

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y
SOCIEDADES DE PEQUEÑAS DIMENSIONES. A
PROPÓSITO DE LA STS 894/2022, DE 11 DE NOVIEMBRE

Dr. Carlos Bautista Samaniego

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL	2
II. LA PROPORCIONALIDAD COMO VÍA DE FLEXIBILIZAR LA EXIGENCIA DE COMPLIANCE Y DE LIMITAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PEQUEÑAS SOCIEDADES	3
III. EL FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y DE SU EXENCIÓN	6
IV. LA STS 984/2022	8
4.1 <i>Los hechos</i>	8
4.2 <i>La acusación</i>	9
4.3 <i>La condena</i>	9
4.4 <i>La casación</i>	10
4.5 <i>La posición de la Sala</i>	10
V. CONCLUSIONES	12

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y SOCIEDADES DE PEQUEÑAS DIMENSIONES. A PROPÓSITO DE LA STS 894/2022, DE 11 DE NOVIEMBRE

*Dr. Carlos Bautista Samaniego **

I. INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

El artículo 31 bis CP, en su versión final, a diferencia de lo que se planteó durante la elaboración de la norma, no excluye a persona jurídica alguna de carácter privado de la posible autoría de los delitos específicamente contemplados en la parte especial del Código Penal. Así, ni en el art. 20 del proyecto de Ley ¹, ni en la versión final del texto, se descartó la responsabilidad penal de las personas jurídicas en atención al tipo o tamaño de la sociedad, distinguiéndose sin más entre personas jurídicas de pequeñas dimensiones y aquellas que no lo son, exceptuando además a las personas jurídicas públicas ². De hecho, la única dispensa existente en el precepto se refiere a la innecesidad de que, en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión sean ejercidas por un órgano específico de control, bastando con que el órgano de administración las asuma directamente. A contrario *sensu*, ello implica que todas las sociedades, grandes o pequeñas, incluso con escasa complejidad estructural, se ven abocadas a adoptar una estructura de *compliance* caso de querer verse eximidas de responsabilidad. Incluso, la propia redacción del artículo 31 ter 1 CP, que permite modular la multa impuesta a personas físicas y jurídicas, según criterios de proporcionalidad, parece dar a entender que el legislador asume la cierta falta de proporcionalidad que encarna la simultánea imposición de una sanción penal a pequeñas

* Doctor en Derecho. Fiscal de la Audiencia Nacional.

¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS X legislatura serie a: proyectos de ley 4 de octubre de 2013 núm. 66-1.

² Art. 31 quinquies 1 CP: “*Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales institucionales, a los organismos reguladores, a las Agencias y Entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas*”. Sobre qué personas jurídico-públicas debemos incluir en el 31 quinquies 1 CP, véase FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo José. *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico penal*, en la obra colectiva Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ed. Cívitas- Thomson Reuters, Pamplona, 2016, 2ª Edición, págs. 60 a 66.

personas jurídicas y a su administrador, por lo que, aceptando tal posibilidad, *modula, que no elimina*, la pena de multa a imponer a ambas. Sin embargo, de aceptarse este planteamiento, la complejidad y el coste de la elaboración de un plan de cumplimiento puede hacer inviable económicamente el futuro de una pequeña sociedad.

II. LA PROPORCIONALIDAD COMO VÍA DE FLEXIBILIZAR LA EXIGENCIA DE COMPLIANCE Y DE LIMITAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PEQUEÑAS SOCIEDADES

Desde el prisma de la falta de proporcionalidad surgen los primeros intentos de limitar, que no suprimir, la responsabilidad de las pequeñas sociedades mediante la relajación de las exigencias de *compliance*.

