

# ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL NUEVO MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS INTRODUCIDO POR LA LO 5/2010

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO

*Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad de Oviedo*

## RESUMEN

*El trabajo aborda algunas de las principales cuestiones que suscita la introducción en el Código penal español, a través de la LO 5/2010, de un sistema legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas, básicamente sociedades mercantiles. La decisión del legislador español, sin precedentes en nuestra legislación penal histórica, rompe un modelo dogmático ampliamente consolidado. La fórmula concretamente adoptada, cuyos aspectos básicos se contienen en el art. 31 bis del Código Penal, suscita a la vez grandes dudas sobre su aplicabilidad práctica, al carecer entre otras cosas de una normativa procesal que la sustente, y también sobre los resultados que en la práctica se pueden obtener.*

**Palabras clave:** Responsabilidad penal personas jurídicas.

## ABSTRACT

*The work tackles some of the main issues that the introduction in the penal Spanish Code raises, through the Fundamental Law 5/2010, about a legal system of the legal entities' criminal liability, basically trading companies. The Spanish legislator's decision, without precedents in our penal historical legislation, breaks a broadly consolidated dogmatic model. The particularly adopted formula, whose basic aspects are included in the art. 31B of the Penal Code, arouses at the same time big doubts about its practical applicability, as it lacks, among other things of a procedural regulatory scheme that sustains it, and also about the results that can be obtained in practice.*

**Key words:** Criminal liability of legal entities.

## SUMARIO

- I. LA REFORMA PENAL Y LA ADOPCIÓN DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ANTECEDENTES Y MOTIVACIONES.
  - II. SOBRE LA PRESUNTA EFICACIA DEL NUEVO MODELO DE RPPJS.
  - III. DESCRIPCIÓN DEL MODELO: LA OPCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL. EROSIÓN DE DETERMINADOS PRESUPUESTOS JURÍDICO-PENALES DE CARÁCTER GENERAL CONFORMADORES DE LA TEORÍA DEL DELITO.
  - IV. CRÍTICA AL MODELO: RESPONSABILIDAD CUASIOBJETIVA Y POR HECHOS “DE OTRO”.
  - V. DOBLE VÍA DE IMPUTACIÓN: ADMINISTRADORES Y EMPLEADOS SOMETIDOS AL CONTROL DE LOS ADMINISTRADORES.
  - VI. OTROS REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DEL MODELO.
  - VII. LAS PENAS Y CRITERIOS PARA SU IMPOSICIÓN.
- 

- I. LA REFORMA PENAL Y LA ADOPCIÓN DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ANTECEDENTES Y MOTIVACIONES

El aspecto más relevante de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se concreta en la decisión del legislador español, gestada desde hace algunos años, de incorporar a nuestra legislación un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJs). Con ello se pone fin a una tradición histórica en la que siempre se prescindió de este tipo de responsabilidad; las más recientes intervenciones legislativas que determinaron la previsión de medidas frente a las sociedades también evitaron recurrir a fórmulas que la sugiriesen; nos referimos, en concreto, a las consecuencias accesorias contenidas en el art. 129 CP en su versión anterior a la reforma y a la fórmula de responsabilidad solidaria de la persona jurídica en el pago de la multa impuesta a la persona física autora del delito (art. 31.2) que ahora se suprime. Más allá de lo acertado o desacertado de tales medidas, sí subyacía una lógica preocupación por la necesidad de intervenir de un modo complementario, cuando el delito se ejecutaba desde una estructura societaria, pero dejando claro que la responsabilidad era únicamente personal e individual.

A la hora de buscar las razones de la decisión político-legislativa, observamos que en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 no se insiste tanto en la “necesidad” real de proceder al castigo penal de los entes sociales, sino que lo que fundamentalmente motiva esta intervención serían los numerosos “instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara frente a las personas jurídicas”, para a continuación concretar una serie de “figuras delictivas donde la posible intervención de éstas “se hace más evidente” (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, etc.), pero sin explicar por qué. A mi entender varias de las figuras delictivas enunciadas difícilmente podrán ser ejecutadas desde personas jurídicas, sino que más bien lo serán desde organizaciones criminales, que, por lo general, ni necesitan ni, por tanto, adquieren ningún tipo de personalidad jurídica.

Por lo que respecta a la obligatoriedad de la reforma debida a exigencias de la normativa comunitaria (Directivas y Decisiones Marco comunitarias europeas), dicha afirmación debe ser matizada. En primer lugar, conviene recordar que tanto las Directivas como las Decisiones comunitarias son vinculantes en cuanto a los resultados u objetivos a lograr, pero no respecto a los medios para alcanzarlos. En segundo lugar y aún más importante, los textos que teóricamente reclaman ese modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas no establecen de modo indubitado dicha obligación. Veamos por qué.

Así, en lo que respecta a la responsabilidad de las personas jurídicas que deriva de actos realizados por quien ocupa una posición de mando o cargo directivo en el seno de ésta (*primer supuesto*) las DM 2000/383/JAI y 2004/757/JAI disponen que los Estados miembros habrán de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas “puedan ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades por determinadas infracciones de naturaleza penal”. Si las afirmaciones se terminaran aquí podría afirmarse, sin más, que la normativa referida está exigiendo la implantación legal de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la consiguiente necesaria previsión de penas para la entidad. Sin embargo, en el mismo texto, y a continuación, aparecen los matices, y así se reclama que, en cuanto al régimen sancionador, se adopten medidas para la imposición de “sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias”, que incluirán “multas de carácter penal o administrativo” y podrán incluir otras sanciones, como la inhabilitación para el ejercicio de actividades comerciales<sup>(1)</sup>. Vemos, por lo tanto, que entre las alternati-

---

(1) Cfr. arts. 8.1 y 9.1 DM 2000/383/JAI; 2.1 y 3.1 DM 2002/946/JAI; 5.1 y 6.1 DM 2003/568/JAI; 6.1 y 7.1 DM 2004/68/JAI; 6.1 y 7.1 DM 2004/757/JAI; 8.1 y 9.1 DM 2005/222/JAI; 5.1 y 6.1 DM 2005/667/JAI.

vas se propone la imposición de sanciones administrativas, lo que implica que el régimen de responsabilidad penal, previamente anunciado, es una alternativa y no una obligación<sup>(2)</sup>. Por lo que respecta al *segundo supuesto*, en que la responsabilidad de la persona jurídica se debe a la acción de un sujeto sometido a su autoridad y es consecuencia de la falta de vigilancia o control de quienes ocupan una posición de mando o dirección, el Derecho Comunitario obliga a la adaptación de la legislación interna a través de medidas que garanticen que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades —no necesariamente penales, pues no se hace referencia, como en el supuesto anterior, a infracciones de naturaleza penal—, y únicamente se prevé, consecuentemente, la imposición de sanciones o medidas efectivas, proporcionales y disuasorias, sin especificar cuáles han de ser<sup>(3)</sup>. A su vez, la Directiva 2005/60/CE, en los dos supuestos relativos a directivos o empleados, obliga a que se pueda imputar responsabilidad a las personas jurídicas cuando infrinjan las disposiciones de Derecho nacional adoptadas de conformidad con aquella Directiva (art. 39.1), así como que las sanciones —eficaces, proporcionadas y disuasorias— “puedan” ser de naturaleza penal (art. 39.2). El tercer supuesto, al que se refiere la normativa comunitaria, no distingue en el régimen sancionador de personas jurídicas si la conducta ha sido realizada por un cargo directivo o por un subordinado sujeto a vigilancia o control, previendo en ambos casos “penas efectivas, proporcionadas y disuasorias”, que incluirán multas de carácter penal o administrativo para las personas jurídicas y, en su caso, otro tipo de sanciones (arts. 7.1 y 2, y 8 DM 2002/475/JAI; 4.1 y 2, y 5 DM 2002/629/JAI)<sup>(4)</sup>.

---

(2) Con idéntica orientación otros instrumentos internacionales, como el Convenio de la OCDE de 17 de diciembre de 1997, de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (ratificado por España el 3 de enero de 2000), en su art. 2 impone a las Partes la adopción de “las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero”, lo que viene matizado a continuación en el art. 3.2, que prevé el caso de que, según el Derecho de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, por lo que quedarán sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal.

(3) Cfr. arts. 8.2 y 9.2 DM 2000/383/JAI; 2.2 y 3.2 DM 2002/946/JAI; 5.1 y 6.1 DM 2003/568/JAI; 6.2 y 7.2 DM 2004/68/JAI; 6.2 y 7.2 DM 2004/757/JAI; 8.2 y 9.2 DM 2005/222/JAI; 5.2 y 6.5 DM 2005/667/JAI.

