Penal

Artículo 33.7 del Código Penal

Art 66 Bis Código Penal.

Artículo 116 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. (BOE 16/10/1885).

Artículo 111 y ss. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 2 de octubre de 2015).

Artículo 71.1 apartado a) párrafo último de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público. (BOE 9/11/2017).

Artículo 210.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (BOE 3/7/2010).

Artículo 212.1 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (BOE 3/7/2010).

Artículo 62 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. (BOE 7/05/2020).

Artículo único, primero, apartado 2º de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE 26/11/2003).

Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010. (BOE 1/06/2011).

Circular 1/2016, de 22 de enero, de la fiscalía general del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, pp. 3-4. (BOE 22 de enero de 2016).

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (BOE 12/12/1973).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24/11/1995).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE 31/03/2015).

Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. (BOE 28/12/2012).

Secretaría de Estado de Comunicación, Informe del Consejo de Ministros, de 4 de marzo de 2022, sobre el Anteproyecto De Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, pp. 7-8.

b. Jurisprudencia

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 862/2009, de 23 julio de 2009, EDJ 2009/197668, Fundamento Jurídico Número 3. Fecha de consulta: 28/02/2022.

Sentencia del Tribunal Supremo, número 57/1999, de 20 de enero de 1999, EDJ 1999/57, Fundamento jurídico número 1º, Fecha de Consulta: 2/02/2022.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 154/2016, de 29 de febrero de 2016, EDJ 2016/10795, Fundamento Jurídico Número 8º, Fecha de consulta: 28/02/2022.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 109/2020, de 11 de marzo de 2020, EDJ 2020/585576, Fundamento Jurídico Número 8º, Fecha de consulta: 13/03/2022.

Sentencia de Audiencia Provincial de Castellón, Número 224/2021, de 7 de julio de 2021, EDJ 2021/662392, Fundamento Jurídico Número 2º, Fecha de Consulta: 23/03/2022.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 324/2017, de 24 de mayo de 2017, EDJ 2017/72659, Fundamento Jurídico Número 2º, Fecha de consulta: 25/03/2022.

Sentencia de Audiencia Provincial de Valencia, Número 1359/2019, de 13 de diciembre de 2019, EDJ 2019/827430, Fundamento Jurídico Número 2º.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 154/2016, de 29 de febrero de 2016, EDJ 2016/10795, Fundamento Jurídico Número 8º.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 274/1996, 20 de mayo de 1996, Fundamento Jurídico Número 4º.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 209/2020, de 21 de mayo de 2020, EDJ 2020/569325, Voto Particular Nº3.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 816/2006, de 26 de julio de 2016, EDJ 2006/109825, Fundamento Jurídico Número 2.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 920/2009, de 18 de septiembre de 2019, EDJ 2009/234643, Fundamento Jurídico Número 1º. Fecha de Consulta: 25/02/2022.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 606/2010, de 25 de julio de 2020, EDJ 2010/145126, Fundamento Jurídico Número 7º.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 947/2016, de 15 de diciembre de 2016, EDJ 2016/232479, Fundamento Jurídico Número 9º.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 491/2021, de 3 de junio de 2021, EDJ 2021/595615, Fundamento Jurídico Número 6º.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 227/2016, de 17 de marzo de 2016, EDJ 2016/23239, Fundamento Jurídico Número 1º.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número nº 266/2021, de 24 de marzo de 2021, EDJ 2021/520171, Fundamento Jurídico Número 4º.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 801/2005, de 15 de junio de 2005, EDJ 2005/108835, Fundamento Jurídico Número 5º.

c. Obras Doctrinales

Área de Procesal del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, “Cuadro Comparativo de Ley Orgánica 1/2015”, pp. 35-48.

Astaroloa Huarte-Mendicoa, E., “¿Por fin un concepto unívoco de “administrador de hecho” en derecho penal y derecho societario?”, *Publicaciones Despacho Uría-Menéndez*, 2011, pp. 62-65.

Barja de Quiroga López, J., et al., “Código Penal Comentado. - Delitos y sus penas. Consumación.”, *Base de Datos “El Derecho” (LEFEBVRE)*, s.p.