Doctrinalmente ³ se señala que la llamada a la proporcionalidad es común a toda una serie de instrumentos internacionales, como la *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* de la OCDE, en cuya última edición de 26 de noviembre de 2021, tras hacer un llamamiento a la existencia de controles internos en pequeñas y medianas empresas ⁴, se reconoce que la guía debe tener una aplicación flexible respecto de dichas empresas ⁵. En el mismo sentido, también se trae a colación el *United States Sentencing Commission Guidelines Manual*, cuya última edición es de 2021, que regula en su capítulo VIII, páginas 509 a 553, las sentencias sobre organizaciones. En el apartado correspondiente a *Effective Compliance and Ethics Program*, la guía hace hincapié en el tamaño societario a la hora de establecer un medio informal de cumplimiento de sus exigencias para las pequeñas organizaciones ⁶.

³ CASANOVAS, Alain, *Compliance normalizado. El estándar UNE 19601*, Ed. Thomson Reuter Aranzadi, Madrid, 2017, págs. 59 a 61.

⁴ Recomendación 23.C.ii: *business organisations and professional associations, where appropriate, in their efforts to encourage and assist companies, in particular small and medium size enterprises, in developing internal controls, ethics, and compliance programmes or measures for the purpose of preventing and detecting foreign bribery, taking into account the Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance, set forth in Annex II hereto*

⁵ Introduction Anexo II, Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance: *This Guidance is flexible, and intended to be adapted by companies, in particular small and medium sized enterprises (hereinafter “SMEs”), according to their individual circumstances, including their size, type, legal structure, and geographical and industrial sector of operation, as well as the jurisdictional and other basic legal principles under which they operate.*

⁶ Pág. 520. *In meeting the requirements of this guideline, small organizations shall demonstrate the same degree of commitment to ethical conduct and compliance with the law as large organizations. However, a small organization may meet the requirements of this guideline with less formality and fewer resources than would be expected of large organizations. In appropriate circumstances, reliance on existing resources and simple systems can demonstrate a degree of commitment that, for a large organization, would*

En España, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado no prescinde de la exigencia de responsabilidad penal a las pequeñas sociedades, sino que hace un llamamiento a la flexibilidad en la demostración de su compromiso ético mediante una *“razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal”*.

No excluye ningún tipo de sociedades, sino que afirma que *“La única especialidad que el Legislador dispensa a estas entidades consiste en eximir las del cumplimiento de la condición segunda del apartado anterior, de modo que las funciones del oficial de cumplimiento las desempeñe directamente el órgano de administración. Se mantiene, por lo tanto, la obligación de adoptar los modelos de organización y gestión, con los requisitos contemplados en el apartado 5”*.

La consecuencia será que *“las características de los modelos de organización y control de estas personas jurídicas de pequeñas dimensiones deberán acomodarse a su propia estructura organizativa, que no puede compararse con la de las empresas dotadas de una organización de cierta complejidad, que les viene en buena medida legalmente impuesta”*.

Únicamente se descartan las llamadas sociedades pantalla, encaminadas a la comisión de delitos, en cuanto que *el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales, aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo”*.

Dichas personas jurídicas serán inimputables cuando carezcan de cualquier clase de actividad legal o cuando lo sea de manera meramente residual y aparente para lograr sus propios propósitos delictivos.

Nótese, sin embargo, que el fundamento último de la exclusión de las sociedades pantalla predeterminadas al delito reside en la ausencia de desarrollo organizativo, argumentación que será absolutamente trascendente cara a la posible exclusión de la responsabilidad penal de

only be demonstrated through more formally planned and implemented systems.

pequeñas sociedades, no encaminadas a la comisión de delitos, con existencia real y actividad cierta y tangible, pero dotadas de escasa complejidad organizativa.

Con relación a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en esta materia, cabe subrayar que tradicionalmente optó por un llamamiento a la proporcionalidad, pero sin exceptuar claramente a las pequeñas personas jurídicas de la exigencia de compromiso con el derecho y, por ende, del marco de responsabilidad penal fijado en el artículo 31 BIS CP, limitándose a expulsar de la norma a las sociedades pantalla.