(4) Junto a dicho régimen general, se establece un régimen específico para las organizaciones delictivas, y respecto a éste el art. 3 de la AC 98/733/JAI obliga a los Estados a garantizar “que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables penalmente o, en su defecto, responsables de otro modo de los delitos contemplados en el

En definitiva, resulta discutible que la normativa comunitaria haya exigido la implantación de una fórmula de responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendida como un modelo de imposición necesaria de penas a tales entes colectivos. Más bien, el análisis detallado de los textos nos permite comprobar que la imposición de penas era sólo una alternativa de entre las posibles<sup>(5)</sup>.

Con la decisión plasmada en la LO 5/2010 se rompe un modelo dogmático que, sin ser intocable, bien merecería una buena razón para su disolución, y no tanto —o no sólo— por su tradición histórica, sino sobre todo por su capacidad para contribuir a la protección de derechos individuales; desde luego no parece que podamos encontrar ese buen motivo en la formulación legislativa de la reforma (reconocimiento de la RPPJs). En principio, no debe despreciarse, sin más, una decisión de política legislativa que un numeroso grupo de Estados han adoptado<sup>(6)</sup> y que también tiene atractivos referentes doctrina-

---

apartado 1 del artículo 2 ('delitos sancionables con una pena de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa'), cometidos por la persona jurídica, conforme a modalidades que deberán definirse en su legislación interna. (...) Los Estados miembros garantizarán especialmente que pueda sancionarse a dichas personas de manera efectiva, proporcional y disuasoria y que puedan sufrir sanciones de carácter patrimonial y económico”.

<sup>(5)</sup> En el mismo sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley Orgánica: “La conclusión que se extrae de todo anterior es que —con las excepciones por delitos de terrorismo (DM 2002/475/JAI) y de trata de seres humanos (DM 2002/629/JAI)— el Derecho Comunitario únicamente exige que en los supuestos de conductas criminales realizadas por personal directivo, *las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades por determinadas infracciones de naturaleza penal y que puedan serles impuestas por ello sanciones de naturaleza penal o administrativa*. La imputación de responsabilidad de naturaleza penal a las personas jurídicas no lleva implícita necesariamente la imputación subjetiva de hechos delictivos, por lo que no debe considerarse que sea consecuencia de un imperativo de Derecho Comunitario que las personas jurídicas deban ser objeto de un régimen de responsabilidad penal como el de las personas físicas, como tampoco que las sanciones hayan de ser de naturaleza penal”.

<sup>(6)</sup> Por ejemplo, el Derecho anglosajón, por su propia configuración, nunca se ha planteado especiales problemas de tipo dogmático para admitir la responsabilidad penal de la empresa. En el modelo de la *Common Law* el gestor social no es más que el instrumento a través del cual actúa la entidad jurídica, cuya responsabilidad penal se basa entonces en la idea de la delegación o imputación (*vicarious liability*). Junto a la anterior, también se admite la responsabilidad penal sin culpa (*strict liability*). Otro de los modelos que permanentemente se cita como exponente del reconocimiento de la RPPJs en el Derecho continental es el recogido en el Código penal francés. Se trata, sin embargo, de una forma de reconocimiento limitado, quedando curiosamente excluidos buena parte de los preceptos que conforman el Derecho penal económico (delitos como los fiscales, delitos societarios, contra los consumidores, etc.). De singular interés resulta también el modelo de imputa-

les<sup>(7)</sup>; en el caso español, al introducir un régimen de RPPJs, como el que se examina, no parece haberse tenido en cuenta las peculiaridades de nuestro país, y no sólo en la configuración teórica del delito, sino también en la realidad

---

ción de responsabilidad a las personas jurídicas incorporado a la legislación italiana por el Decreto legislativo de 8 de junio de 2001 —*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*— (Decreto legislativo 8 giugno 2001, núm. 231, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, núm. 300 [G.U. 19 giugno 2001, núm. 140]). Su *nomen* establece que se trata de responsabilidad administrativa, si bien de forma mayoritaria se entiende que nos encontramos ante un sistema de atribución de culpabilidad a la propia entidad, y consiguientemente de responsabilidad penal a las persona jurídica. En él se regula la responsabilidad de las personas jurídicas y de otros entes que carecen de personalidad jurídica, por la comisión de algún delito por parte de sus representantes en beneficio, provecho o interés del ente.

(7) Desde un punto de vista doctrinal, la cuestión relativa a la RPPJs sigue abierta; ha sido y es uno de los temas que más atención de la doctrina penal ha acaparado en las dos últimas décadas y de forma especialmente intensa en Alemania y en España. La actividad científica desarrollada en este ámbito es demasiado extensa para plantearse siquiera aquí un resumen. Quizá sí puede afirmarse que existe un consenso básico sobre la necesidad de adoptar determinadas medidas frente a los entes colectivos. Sin embargo, el consenso desaparece en cuanto al modo de hacerlo, y los puntos de vista se dividen entre quienes defienden el reconocimiento de la RPPJs y quienes la rechazan basándose en un argumento básico, aunque no único: el conflicto con el modelo dogmático penal de origen romano-germánico vigente. Entre los defensores del reconocimiento existen numerosas propuestas, algunas muy distintas entre sí. Así, por ejemplo, como sustento teórico de la responsabilidad penal de la empresa, la *doctrina anglosajona* ha elaborado distintas teorías que dotan de autonomía como objeto de reproche a los entes sociales: carentes de una estructura dogmática como la continental, se afirma que las empresas no son simples uniones organizadas de personas, sino que poseen una identidad metafísico-lógica propia (FRENCH, P., *Collective and Corporate Responsibility*, Columbia University Press, Nueva York, 1998, pp. 32 y ss.). También la *doctrina alemana* cuenta con destacadas voces que desde hace tiempo postulan el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propone SCHÜNEMANN un modelo de legitimación de las sanciones basado en un estado de necesidad preventivo, y considera que en este tipo de entidades puede existir una “actitud criminal colectiva”. En el marco de ese “espíritu de grupo”, sus componentes están dispuestos a ejecutar conductas delictivas, que de ningún modo llevarían a cabo como sujetos individuales (SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, BOE, Madrid, 1995, pp. 571 y ss.). En una línea similar, entiende TIEDEMANN que los problemas dogmáticos pueden solventarse interpretando el concepto de culpabilidad en el sentido de una *responsabilidad social* (TIEDEMANN, K., Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, en *NJW*, núm. 19, 1988, pp. 1171 y ss.). En concreto, fundamenta la culpabilidad, ya no en el sentido psicológico clásico, sino sobre la base de lo que él denomina “culpabilidad por defecto de organización” (*Haftungstheorie vom Organisationsverschulden*), esto es, culpabilidad en

societaria que les sirve de referente y, sobre todo, en la legislación mercantil que la sustenta. En todo caso, creo que lo más rechazable no es la decisión legislativa de proceder o no al reconocimiento de la RPPJs, sino el modo en que se ha llevado a cabo. No se puede (debe) configurar una fórmula de RPPJs sin realizar un previo análisis de cuáles son los criterios, axiomas y normativa básica societaria que rige en nuestro país; no se pueden redactar normas penales bajo imágenes, bajo tópicos referidos a empresas y quienes los rodean, malvados por definición; es necesario acudir a realidades en vez de a imágenes estereotipadas.

## II. SOBRE LA PRESUNTA EFICACIA DEL NUEVO MODELO DE RPPJS

Los objetivos político-criminales o simplemente políticos aducidos por los valedores de la reforma se apoyan de forma subsidiaria (detrás de la imposición comunitaria), en su presunta “eficacia”, eficacia para combatir la delincuencia económica, ejecutada desde ámbitos empresariales. No se aclara sin embargo cómo se alcanza ese objetivo con la reforma. Parece, en todo caso, que serían razones de prevención general materializada en una amenaza que estimularía el cuidado por parte de los titulares de la sociedad (de su capital social) respecto a la designación de personas con capacidad suficiente para ejecutar de modo diligente, y sobre todo legal, las funciones de gestión de la sociedad y control del resto del personal de éstas dependiente. Así planteado, y dejando en un segundo plano los problemas de índole dogmática, parece un objetivo loable que, sin embargo, no está claro que se pueda —ni se deba— (por vulneración de garantías esenciales) alcanzar de este modo. Es más, no debe descartarse que ese delincuente económico pueda llegar a ser el gran beneficiado por la previsión legal.

En primer lugar, parece que un modelo de responsabilidad penal —por definición— debiera ser más garantista (vinculación a todos los principios penales, incluida la teoría de la pena) y, por lo tanto, en principio, menos “eficaz” que otras formas de intervención desvinculadas de los principios penales. El proceso penal para la ejecución de este modelo por su propia naturaleza debería (pese a que aún nada se ha hecho) establecer una serie de garantías mayores que las que, por ejemplo, determinarían un sistema de sanciones administrativas a las empresas.