Basozabal Arrue, X., *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 21 y 48.

Blanch Nougués, J.M., “Sobre la personalidad jurídica de las “fundaciones” en derecho romano”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 16, 2007, pp. 10-12.

Boldova Pasamar, M.A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 234-236.

Chanjan Documet, R.H., “Repercusiones jurídico-penales del criminal compliance. A propósito de la regulación española”., *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 16, Nº 95, 2020, pp. 142-143.

Del Rosal Blasco, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018, pp. 56-59.

García Amado, J.A., “Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, *Documentación Administrativa del Instituto Nacional de la Administración Pública*, 2012, pp. 11-16.

Goena Vives, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 37-41.

Juanes Peces, A., “El delito de administración desleal y apropiación indebida: después de la reforma del año 2015: evolución histórica: Análisis de la jurisprudencia de la sala segunda”, *Jornadas de Especialistas en delincuencia económica*, 2017, pp. 13-14.

Lascuraín Sánchez, J.A., *Manual de introducción al derecho penal*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 92-95.

Magro Servet, V., “Particularidades sobre la eficacia del compliance ante los delitos contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social y relacionados con los trabajadores”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, N° 16, 2021, pp.1-4, EDC 2021/530549. Fecha de Consulta: 2/02/2022.

Menéndez Conca, L.G., “Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Ratio Juris*, Vol. 16 N. 32, 2021, pp. 110-113.

Muñoz Cuesta, J., “Los administradores de hecho y de derecho. La persona jurídica”. *Centro de Estudios Jurídicos de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 2017, pp. 4-8. Fecha de Consulta: 17/02/2022.

Porres Ortiz de Urbina, E., “El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº16, 2016, S.P., Capítulo 4º, EDC 2016/101084.

Rivero Godoy, J.M., “La persona como sujeto de derecho internacional”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 21 (2), 2010, pp. 37-39.

Serrano Gómez, A., “Societas delinquere non potest”, *Circular Informativa Universidad Nacional de Educación a Distancia*, pp. 53-56.

Uría Menéndez Abogados, “Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil”, 2015, pp. 1-16.

d. Recursos de Internet

Alonso, R., “¿Es necesario un plan de 'compliance' penal para cobrar los fondos europeos?”, *Expansión*, 28 de febrero de 2022. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2022/02/28/621cbcd8468aeb51638b460f.html> Fecha de última consulta: 28/02/2022.

Conferencia Española de Organizaciones Empresariales. “Informe sobre la responsabilidad penal de las empresas”, 12 de julio de 2013. Disponible en: [http://www.cen7dias.es/BOLETINES/411/ANEXO Informe Responsabilidad Penal Empresas.pdf](http://www.cen7dias.es/BOLETINES/411/ANEXO_Informe_Responsabilidad_Penal_Empresas.pdf) Fecha de última consulta: 21/2/2022.

Grant Thornton España. “Informe de Compliance Penal”, 10 de febrero de 2020. Disponible en el siguiente enlace: https://www.grantthornton.es/globalassets/1.-member-firms/spain/notas_de_prensa/20200210-np-solo-una-de-cada-diez-empresas-espanolas-cuenta-con-un-sistema-de-compliance.pdf; Fecha última consulta: 23/2/2022

Del Rosal, P., “Las condenas penales contra la empresa superan ya los 2.400 millones”, *El País (Legal)*, 18 de abril de 2019. Disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/04/18/legal/1555581770_860308.html.
Fecha de última consulta: 21/02/2022.

Instituto Nacional de Estadística. “Estadística de Sociedades Mercantiles (SM)”, *Notas de Prensa*, 11 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.ine.es/daco/daco42/daco424/sm1221.pdf>; Fecha de última consulta: 22/02/2022.