La primera sentencia que con rigor y profundidad abordó el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la STS 156/2016, de 29 de febrero, aparta del ámbito de aplicación del artículo 31 bis CP a las sociedades ficticias, pero no aborda realmente la problemática de las pequeñas sociedades ⁷. A pesar de ello, deja como eje esencial de la exclusión de las primeras la ausencia de una estructura organizativa real que pudiera fundamentar la exigencia de responsabilidad, lo cual resultará capital ⁸.

La posterior STS 221/2016, de 16 de marzo, tras reafirmar que la esencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas reside en su carácter de delito corporativo, hace referencia a un defecto

⁷ *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, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante “consecuencia accesoria” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento.*

⁸ *“Lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP, especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 par. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”.*

estructural en los mecanismos de prevención exigibles a *toda persona jurídica*⁹.

Sin embargo, la reciente reforma operada por la Ley 18/2022, que permite que las sociedades de responsabilidad limitada se constituyan con un simple capital social no mayor de un euro, e introduce simultánea responsabilidad personal de los socios por la diferencia existente entre el capital social fijado y la cifra de 3.000 euros, nos pone de manifiesto el resultado profundamente insatisfactorio que produce la extensión ilimitada del régimen de la responsabilidad penal de la persona jurídica a cualquier tipo de sociedades, especialmente respecto de aquellas cuya estructura es extremadamente simple y apenas encubre a la persona física que la ha constituido, que resulta ser la mayor parte de las veces su administrador único, en un fenómeno bastante común de huida de la responsabilidad universal del comerciante individual.

III. EL FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y DE SU EXENCIÓN

Como señaló en su día la STS 234/2019, de 8 de mayo, el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica radica en su consideración como delito corporativo, por la existencia de un defecto estructural en los mecanismos de prevención. Esto viene a reconocer que es precisa la existencia de una organización que posea una cierta entidad para que podamos hablar de *defecto estructural*.

En esta línea se ha decantado la parte más relevante de la doctrina, que ha abogado por la introducción del llamado *actor corporativo*, entendiendo que *únicamente un actor corporativo puede cometer un delito corporativo*¹⁰. Se entenderá por actor corporativo *“aquella persona jurídica que goza de un sustrato –sc. estructura– organizativo-material suficiente para considerarse como una entidad independiente de las personas físicas. De conformidad con este planteamiento sólo un actor corporativo tiene capacidad para cometer un delito corporativo puesto que sólo a aquellas personas jurídicas que gozan de una cierta estructura organizativo-material puede reprochárseles dicho déficit”*¹¹. De esta manera, *“sólo esos actores corporativos dotados de sustrato organizativo- empresarial propio son los destinatarios primigenios*

⁹ “El hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física. Pero habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa”.

¹⁰ GÓMEZ JARA, Carlos, *Actor Corporativo y Delito Corporativo*. Ed. Aranzadi, 2020. pág.18

¹¹ GÓMEZ JARA, *op. cit*, pág. 26.

*de los estándares nacionales e internacionales de Compliance”*¹².

La consecuencia inmediata de dicha consideración es que podemos distinguir entre sociedades imputables y sociedades inimputables. Esto es, de la misma forma que en *el Derecho penal de las personas físicas no todas las personas físicas son imputables, en el Derecho penal de las personas jurídicas no todas las personas jurídicas deben ser consideradas imputables per definitionem*¹³. Y ello porque sólo en las estructuras complejas podremos encontrar una voluntad propia e independiente de la de la persona física que comete la infracción, y que las hará susceptibles de reproche penal¹⁴. La doctrina profundiza en la cuestión, haciendo un más que sugestivo planteamiento sobre escalas de imputabilidad de las pequeñas sociedades, distinguiendo entre aquéllas personas jurídicas que carecen de estructura compleja, en que el socio único es administrador único y empleado (que serían inimputables), aquellas otras que tendrían algún tipo de organización, aunque no compleja, y asalariados no socios, las cuales podrían ser semi-imputables, a las que habría que aplicar el artículo 31 ter) CP, y la regla de modulación de la multa, y, finalmente, las sociedades con estructura suficientemente desarrollada y compleja, totalmente imputables¹⁵. Sólo en estas sociedades resultaría razonable la instauración de un plan de cumplimiento.