---

virtud de la falta de adopción de las medidas de control necesarias para garantizar el desarrollo ordenado de la actividad empresarial (TIEDEMANN, K., “Die ‘Bebussung’...”, loc. cit., p. 1174). Se trata de un concepto de culpabilidad normativo-social, que posibilita la formulación de un reproche social propio a la organización.

En segundo lugar, cierto es que la fórmula propuesta determina la plena compatibilidad entre la RPPJs y de las personas físicas<sup>(8)</sup>. Así, se afirma en la Exposición de Motivos de la reforma, que “la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física”<sup>(9)</sup>. La compatibilidad de responsabilidades se plantea generalmente como una de las principales razones de ser de la reforma, ya que “teóricamente” no evita o impide la persecución del auténtico responsable del delito. En particular, parece que subyace la idea de que en aquellos casos en que no resulte posible identificar a los autores del delito, “al menos, pueda sancionarse penalmente a la persona jurídica”. Si se demuestra que se ha cometido el delito, aunque no se pueda averiguar quién fue, o no se le pueda condenar penalmente (al no poder dirigir contra él procedimiento penal, por ejemplo por su fallecimiento), podrá ser la persona jurídica penalmente condenada<sup>(10)</sup>. Ahora bien, el establecimiento de un modelo de responsabilidad de las primeras puede contribuir a relajar los esfuerzos por

---

(8) Art. 31 bis 2: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. (...) 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente”.

(9) La consecuencia inmediata fue la supresión de la medida incorporada por la Ley Orgánica 15/2003 y a la que ya antes aludimos; art. 31.2 CP: “En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”. Con esta fórmula se atribuía por lo tanto a la empresa en determinados supuestos la obligación directa y solidaria de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a quien (administrador) actuó en su nombre o por cuenta suya. Si bien no implicaba reconocimiento alguno de la responsabilidad de las personas jurídicas (ya que se reconocía a la persona física como única penalmente responsable), ya anticipaba varios de los defectos que ahora encuentran pleno desarrollo en la reforma. El precepto hacía responsable a la persona jurídica del pago (de la satisfacción material) del importe de la multa, y en ningún caso del delito. El delito se atribuye en exclusiva a una o varias personas físicas y la pena de multa se impone a esas mismas personas físicas en base a su culpabilidad, y sólo a partir de ahí (una vez determinada y atribuida la responsabilidad penal a una persona física) se disponía la obligación de responder de manera directa y solidaria del pago de la multa, tanto de la persona física autora del delito como de la persona jurídica para la cual los sujetos actuaron.

(10) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en Experto Memento (Reforma Penal 2010), Francis Lefebvre, 2010, p. 22.



localizar al autor (persona física) del hecho delictivo e imputarle el delito. En efecto, un modelo como el discutido ofrece la posibilidad de resolver el conflicto con un sujeto (persona jurídica) culpable y terminar con la sensación de frustración que produce un caso no resuelto.

En ese contexto tampoco debe olvidarse la tendencia en el ámbito jurídico extrapenal, cada vez más acusada, de proceder al levantamiento del velo de la persona jurídica (“to lift the veil”), debido al fracaso del modelo anterior; todo ello para buscar a los sujetos, personas físicas, auténticos responsables de la infracción. Con ese cambio de tendencia, precisamente se pretende hacer frente a las actuaciones abusivas de los administradores de una sociedad realizadas mediante la instrumentación fraudulenta de la autonomía patrimonial societaria. Para la represión de estas situaciones, el Derecho sanciona a los integrantes de la sociedad mediante la aplicación de la técnica de origen anglosajón de desentenderse de la personalidad jurídica autónoma de la sociedad (“disregard of legal entity”) y deducir que las consecuencias de los actos jurídicos se extienden a los administradores.

Otra consecuencia colateral, derivada de la implantación del reconocimiento de la RPPJs, es la desaparición de un modelo como el de las consecuencias accesorias vigentes desde la entrada en vigor del actual Código penal hasta la reforma aprobada por LO 5/2010 (art. 129 CP); una idea brillante y original (al carecer de precedentes claros en otras legislaciones penales), pero mal configurada y por ello apenas utilizada (de modo similar a lo que en su momento ocurrió con el arresto de fin de semana, si bien en este caso por falta de medios e interés); un instrumento que, de haber sido dotado de los mecanismos necesarios para su desarrollo, podría haberse consolidado como una fórmula eficaz para practicar las intervenciones necesarias sobre el ente desde el cual se ha llevado a cabo una conducta delictiva, sin por ello tener que fingir su responsabilidad. El fracaso del modelo, como apuntamos, se debió, básicamente, a las graves deficiencias en su configuración; destacan entre ellas algunas como las siguientes: escasa —casi nula— definición de cuáles eran los presupuestos de aplicación y sobre todo de los criterios de imposición de las medidas; el hecho de estar previstas para muy pocos delitos, quedando fuera el grueso de los delitos económicos; indefinición absoluta del significado y contenido de algunas de las medidas y especialmente de la intervención de empresas; indefinición sobre su dependencia (o no) de la imposición de una pena al autor principal; limitaciones respecto a la imposición cautelar; reducido número de consecuencias accesorias aplicables, etc.

Pues bien, el aludido fracaso del modelo de las consecuencias accesorias (en su versión anterior a la reforma), motivado por razones como las expuestas, ha sido un factor más o nuevo argumento también utilizado para favorecer la introducción del reconocimiento de la RPPJs. En mi opinión se podrían haber adoptado modelos de actuación sobre el ente social sin necesidad de declararlo

responsable. Esa fórmula sería no sólo más respetuosa con los principios garantistas esenciales de nuestro modelo, sino también más eficaz. Creo que deberían sustentarse sobre dos pilares esenciales: el primero, una correcta configuración de las consecuencias accesorias entendidas en el sentido anterior a la reforma, solventando los defectos enunciados y, a la vez, una buena fórmula de responsabilidad omisiva referida a las personas físicas con capacidad de gestión en las sociedades, tanto por la ausencia de control de focos de riesgo (ámbito de seguridad en el trabajo, sustancias peligrosas, actuación en ámbitos sensibles al medio ambiente, etc.) como por la protección de bienes jurídicos (básicamente la protección de intereses económico patrimoniales de agentes que con la sociedad se relacionan). Y es que nunca se ha abordado el establecimiento de unos criterios legales de imputación a las personas físicas en el ámbito de la omisión impropia en los delitos de empresa, auténtico caballo de batalla en la lucha frente al delincuente económico (apenas se ha hecho nada más allá de fijar criterios específicos en el contexto de los delitos contra la seguridad de los trabajadores —art. 316 CP—). En efecto, no olvidemos que la mayoría de los actos lesivos producidos en el ámbito de la delincuencia económica se sustentan en la no evitación del resultado por parte de quienes realmente tienen capacidad para ello; especialmente por quienes desde puestos de alta dirección toman la decisión delictiva para que otros subordinados (en ocasiones sin reunir siquiera la condición personal exigida por determinados delitos especiales) la ejecuten, y siendo, por lo general, particularmente difícil probar la inducción. En tal situación la omisión impropia podría configurarse como un instrumento subsidiario ideal para intervenir frente a este tipo de comportamientos. Es por ello que era (y sigue siendo) necesaria una regulación específica que permita superar algunas dificultades que plantea la actual teoría general de la omisión impropia y las exigencias específicas contenidas en el art. 11 CP.

Sin duda, el mejor exponente del escaso rigor con el que se ha abordado la reforma en esta materia lo encontramos precisamente en el nuevo art. 129 CP, y en particular en los preceptos de la parte especial del Código que con él se relacionan (que a éste se remiten). Como hemos visto, el art. 129, hasta la reforma, contenía las consecuencias accesorias aplicables, entre otras, a las empresas; a partir de ahí determinados tipos de la parte especial se remitían total o parcialmente a ellas; se trataba de algunos de los supuestos en los que el delito podía ejecutarse desde estructuras empresariales o asimilados. Ahora la reforma ha dotado al art. 129 de un significado completamente diferente, al ir referido a delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas *que carecen de personalidad jurídica*. Sin embargo, los preceptos de la parte especial siguen manteniendo sus remisiones al art. 129 como si nada hubiera pasado, convirtiendo por lo tanto dichas remisiones en un auténtico “sin sentido”.