Instituto Nacional de Estadística, *datos de condenas sobre las defraudaciones*, año 2020. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997#!tabs-tabla>

Capítulo 8^a: Anexos

a. ANEXO 1

Artículo del CP	De los Delitos
156 Bis.3	Del tráfico ilegal de órganos de seres humanos
177 Bis.7	De la trata de seres humanos
189 Ter	De la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores
197 Quinquies	Del descubrimiento y revelación de secretos
251 Bis	De las estafas
258 Ter	De la frustración de la ejecución
261 Bis	De las insolvencias punibles
264 Quarter	De los daños
288	De la propiedad intelectual, industrial, el mercado, los consumidores y la corrupción en los negocios
302.2	De la recepción y el blanqueo de capitales
304 Bis.5	De la financiación ilegal de partidos políticos
310 Bis	De la Hacienda Pública y la Seguridad Social
318 Bis.5	De los derechos de los ciudadanos extranjeros
319.4	De la ordenación del territorio y el urbanismo
328	De los recursos naturales y medioambiente
343.3	De la energía nuclear y las radiaciones ionizantes
348.3	Del riesgo por explosivos y otros agentes
366	De la salud pública
369 Bis 2º párr.	Del tráfico de drogas
386.5	De la falsificación de moneda y efectos timbrados
399 Bis 2º párr.	De las falsificaciones de tarjetas de crédito, débito y cheques
427 Bis	Del cohecho
430	Del tráfico de influencias
510 Bis	De los delitos de odio y enaltecimientos de terrorismo
576 ⁹³	De la financiación del terrorismo

⁹³ Hemos de resaltar que, en este último delito, a diferencia del resto no se hace una referencia expresa a la persona jurídica, pero por la forma en la que está redactado entenderemos que es voluntad incluirlos.

b. ANEXO 2

▪ **Tabla 1:** Empresas en España por Sector y Tamaño.

	Agrario	%	Industria	%	Construcción	%	Servicios	%	Total
PYME	278.305	100	173.377	99,4	331.884	100	2.141.658	99,8	2.925.224
PYME sin asalariados ³ (0 asalariados) 4T2021	178.955	64,3	68.028	39,0	196.053	59,1	1.173.059	54,7	1.616.095
PYME (1-249 asalariados)	99.350	35,7	105.349	60,4	135.831	40,9	968.599	45,1	1.309.129
Microempresas (1-9 asalariados) ⁴	91.234	32,8	74.687	42,8	116.157	35,0	844.603	39,4	1.126.681
Pequeñas (10-49 asalariados)	7.159	2,6	25.096	14,4	17.927	5,4	106.838	5,0	157.020
Medianas (50-249 asalariados)	957	0,3	5.566	3,2	1.747	0,5	17.158	0,8	25.428
Grandes (250 o más asalariados)	153	0,1	1.074	0,6	117	0,0	3.673	0,2	5.017
Total empresas	278.458	100	174.451	100	332.001	100	2.145.331	100	2.930.241

Fuente: Datos de Febrero de 2022 sobre las Cifras de Pymes, por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (Gobierno de España).

▪ **Tabla 2:** Empleos en España por Sector y Tamaño de la Empresa.

	Agrario	%	Industria	%	Construcción	%	Servicios	%	Total
PYME	659.516	88,4	1.428.852	65,4	1.054.566	92,4	7.455.352	60,0	10.598.286
PYME sin asalariados ³ (0 asalariados) 4T2021	178.955	24,0	68.028	3,1	196.053	17,2	1.173.059	9,4	1.616.095
PYME (1-249 asalariados)	480.561	64,4	1.360.824	62,3	858.513	75,2	6.282.293	50,6	8.982.191
Microempresas (1-9 asalariados) ⁴	251.463	33,7	263.417	12,1	361.111	31,6	2.517.939	20,3	3.393.930
Pequeñas (10-49 asalariados)	136.071	18,2	528.365	24,2	341.056	29,9	2.069.754	16,7	3.075.246
Medianas (50-249 asalariados)	93.027	12,5	569.042	26,1	156.346,0	13,7	1.694.600,0	13,6	2.513.015
Grandes (250 o más asalariados)	86.309	11,6	755.512	34,6	86.662	7,6	4.966.759	40,0	5.895.242
Total trabajadores	745.825	100	2.184.364	100	1.141.228	100	12.422.111	100	16.493.528

Fuente: Datos de Febrero de 2022 sobre las Cifras de Pymes, por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (Gobierno de España).