Como hemos visto, el planteamiento anterior subyacía tanto en las argumentaciones de la Circular de la Fiscalía General del Estado como en las contenidas en sentencias del Tribunal Supremo arriba citadas a las que, sin embargo, les faltaba dar un paso más allá de su limitada aplicación a las sociedades pantalla, sin existencia real y puro instrumento al servicio del delito, con ausencia de una verdadera

¹² GÓMEZ-JARA, *op. cit.*, pág. 27.

¹³ GÓMEZ-JARA, *op. cit.*, pág. 28.

¹⁴ GÓMEZ-JARA, *op. cit.*, págs. 30 y 31.

¹⁵ GÓMEZ-JARA, *op. cit.*, págs. 37 a 46. El autor propone una distinción según trabajadores y facturación. Así, siguiendo la Directiva 2013/34/UE: “Las microempresas, caracterizadas por tener menos de 10 trabajadores y una facturación anual menor a 10 millones de Euros, deberían ser consideradas semi-imputables y serles de aplicación las disposiciones del Art. 31 ter) CP. Las exigencias de Compliance deberían ser mínimas debido a que, en última instancia, no cuentan con una identidad independiente a la de las personas físicas. Las Pequeñas Empresas –sc. menos de 50 empleados y facturación anual menor a 10 millones de Euros– tienen unas exigencias menores de Compliance, pero los sistemas de gestión de Compliance ya adquieren pleno sentido en las mismas –sobre todo los estándares como la ISO 19.600 que contiene Directrices y no Requisitos–. Dichas menores exigencias encuentran amparo legal en las matizaciones que realiza el propio Código penal para las “empresas de pequeñas dimensiones”. A mayor abundamiento con las Medianas Empresas –sc. menos de 250 trabajadores y facturación anual menor a 50 millones de Euros– y las Medianas Empresas los sistemas de gestión de Compliance resultan absolutamente coherentes. Por supuesto, las Grandes Empresas son el actor Corporativo por excelencia para la adopción de sistemas de gestión de Compliance y se enfrentan a problemáticas sustancialmente distintas a las anteriores. Págs. 49 a 51.

actividad, organización o infraestructura. Este paso, dejando a un lado relevantes ejemplos en instancias judiciales inferiores, lo dará la STS 894/2022, de 11 de noviembre, como consecuencia natural de los fundamentos dogmáticos ya recogidos en la jurisprudencia, aunque precedida en este punto por la STS 747/2022, de 27 de julio ¹⁶ .

IV. LA STS 984/2022

4.1 *Los hechos*

En el año 2014, día 19 de marzo, la denunciante C. M. C suscribió un contrato de asociación con la entidad E.C.T S.L., en cuyo nombre actuó el acusado O.G.S, de la cual era administrador y representante legal el también acusado J.M.M.

C. inició su negocio en Rúa XX de Lugo, como local franquiciado de E.C.T SL y abonó a la sociedad la cantidad de 6000,50 euros, mediante transferencia bancaria realizada el día 29 de marzo siguiente, en concepto de reserva de zona y servicios adicionales asesoramiento, plano 3D, estudio de mercado etc-; la entidad asumió la obligación de suministrarle “los productos propios para el desarrollo del negocio”, haciéndose mención en la cláusula núm. 6.5 del contrato que era distribuidora de marcas reconocidas (D&G, Relish, Rare, Nolitat Antony Morato...) con continuidad sujeta a posibles variaciones.