Críticas similares merece la absoluta ausencia de reformas procesales, que, sin embargo, resultarían imprescindibles para la aplicación del nuevo modelo. Entre las principales dificultades destacamos las siguientes: a) en materia de competencia, por la duración de las penas corresponde su enjuiciamiento a las Audiencias provinciales, lo que debería evitarse, como también parece contraproducente que determinados delitos que atribuyen este tipo de responsabilidad (cohecho y tráfico de influencias) puedan ser juzgados por el Tribunal del Jurado, b) en materia de legitimación, debería excluirse la acción popular, ya que podría ser ejercitada de manera interesada por empresas de la competencia, c) deberían articularse mecanismos de sucesión procesal, fórmulas de responsabilidad solidaria, inscripción registral y otros en supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión, d) en materia de comparecencia en el proceso de las personas jurídicas, deben resolverse las situaciones de conflicto de intereses entre los gestores de la sociedad y esta misma; en particular debe resolverse qué persona o personas físicas ejercerán el derecho de defensa en nombre de la persona jurídica, pudiendo plantearse numerosas situaciones de conflicto de intereses; tampoco se intuye con la normativa vigente cómo se puede interrogar a la persona jurídica, especialmente cuando también está imputado su representante, e) en el ámbito de las medidas cautelares más restrictivas de derechos (clausura temporal de locales o establecimientos, suspensión de actividades o administración judicial) no existe criterio procesal alguno respecto a su adopción, f) ausencia de regulación procesal de la intervención (administración judicial, etc.<sup>(11)</sup>.

### III. DESCRIPCIÓN DEL MODELO: LA OPCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL. EROSIÓN DE DETERMINADOS PRESUPUESTOS JURÍDICO-PENALES DE CARÁCTER GENERAL CONFORMADORES DE LA TEORÍA DEL DELITO

Una vez decidido proceder al reconocimiento de la RPPJs, el legislador español tenía dos posibilidades. La primera pasaría por imaginar —hasta caer en el absurdo— una persona jurídica con pies y manos, malvada por definición, sobre la cual pierden el control sus propios creadores y que, adquiriendo vida propia, actúa al margen de todos los operadores, incluidos sus propios titulares o gestores, de tal modo que estos últimos ya poco o nada tienen que ver con los delitos que ésta eventualmente pueda cometer. Será relativamente sencillo, a

---

(11) PEDRAZ PENALVA, E., PÉREZ GIL y J. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aspectos procesales de la reforma del Código penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 19 y ss.

partir de esa ficción, atribuirle culpabilidad y el resto de elementos que determinan la responsabilidad penal y el consiguiente merecimiento de pena (*responsabilidad propia*). El legislador español ha tenido el suficiente pudor para evitar acudir a este modelo.

La segunda alternativa, más conservadora y que es la seguida por el legislador español, parte del reconocimiento de que la sociedad “no funciona por su cuenta”, pero sin embargo hay que hacerla responsable por lo que hicieron (normalmente por lo que no hicieron) otros. Se produce un traslado de responsabilidad; como los titulares del capital de la sociedad no controlaron a los administradores ni establecieron los medios idóneos para hacerlo, se considera a la sociedad penalmente responsable, lo que tendrá consecuencias económicas indirectas para los primeros.

En concreto, los dos primeros apartados del nuevo art. 31 bis definen el modelo de responsabilidad del siguiente modo: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”.

Desde un **punto de vista dogmático** el conflicto es evidente. El modelo adoptado resulta incompatible con muchos de los principios y axiomas básicos de nuestro Derecho penal que, sin embargo, se pretende mantener vigentes. Únicamente cabe aquí recordar que los postulados clásicos que tradicionalmente han impedido el reconocimiento de este tipo de responsabilidad son la incapacidad de acción, de culpabilidad y de pena. La persona jurídica no tendría capacidad de acción, pues acción es la conducta humana dirigida por la voluntad. Al carecer de dicha capacidad ya no sería posible realizar un juicio de culpabilidad o reproche (no tendrían capacidad de saber ni querer [dolo], ni tampoco posibilidad de omitir la diligencia debida [culpa]; careciendo, por tanto, de *capacidad de culpabilidad*). A su vez, la falta de capacidad de acción y

de culpabilidad impide la comisión del delito, y como la pena es la consecuencia del delito, no es posible su imposición. Tanto para poder actuar —*capacidad de acción*— como para poder ser considerado culpable penalmente —*capacidad de culpabilidad*—, es precisa la libertad. Si no hay libertad (autonomía más voluntad) no es posible la acción, y, del mismo modo, si no hay libertad, tampoco es posible la culpabilidad (libertad para poder elegir y libertad para poder actuar). La culpabilidad, por lo tanto, se sustenta sobre la idea de *libertad humana como cualidad esencial al hombre*. Si un ente carece de libertad, sería absurdo reprocharle nada. En todo caso, como ya se apuntó, no creo que se trate del argumento esencial en esta discusión; lo esencial no es el conflicto en sí mismo, sino la restricción de garantía que de ello se deriva y que, a la vez, nos encontramos ante una fórmula que no se adapta y parece desconocer nuestro modelo societario

En todo caso el adoptado era seguramente el modelo menos complejo de convertir en derecho positivo, ya que al tratarse la atribución de la culpabilidad de otro y no configurar un modelo de responsabilidad propia y directa, teóricamente (sólo teóricamente) permitiría mantener la estructura dogmática de la clásica teoría del delito; sin embargo, en la práctica, se vulnerarían, al menos, los principios de culpabilidad, de responsabilidad personal y personalidad de las penas, al desvincularse completamente de la acción antijurídica y culpable del propio sujeto, e incluso el de *non bis in idem*, al determinar penas para dos sujetos por la misma acción antijurídica y decisión culpable. Con relación a esta última cuestión, creo que merece la pena llamar la atención sobre el último inciso, de apartado 2 del art. 31 bis, según el cual “cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”. La afirmación del legislador relativa a que la suma resultante (de las penas de multa impuestas a la persona física y jurídica) no debe ser desproporcionada determina, en mi opinión, una prueba clara del complejo subyacente de *bis in idem*. Si los reproches fueran realmente distintos e independientes, como plantea el modelo (reproche fundamentalmente a los accionistas<sup>(12)</sup> —que se traslada a la sociedad— por no controlar a los gestores y reproche a los gestores por cometer el delito), no sería necesario “modular” la pena de multa como, sin embargo, se hace. Quizá el legislador se haya dado cuenta de que en la actual realidad societaria pueden distinguirse al menos tres hipótesis distintas. Una primera, la más frecuente en las grandes empresas, en la que determinados sujetos con un

---

(12) El art. 66 bis, apartado c), deja abierta la posibilidad de que se extienda a otros sujetos distintos de los accionistas: “El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”.

porcentaje escaso del capital controlan, sin embargo, la sociedad y su gestión, debido a diversas razones, como por ejemplo la dispersión del capital entre miles (o a veces millones) de accionistas. En una segunda hipótesis, se trata por contra de un administrador ajeno (externo o no propietario del capital). En la tercera de ellas, es donde se plantean principalmente los problemas enunciados, ya que el gestor o administrador de la sociedad es a la vez propietario de ésta (de todo o gran parte del capital). Los mismos hechos dan lugar a una doble responsabilidad: el administrador responde (penalmente) personalmente y responde como titular de la sociedad penalmente condenada por su (misma) conducta delictiva. Si el fundamento de nuestro modelo de RPPJs es la falta de control que ha posibilitado el delito, lo que se le reprocha es no haberse controlado a sí mismo. A ello hay que añadir que, evidentemente, un problema de *bis in idem* no se puede resolver modulando la pena de multa.

Es en definitiva un paso atrás, en cuanto supone la restricción de garantías penales<sup>(13)</sup>, y simultáneamente un atajo indebido, pues, en el fondo, la implantación de un modelo como el propuesto—al margen de su inidoneidad—habría requerido la reforma de diversos preceptos que conforman nuestro modelo de responsabilidad penal; no resulta compatible con el modelo en que se integra a partir del mismo art. 5 del Código.

#### IV. CRÍTICA AL MODELO: RESPONSABILIDAD CUASI OBJETIVA Y POR HECHOS “DE OTRO”

El nuevo modelo posee un claro contenido preventivo general, si bien se trata de prevención “a cualquier precio”, pues la amenaza prevalece por encima de cualquier otra consideración; se trata de una intimidación dirigida a aumentar el grado de diligencia de quienes nombran a los gestores sociales, mediante la amenaza de una eventual sanción penal a la sociedad, sabiendo que podrían ser ellos (como titulares del capital social) quienes deberían, en última instan-

---

(13) Como afirma el Informe del CGPJ, “Se produce en este punto una extensión de los criterios de imputación subjetiva del Derecho Administrativo sancionador al Derecho Penal, invirtiendo la tendencia que lleva paulatinamente a integrar en el derecho sancionador las garantías y los principios rectores del derecho penal. La admisión de la responsabilidad directa de personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, que parte, según la STC 246/1991, de 19 de diciembre, de una aplicación del principio subjetivo de culpa de forma distinta a como se hace respecto a la personas físicas, erigiendo una construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica que nace de la propia ficción jurídica a la que responden estos sujetos, no implica la extensión de ese artificio a un Código Penal construido sobre la realidad de la persona física”.

cia, afrontar las consecuencias económicas derivadas del delito y de la imposición de la pena. Las dos grandes críticas que pueden hacerse al modelo son: **a)** se trata de una responsabilidad **ajena** y **b)** se trata de una forma de responsabilidad —como mínimo— **cuasi objetiva**.

a) En primer lugar, la fórmula adoptada tiene como principal característica la elección de una fórmula de responsabilidad de los entes sociales basada en la *teoría de la representación* (responsabilidad de la persona jurídica, que se sustenta en hechos de las personas físicas que de algún modo la representan); se trata en consecuencia de una responsabilidad “formalmente” “propia” de la persona jurídica, pero basada en realidad en los delitos cometidos por cuenta o en provecho de éstas por las *personas físicas* en determinados supuestos: personas físicas que las gobiernen y por quienes, estando sometidos a la autoridad de esas personas físicas, realicen los hechos, por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. En definitiva, cuando se afirma que es un modelo de responsabilidad “propia”, lo es sólo “porque así se le atribuye” formalmente, ya que no se basa en la “propia” conducta, sino en una conducta de otros<sup>(14)</sup>; en concreto un modelo de reproche y consiguiente responsabilidad a ésta por defectos en su organización, defectos que posibilitarían la comisión de delitos. Por otro lado, todo ello parte, además, de una premisa al menos parcialmente falsa: que los delitos se comenten por la falta de control de los titulares de la sociedad. Se reformula e incorpora al modelo un concepto propio del derecho penal de la seguridad. El legislador penal trata de plasmar una visión idealizada de la sociedad como ente perfecto e ideal, cuyo funcionamiento se basa en equilibrios inestables sustentados sobre sistemas de control que hacen que todo funcione de forma adecuada.

En definitiva, a la persona jurídica se le traslada el reproche efectuado sobre sus titulares, al no haberla organizado del modo en que el legislador penal considera “adecuado”. No es, por tanto, un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas; es un modelo de atribución o traslación de la responsabilidad penal de las personas físicas a las jurídicas (responsabilidad por el hecho de otro). En los supuestos como el ahora analizado, basados en la teoría de la representación, al ente jurídico se le imputa la culpabilidad de las personas físicas que la representan y gestionan; es culpabilidad por el hecho de otro; se

---

(14) En desacuerdo en tal sentido con DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, loc. cit., p. 18, para quien “a la persona jurídica sólo es posible imputarle responsabilidad penal cuando el delito haya sido debido a un fallo organizativo de esta, una omisión de cuidado debido en la evitación de delitos en su seno. Dicho fallo organizativo sería la conducta propia de la persona jurídica y el objeto del reproche penal”. Entiende el autor que es ésta la única interpretación constitucionalmente admisible.

trata por tanto de una responsabilidad penal indirecta, frente al otro modelo posible de la responsabilidad propia de la persona jurídica. La sociedad no realiza actos jurídicos por mucho que quede vinculada por las actuaciones de sus gestores. Todo ello, sin olvidar que el representante no puede ser concebido como parte de una persona jurídica, ya que si así fuera quedaría excluida su propia culpabilidad, pues *las partes de un todo no delinquen*, sin olvidar que la culpabilidad no se puede transferir o representar<sup>(15)</sup>.

El modelo adoptado (basado en la teoría de la representación) es objeto de severas críticas, incluso por buena parte de quienes defienden la necesidad de instaurar una fórmula de RPPJs. Se le imputa a la persona jurídica una acción de otro y se le reprocha a un comportamiento activo u omisivo de uno, varios o todos sus representantes; tanto el posible defecto de organización como las concretas acciones u omisiones de la persona jurídica son, en realidad, realizaciones de las personas físicas que la dirigen o gestionan, o de aquellos que tienen la teórica capacidad de control de ésta (accionistas de control). La atribución de acción personal y de culpabilidad se basa, por tanto, en una ficción; por mucho que la Exposición de Motivos se refiera a “actos propios”, termina por reconocer que se le imputan los del representante.

b) Además de ajena, es un modelo de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva<sup>(16)</sup>. Entre los múltiples inconvenientes que plantea este modelo desta-

---

(15) FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente: presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho Penal contra las empresas*, Civitas Ediciones, 2002, p. 58.

(16) Informe del Consejo General del Poder Judicial: “Evidentemente, un Derecho Penal que dé cabida a la responsabilidad objetiva y colectiva, con preterición de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, que constituyen fundamento y límite de las penas, supone una modificación de tal envergadura del Derecho Penal español actual, pensado para conductas, situaciones o estados eminentemente humanos y fundado en categorías dogmáticas consolidadas acerca de la acción y la culpabilidad incompatibles con la persona jurídica, y con una determinada concepción de las funciones y esencia de la pena, que merecería, en primer lugar, una profunda reflexión sobre el modo de insertarlo correctamente dentro del conjunto del sistema jurídico (constitucional, civil, mercantil, sancionador —penal y administrativo— y procesal), para, en segundo lugar, articularlo de forma independiente con todas las particularidades derivadas de esta nueva clase de responsabilidad, pues la extensión de la Parte General del Código Penal a las personas jurídicas o no será posible, o precisará la introducción de importantes especialidades. Por otra parte, de mayor importancia es que estas particularidades, en principio pensadas para personas jurídicas, se insertan en un Código Penal con pretensión de armonía sistemática y de conceptos, basado históricamente en la responsabilidad penal



can dos por encima de los demás. El primero ya lo hemos comentado; la “sociedad responde por hechos ajenos”, atribuyéndole, a efectos de reproche, “algo que hicieron otros” y que, al carecer de vida propia, ésta ni siquiera podría llegar a ejecutar. Siendo grave, esto no es lo peor; lo peor (en segundo lugar) es lo que realmente se oculta. ¿Qué han hecho esos “otros” para generar un grado de reproche penal (que se traslada a la sociedad)? La impresión es que no ha debido ser algo especialmente grave, cuando se opta por “trasladar” la responsabilidad a algo (la sociedad) que “ni siente ni padece” y, en efecto, así es. Se les reprocha penalmente (aunque no se les responsabiliza por ello) algo que apenas el Derecho civil considera digno de reproche en su ámbito; se trata en concreto de responsabilidad por las denominadas *culpa in vigilando* y *culpa in eligendo* (fórmulas de responsabilidad objetiva) e incluso en base a la más moderna teoría del riesgo, interés o beneficio (*qui sentire commodum, debet sentire incommodum*), conceptos a los que más adelante nos referiremos.

A la empresa se le hace responsable “porque alguien no ha controlado (a los administradores), debiendo hacerlo” (y eso —supuestamente— ha favorecido o posibilitado la comisión del delito), sin que se plasme de un modo mínimamente preciso, el concreto incumplimiento que da lugar al reproche penal. Además de inseguridad jurídica parece plasmar la idea de que el delito es consecuencia de la falta de control, sin especiales ni ulteriores consideraciones.

Así, el **primero de los dos supuestos** del art. 31 bis determina la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos cometidos por los administradores (*las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho*). Éste (a diferencia del segundo supuesto) no hace referencia siquiera a la necesidad de ausencia de control para imputar el delito, por lo que una de las alternativas interpretativas pasaría por entender que no es preciso realizar ninguna valoración, ningún tipo de reproche. La mera comisión del delito por parte del administrador determinaría automáticamente la responsabilidad (también) de la persona jurídica sin ulterio-

---

individual (principio *societas delinquere non potest*), lo que puede dar lugar a confusión en cuanto a su alcance, dando pie a interpretaciones que acaben deformando y desnaturalizando los principios e instituciones jurídico-penales que son de aplicación al derecho penal de personas físicas”. (...). “El Consejo considera conveniente que (...) se plasme, de considerarse preciso, en una ley especial independiente del Código Penal, como sucede en Alemania e Italia, que recoja lo que se ha dado en llamar ‘Derecho Penal accesorio de personas jurídicas’ —como sucede, *mutatis mutandis*, con el Derecho Penal de menores—, sin que sea necesario revisar a fondo las categorías dogmáticas de acción y culpabilidad ni reformular la teoría de la pena; bastaría con que la relación de la persona jurídica con el hecho delictivo legitime la pena en virtud de categorías particulares aplicables a la persona jurídica”.

res consideraciones, ya que ello se debería (automáticamente) a una falta de control.

En todo caso, a fin de tratar de salvar la constitucionalidad parcial del supuesto, parece que habrá que entender que debe requerirse también el control, que sólo aparece expresamente referido en el segundo (“han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control”). Pero ¿a quienes se les reclama el ejercicio del referido control? Parece que los obligados serían los titulares del capital social, en definitiva los propietarios de la sociedad, que no son otros que los socios o accionistas. En la práctica, entiendo que deberá extenderse únicamente a los accionistas que hacen cierto seguimiento de la gestión (accionistas de control), pero no a los accionistas inversores, que ni quieren ni pueden (aunque quisieran) establecer ningún tipo de control<sup>(17)</sup>.

Más problemático resulta aún saber cuáles son las obligaciones de control que los socios/accionistas deben ejercitar, cuestión de extraordinaria relevancia, ya que su ausencia, unida a la comisión del delito, dará lugar a la RPPJ. Debería, por lo tanto, tratarse de unas obligaciones claras, nítidamente perfiladas y predeterminadas. Pues bien, nada más lejos de la realidad. No existen obligaciones específicas, sino indeterminados y genéricos mandatos. El reciente Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que fusiona en una única ley del régimen jurídico de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, apenas establece obligaciones específicas en este ámbito<sup>(18)</sup>. El ejerci-

---

(17) En España existe una enorme concentración de la propiedad de las sociedades de mayor tamaño. En el 30 por 100 de las sociedades del Ibex 35, una sola persona tiene tal paquete de acciones que puede ejercer el control por sí sola. Y los accionistas significativos (los que tienen más del 5 por 100 cada uno) ostentan el 51 por 100 del capital cotizado (o, dicho de otra manera, el *free float* es de solo el 48 por 100). Informe Juan Fernández-Armesto. <<http://www.jfarmesto.com/documentos/De%20Olivencia%20a%20Conthe%20I.pdf>. [consulta 22 de septiembre de 2009]>

(18) Así, el art. 160 establece que es competencia de las Juntas de accionistas de gestión social el nombramiento y separación de los administradores, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra ellos. Del mismo modo, el art. 161 determina que la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión. El artículo 168 regula la solicitud de convocatoria por la minoría (los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el 5 por 100 del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro del mes siguiente a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud). Además, destacamos los siguientes artículos: “Artículo 169. Convocatoria judi-

cio ordinario de control requiere la convocatoria de la Junta de accionistas, lo que determina que estemos ante un procedimiento escasamente ágil y dinámico a efectos de la evitación de delitos. Ello va a determinar que a tales socios o accionistas se les pueda reprochar (para después proceder a convertir dicho reproche en responsabilidad de la sociedad) la ausencia de un control que está escasamente definido y que, en la práctica, no va a resultar demasiado operativo<sup>(19)</sup>, fomentando con ello —como venimos apuntando— formas de responsabilidad meramente objetiva.

---

cial. 1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, por el juez de lo mercantil del domicilio social, y previa audiencia de los administradores. 2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria por el juez de lo mercantil del domicilio social, previa audiencia de los administradores”. “Artículo 172. Complemento de convocatoria. 1. En la sociedad anónima, los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. La impugnación de acuerdos”. “Artículo 204. Acuerdos impugnables. 1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. 2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. 3. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro”. “Artículo 223. Cese de los administradores. 1. Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día. 2. En la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social”. “Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima. 1. Los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su conducta desleal. 2. Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general”.

(19) Los Códigos de Buen Gobierno para sociedades cotizadas (Olivencia, Aldama y actualmente Conthe) hasta la fecha no han dado el resultado deseado. Más bien han permitido ofrecer a determinadas sociedades una imagen positiva, mediante la afirmación de su cumplimiento, que no se correspondía con la realidad. El nuevo Código de Buen Gobierno (Conthe) no es más que una puesta al día del Código Olivencia, incorporando algunas recomendaciones de diversos informes españoles y europeos. Mantiene la misma naturaleza de recomendación o “norma blanda”.

En definitiva, la primera posibilidad interpretativa pasaría por entender que la falta de control (del “debido control”) ha dado, posibilitado o favorecido la comisión de un delito; se trataría de una afirmación *iuris et de iure*, respecto a la que no cabrían ulteriores consideraciones (carácter netamente objetivo de la responsabilidad). La segunda alternativa, más razonable, pasaría por entender que procede examinar con detalle si se ha producido una falta de control y si es dicha ausencia lo que ha propiciado o favorecido el delito. Esta segunda posibilidad, indudablemente reprobable en menor medida, plantea sin embargo el problema de la absoluta indeterminación del control debido, lo que, además de inseguridad jurídica, puede terminar revirtiendo también en formas del responsabilidad objetiva.

El **segundo supuesto** (*han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso*), pese a que sí alude expresamente a la falta de control que habría favorecido la comisión del delito, resulta mucho más discutible desde otros puntos de vista. Si bien la redacción no resulta del todo clara, parece que, a diferencia del primer supuesto, lo que aquí se plantea no es una cuestión de control **a** los administradores, sino de control **de** los administradores (sobre sus subordinados), en el marco de sus deberes de diligente administración (artículos 225 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital), proyectados **sobre** los dependientes o empleados de la sociedad. Dicho de otro modo, como los administradores no han controlado debidamente a sus subordinados la sociedad será penalmente responsable por no haber designado unos administradores capaces de realizar eficientemente dicho control. De ese modo, se traslada a la sociedad el reproche efectuado sobre los accionistas por no haber elegido (o controlado) un administrador con suficiente capacidad de control sobre sus subordinados<sup>(20)</sup>.

---

(20) Enmienda número 145 de Convergència i Unió en el Congreso al Proyecto de reforma: “La exigencia de responsabilidad social de las personas jurídicas debe limitarse, con carácter general, a las conductas antijurídicas desplegadas en el ámbito de sus actividades sociales. Así parece desprenderse de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 1 del mismo artículo, pero que no aparece expresamente recogido en el primer párrafo. En organizaciones de cierto tamaño y complejidad, con muchos empleados y una amplia red de oficinas y sucursales, hay un gran número de personas que tienen poderes limitados, por lo que entrarían en la cláusula ‘empleados con facultades de obligar’. Sin embargo, es evidente que dichas personas en modo alguno son asimilables a los administradores o representantes legales, que es en lo que está pensando la norma. Para las actuaciones de ese tipo de empleados con facultades limitadas es preferible aplicar el párrafo segundo del artículo 31 bis, en el que no basta con la mera comisión de un delito por el empleado para hacer responsable a la persona jurídica, sino que se requiere además una imputación por *culpa in vigilando* de la propia dirección de la empresa. La supresión del último inciso que se propone no provoca ninguna laguna, ya que los empleados con amplios poderes siempre van a poder ser considerados representantes legales o administradores de hecho”.

Se trata, en definitiva, de una derivación de responsabilidad penal desde un tipo de responsabilidad civil cuasi objetiva basada en los criterios antes apuntados *culpa in eligendo* (en mucha menor medida *in vigilando*), y en la teoría del riesgo, interés o beneficio (*qui sentire commodum, debet sentire incomodum*). Según la primera, se hace responsable al sujeto por la incorrecta elección de la persona encargada. Es una responsabilidad por la infracción de un deber (civil). En el caso de la *culpa in vigilando*, ésta se concreta en la exigencia de control, con el objeto de poder mantener un conocimiento continuado de la labor que el órgano está llevando a cabo, relativa a las funciones que a éste le han sido encomendadas. Según la tercera (teoría civil del riesgo, interés o beneficio), el provecho que se obtiene de una actividad que puede generar daños a terceros obliga a afrontar también las consecuencias de tales perjuicios. Esta teoría de la creación del riesgo tiene un carácter objetivo aún más marcado que las anteriores pues, según ésta, *ab initio* se asumen los perjuicios (las consecuencias) derivados de la materialización de los riesgos que generan las actividades realizadas por el gestor o empleado con ocasión del servicio o función que se le encomienda. Constituyen un modelo de responsabilidad cuasi objetiva o responsabilidad vicaria por el riesgo creado; todo lo expuesto, según su formulación civil que ahora el legislador parece trasladar al ámbito penal, con las gravísimas consecuencias que ello conlleva.

Por otra parte, se suscitan dudas sobre la naturaleza subjetiva del incumplimiento de las obligaciones de control que posibilitan el delito. No se establece ningún límite, por lo que parece que cabe tanto el incumplimiento doloso, en sus diferentes modalidades, como también el mero incumplimiento imprudente de los deberes de control, pudiendo establecerse como único límite la exigencia de que ésta sea grave, siguiendo el criterio del Código de limitar los delitos imprudentes a esta modalidad (ya que remite como máximo a las faltas en los supuestos en que la imprudencia es leve)<sup>(21)</sup>. De este modo, la falta de control imprudente de los primeros (socios) da lugar (o supuestamente favorece) a la comisión de un delito doloso por parte del empleado dependiente orgánicamente del administrador, lo que sorprendentemente deriva en una condena dolosa de la sociedad. Reiteramos la imperiosa necesidad de predeterminar legalmente cuáles son esos modelos de organización en materia de control que hay que adoptar (qué mecanismos de control son idóneos y eficaces en cada caso concreto), generando en caso contrario intolerables dosis de inseguridad jurídica.

A todo lo anterior, debe añadirse que en determinados casos podríamos estar ante un supuesto de responsabilidad omisiva de los administradores, por la no evitación del comportamiento delictivo de sus dependientes directos, mode-

---

(21) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, p. 21.

lo que no queda claro que pueda ser compatible con la fórmula de RPPJs, pues en caso positivo daría lugar a una triple responsabilidad penal por el mismo comportamiento delictivo.

Obsérvese cómo el modelo de RPPJs adoptado parece trasladar no sólo el fundamento, sino también buena parte de los requisitos o criterios de aplicación de la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica derivada del delito, que en nuestra regulación se contiene en el art. 120.4 CP, referido a la citada responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica por las actuaciones de sus administradores y empleados.

La primera exigencia contenida en el art. 120.4 es la existencia de una relación de dependencia entre la empresa y el autor del hecho delictivo. En concreto, la “relación de dependencia” se interpreta no sólo como vínculo o relación jurídico-laboral formal, sino también como relación “de hecho”, en virtud de la cual es suficiente que el autor de la conducta delictiva realice su actividad bajo el beneplácito o aquiescencia de los responsables. Basta, en definitiva, que se trate de personas “en cierto modo dependientes” de la empresa o sociedad y que actúen en el ámbito de tal actividad (teoría de la apariencia). En segundo lugar, el mecanismo que da lugar a la responsabilidad civil subsidiaria exige la extralimitación del sujeto en el ámbito o sector de competencias que tiene atribuidas (nexo de ocasionalidad). En tercer y último lugar, se requiere que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación; esto es, que se haya realizado en el marco de la relación que el sujeto ostenta con la persona jurídica. Así, cabe proceder a la exclusión de la responsabilidad (civil subsidiaria) en los casos de desconexión total del acto delictivo realizado, respecto a la relación de dependencia de la empresa (STS de 1 de julio de 1994 [RJ 1428\1994]), cuando por ejemplo la actividad delictiva ha sido llevada a cabo fuera del lugar de trabajo y fuera del horario laboral y por causas o fines personales ajenos a la actividad de la empresa, y en el caso de los administradores fuera de las competencias que como gestores tienen atribuidas fáctica o jurídicamente.

En resumen, como resultaría completamente intolerable atribuir a sujetos individuales una responsabilidad penal absolutamente objetiva, reprobada en amplios sectores del Derecho civil, se diluye el efecto trasladándosela a la persona jurídica, ámbito en el que se digiere mejor. En consecuencia, ya no sólo tenemos el reproche por hechos ajenos, sino que además se trata de un reproche de carácter objetivo, sin especiales consideraciones sobre la actitud concreta del sujeto en cuestión.

## V. DOBLE VÍA DE IMPUTACIÓN: ADMINISTRADORES Y EMPLEADOS SOMETIDOS AL CONTROL DE LOS ADMINISTRADORES

El art. 31 bis establece una doble vía de imputación (dos categorías personales) para determinar la RPPJ: a) Delito cometido por el administrador o representante de la sociedad (delito cometido en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación) b) Delito cometido por un empleado sometido al control del administrador (infracciones por ausencia de control sobre los empleados de la persona jurídica).

a) El primer supuesto se refiere al **administrador o representante** (“sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”). La representación es —junto a la gestión— una de las dos funciones que componen la administración de la sociedad. i) Gestión de los asuntos sociales (actuación interna) que comprende todas las obligaciones orientadas al cumplimiento del objeto social. ii) Representación de la sociedad (actuación externa): El administrador representa a la sociedad tanto en juicio como fuera de él. Esta representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Como consecuencia de la eficacia externa de la actuación del administrador, la sociedad quedará obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, incluso cuando se desprenda de los estatutos sociales inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está incluido en el objeto social. La referencia expresa a la representación, contenida en el primer inciso del precepto, tiene por objeto evitar cualquier laguna de punibilidad en aquellos supuestos puntuales en los que se ejerzan determinadas tareas de representación sin que técnicamente (legalmente) se pueda hablar de una administración (por ejemplo, los liquidadores de la sociedad); debe en todo caso advertirse que probablemente esos supuestos podrían también subsumirse en el concepto de “administrador de hecho”<sup>(22)</sup>.

Los **administradores de hecho** son quienes realizan actos de administración (gestión o representación de la sociedad cualificada) “sin ser administradores”; se trata de un concepto especial [utilizado también en el ámbito de los delitos societarios (artículos 290 a 297 CP) y en el art. 31.1 CP] frente a un eventual concepto mercantil, que lo definiría como aquel sujeto que ejercita “de hecho” los poderes inherentes al puesto de administrador, sin estar regularmente (legítimamente) investido para ello —porque nunca ha sido nombrado administrador, porque su mandato ha sido revocado, porque ha dimitido, etc.— El recurso al concepto especial indicado permite hacer frente, desde el punto de

---

(22) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, p. 17, estima que el término representante debe interpretarse de modo estricto.

vista penal, a situaciones en las que el sujeto que lleva a cabo la conducta típica no reúne la condición de administrador (de derecho), pero tampoco es un órgano que actúa de forma irregular (se trata, por ejemplo, de cargos directivos como gerentes y demás apoderados de la sociedad). Como hemos dicho, según tal concepto, el administrador de hecho desempeña las funciones de administración sin título legítimo (irregularmente), circunstancia que de ninguna manera se da en los sujetos citados, quienes llevan a cabo las funciones de gestión y representación en virtud de un título legítimo, constituido por el acuerdo de apoderamiento<sup>(23)</sup>. En aquellos supuestos en que **el administrador** (de derecho) **es otra sociedad** (administrador persona jurídica) las exigencias legales habrá que entenderlas referidas a la persona física representante (artículo 143 Reglamento del Registro Mercantil).

b) El segundo supuesto se refiere a **determinados trabajadores de la sociedad** (“quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior — representantes legales y administradores de hecho o de derecho—, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”). En base a la estructuración jerárquica piramidal propia de las sociedades a partir de determinado tamaño, estimo que habrá que entender que el legislador se refiere únicamente a los empleados sometidos a la *autoridad directa* de los administradores, y no a los restantes empleados no sometidos a esa directa relación<sup>(24)</sup>. Tal decisión es, en todo caso, un claro exponente del efecto extraordinariamente expansivo de la regulación, que extiende hasta un tercer nivel (accionistas de control-administradores-empleados) la fuente generadora de responsabilidad para la propia entidad. Los titulares del capital ya no sólo deben controlar a los administradores, gestores sociales en sus labores de gestión, sino también asegurarse de que (específicamente en el momento de su elección) éstos, a su vez, ejercerán de modo adecuado sus labores de control sobre los subordinados.

---

(23) *Ibidem*, p. 17, aboga por un concepto restrictivo, excluyendo del concepto a personas subordinadas al administrador de derecho, como los jefes de obra, encargados del servicio directores de zona, al no ser personas susceptibles de control directo por los órganos de gobierno de la sociedad.

(24) En sentido similar, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, p. 19: Sujetos sometidos a la autoridad de los administradores y representantes (todo el sujeto que opere bajo el ámbito de dirección de los administradores, incluidos los que sin estar vinculados formalmente a ella por contrato laboral o mercantil sí desarrollan para la misma sus actividades sociales integrados en su ámbito de dominio social).



Las dudas respecto a la adecuación del modelo se intensifican cuando comprobamos que el único supuesto (de entre todos los ahora reprimidos penalmente) que puede ser merecedor de cierto reproche penal podría dar lugar a responsabilidad penal por omisión impropia de los encargados de controlar a los administradores. De un modo sucinto, se trataría de la posibilidad de acudir a la injerencia como fuente que eventualmente determine el nacimiento de una posición de garante sobre quien ha creado una situación de peligro. Debe quedar claro que no nos referimos a la (inadmisible) determinación de responsabilidad por *culpa in eligendo* (responsabilidad objetiva por la errónea elección del subordinado), sino únicamente a la posible presencia de una posición de garante en virtud de una intervención previa que sólo con el resto de los elementos de la omisión impropia podría determinar una responsabilidad omisiva. Únicamente podría plantearse cuando la elección se haya producido existiendo suficientes datos conocidos relativos a la evidente inidoneidad del sujeto en cuestión (falta de capacidad, antecedentes en una mala gestión, previas sanciones penales o extrapenales, etc.) para llevar a cabo las funciones que se le encomiendan.

## VI. OTROS REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DEL MODELO

El art. 31 bis exige también que los *delitos sean cometidos en nombre o por cuenta de las sociedades*; estimo que “por su cuenta” pretende hacer referencia a aquellas actuaciones realizadas en nombre de éstas, y que por lo tanto las obligan<sup>(25)</sup>, haciéndoles soportar sus consecuencias<sup>(26)</sup>. En lo que respecta a la exigencia de que se actúe también “en su provecho” considero que habrá que entenderlo como referido a aquellas actividades realizadas en beneficio o utilidad de la sociedad. Se intuye que el objetivo central es evitar el castigo de las personas jurídicas cuando ellas sean las principales víctimas del comportamiento delictivo de sus gestores. Aun suponiendo que el objetivo del legislador con esas expresiones sea sólo intervenir frente a aquellas situaciones en las que el delito está realizado en favor de la propia entidad (actos delictivos tendentes a beneficiarla), no está claro que se haya tenido en cuenta que ese comportamiento del administrador no siempre tiene que obedecer a una confluencia de intereses; así, pensemos por ejemplo en la remuneración variable de los gestores en función del beneficio de la entidad. De este modo, la búsqueda de un beneficio (directo) para la sociedad (a través del delito) podría venir motivado por el

---

(25) RAE, 9.<sup>a</sup> acepción. f. Cuidado, incumbencia, cargo, obligación, deber. Correr por cuenta de uno. Ser de su cuenta. Quedar por su cuenta.

(26) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, loc. cit., p. 18: “que el sujeto actúe en el marco de sus funciones empresariales”.

beneficio indirecto que de él se puede derivar para el gestor social, y no ser sin embargo parte de la “política de empresa”<sup>(27)</sup>.

En lo relativo a la previsión de un modelo específico de circunstancias atenuantes, llama la atención, de modo especial, la prevista en el apartado d) del apartado 4 del art. 31 bis<sup>(28)</sup> (*haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*). Nos encontramos nuevamente ante una previsión determinante de un amplio grado de inseguridad jurídica, al no estar mínimamente predeterminado cuáles son esas medidas que el juez penal deberá considerar “eficaces para prevenir o descubrir delitos”. A lo anterior debe añadirse que, por lo general, en la práctica la “eficacia” no dependerá del tipo de medidas que se adopten y sí de la forma concreta en que *en el futuro* se ejecuten.

Otra de las previsiones escasamente acertadas se encuentra contenida en el segundo apartado del art. 130 para los supuestos de disolución, fusión, absorción y escisión de la persona jurídica (*la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos*). De acuerdo con la Exposición de Motivos de la reforma, la previ-

---

(27) *Ibidem*, p. 18: muchos la consideran irrelevante y perturbador. El provecho debe ser entendido en un sentido directo, como modo de obtener un beneficio empresarial o indirecto como un ahorro de costos a sabiendas.

(28) Art. 31.4: “Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

sión tiene por objeto evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión. Se presumen que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquella continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida, y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión. Sin embargo, esta previsión parece provocar una nueva vulneración del principio de personalidad de la pena, al trasladar la responsabilidad penal a otro ente distinto (el resultante), y además basta que posea una “identidad sustancial” y por lo tanto no necesariamente absoluta. Dicho principio constituye una exigencia de un Estado democrático que respeta la dignidad humana<sup>(29)</sup>; de acuerdo con él, como ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional, la pena sólo puede afectar derechos del condenado, y en modo alguno podrá extender sus efectos propiamente penales a terceros (cfr. SSTC 2/1981 [RTC 1981\2] y 131/1987 [RTC 1987\131])<sup>(30)</sup>.

El art. 31 bis contiene también, en su apartado 5, una cláusula de exclusión de la responsabilidad penal de determinadas personas jurídicas. Dispone, en concreto, que *las disposiciones relativas a la RPPJs no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.*

Por lo que respecta al fundamento de tal previsión, y en el caso de las enunciadas en primer lugar, se estima inadecuado detraer fondos de una serie de entidades que tienen por objeto el cumplimiento de fines públicos, ya que el incumplimiento de éstos podría ser la última consecuencia (*Estado, Administraciones Públicas territoriales e institucionales, Organismos Reguladores*). A

---

(29) MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995, p. 181.

(30) En idéntico sentido, CARBONELL MATEU, J.C.-MORALES PRATS, F., y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Personas jurídicas: art. 31 bis CP”, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 44, estiman que no puede transmitirse la responsabilidad penal, al ser incompatible con el régimen de derechos fundamentales imponer una pena por un delito a alguien cuya responsabilidad en él no ha sido demostrada.

continuación se enumera otro grupo de entidades en las que estas finalidades orientadas al interés general aparecen algo más diluidas (entidades estatales mercantiles, *Agencias y Entidades Públicas Empresariales, otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, como las cámaras de comercio o los colegios profesionales*). Finalmente, un tercer grupo de entidades, las cuales, si bien no desarrollan intereses públicos en sentido estricto, canalizan el ejercicio de determinados derechos fundamentales (partidos políticos y sindicatos)<sup>(31)</sup>. Ahora bien, no parece del todo clara la justificación, ya que el carácter delictivo o criminógeno de una entidad de este tipo precisamente podría menoscabar el ejercicio de tales derechos.

## VII. LAS PENAS Y CRITERIOS PARA SU IMPOSICIÓN

El art. 33, apartado 7, atribuye a todas las penas aplicables a las personas jurídicas la naturaleza de “penas graves”. El elenco de penas es el siguiente: a) **Multa por cuotas o proporcional**. b) **Disolución de la persona jurídica**. *La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita*. c) **Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años**. d) **Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años**. e) **Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito**. *Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años*. f) **Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años**. g) **Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años**<sup>(32)</sup>.

---

(31) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, loc. cit. p. 21.

(32) CARBONELL MATEU, J.C., MORALES PRATS, F., y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Personas jurídicas: art. 31 bis CP”, loc. cit., p. 46 proponen la pena de “publicación de la sentencia condenatoria” ya que “es una pena de gran utilidad preventivo-general y escaso coste (su empleo es muy limitado —arts. 288 bis y 327— y en este último lo consideran responsabilidad civil).

Entre las penas imponibles a las personas jurídicas, se añade, respecto a las anteriores consecuencias accesorias del art. 129, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Entre ellas, la multa adquiere un papel absolutamente preponderante, teniendo el resto de penas un carácter excepcional. Con relación a la multa impuesta a las personas jurídicas, se prevé el posible fraccionamiento del pago cuando exista peligro para la supervivencia de aquéllas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general.

Frente a lo que sucedió con el modelo de las consecuencias accesorias, el legislador opta por fin por ofrecer un concepto de “intervención”, una de las cuestiones entonces más demandadas<sup>(33)</sup>. De este modo, se dispone que *la intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.*

Se establecen criterios específicos para ayudar al juzgador a elegir entre las diferentes penas. Curiosamente tales criterios coinciden en buena medida con los que en su momento se previeron para las consecuencias accesorias; así el nuevo art. 66 bis dispone que en los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. En efecto, los criterios contenidos en los dos primeros

---

<sup>(33)</sup> Advierten CARBONELL MATEU, J.C., MORALES PRATS, F. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Personas jurídicas: art. 31 bis CP, de que la intervención judicial desaparece con la nueva Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y que por ello debería haberse adoptado el texto a esta nueva realidad.

apartados a) y b) coinciden con los presupuestos derivados de la interpretación del art. 129 CP en su anterior redacción. En concreto, disponía en su tercer apartado que las consecuencias accesorias estaban orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos. Es éste un criterio basado en el uso peligroso que del ente hace el sujeto. Consiguientemente, el factor central que ahora también debe tener en cuenta el juez para proceder o no a su imposición es si la medida contribuye (o no) a evitar que continúen reproduciéndose las conductas lesivas para el bien jurídico (criterio de adecuación material). Lo relevante es, por tanto, la previsión de futuras acciones delictivas, y no tanto el hecho delictivo previo. Junto al criterio expuesto legalmente, podía deducirse otro que también debía modular y servir a la vez de límite al anterior. Se trataba, en concreto, de conjugar la obligación de impedir la continuidad de la actividad delictiva con la necesidad de evitar también, y en la medida de lo posible, perjuicios a los sujetos o colectivos que, sin haber participado en dicha actividad, pudieran verse directamente afectados por la aplicación de estas medidas, como sucede, por ejemplo, y de un modo especial, con los trabajadores y acreedores de la sociedad. A los primeros hace ahora expresa referencia el precepto.