En el mes de junio de 2014 C. solicitó a la entidad nueva mercancía, ofreciéndole el acusado J.M.M ropa que indicó ser de la marca “Amelie Arnour”, presentándola como una prestigiosa marca creada en el año 1976 en París por la diseñadora y actriz Amelie Le Pen, cuyas prendas se producían en una fábrica sita en Villepinte, a 15 km de París, y en cuyos sus talleres se realizaba todo el proceso de manufactura. C. aceptó el ofrecimiento, adquirió prendas -un lote Amelie 608 euros y vestido Amelie 19 euros-, en la creencia de que la información que le había sido facilitada era cierta, y recibió diversas prendas en su

¹⁶ Que hace mención a que “El régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable. Cuando el condenado penalmente como persona física es titular exclusivo de la sociedad, no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar, no ya solo el principio del non bis in idem, sino la misma racionalidad de las cosas... Se dice que la sanción a la persona jurídica se funda en la ausencia de un sistema interno de prevención eficaz. Eso ha permitido hablar a la jurisprudencia de un delito corporativo y establecer un fundamento diferenciado de la sanción, así como hablar de autorresponsabilidad. Pues bien, resulta absurdo imponer a la persona física titular única de la mercantil dos penas: una por la comisión del delito: y otra por no haber establecido mecanismos de prevención de sus propios delitos! Opera el principio de consunción: al castigar al responsable penal del delito se está contemplando y sancionando también su desidia e indiferencia (!) por no prevenir sus propios delitos; su, digamos en la nomenclatura extendida, falta de cultura de respeto a las normas».”

tienda. Para su abono hizo entrega de prendas de otras marcas más una cantidad adicional de 300 euros. En todo caso, la denunciante descubrió que dichas prendas no se correspondían con la oferta y que, en realidad, habían sido fabricadas por un almacén de venta al por mayor, por la entidad M. S.L., y posteriormente reetiquetadas como Amelie Arnour, marca que aún no había sido inscrita en ese momento.

Finalmente, C comunicó a la entidad E.C.T SL la rescisión del contrato de asociación suscrito entre ambos, el día 10 de julio de 2014.

4.2 La acusación

Durante la instrucción, fueron llamados a declarar como imputados los dos administradores solidarios, no así la sociedad, y en el curso de su declaración se les pregunta por esos hechos que, presumiblemente, se califican como delito de estafa, sin que se formule a ninguno de ellos pregunta alguna que pudiera guardar relación con el delito corporativo en que se supone que podría haber incurrido la sociedad.

Más tarde, el Ministerio Fiscal presenta su escrito de acusación, calificando los hechos como delito de estafa de los arts. 248 y 249 CP, acusando solo a los dos administradores, aunque solicitando que, junto con ellos, se declare la responsabilidad civil directa de la sociedad. Por su parte, la denunciante, constituida como acusación particular, en su escrito de acusación relaciona elementos fácticos que aparentemente apunten al delito corporativo del que acusa a la sociedad y, sin embargo, le imputa el mismo delito de estafa que a las dos personas físicas.

Finalmente, el auto de apertura de juicio oral tiene por formulada acusación contra las dos personas físicas y contra la jurídica, para los tres por el mismo delito de estafa de los arts. 248.1º, 249 y 250.6º CP., presentando, a continuación, sus respectivos escritos de defensa los tres acusados. Los de J.M y E.C.T SL son sustancialmente iguales.

4.3 La condena

La Audiencia Provincial condenó a J.M.M y a E.C.T SL como autores criminalmente responsables del delito de estafa, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas. Se impone a J.M.M, a las penas de prisión de 1 año y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a E.C.T SL, a pena de multa del doble de la cantidad defraudada, en total 1.854 euros.

4.4 La casación

La defensa de la persona jurídica presenta recurso de casación “*Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el Art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de preceptos de carácter sustantivo, los artículos 248, 249, 109, 110, 116 y 123 del Código Penal; todos ellos en relación con los artículos 27 y 28 del Código Penal*”. Nótese que no se contiene mención alguna a la posible infracción del artículo 31 BIS CP. Tampoco se articula un motivo específico con este contenido. No obstante, la sentencia salva este defecto impugnativo aludiendo a que “*aunque no hay un desarrollo expreso, en la medida que se interesa la absolución de los dos condenados, uno de los cuales es una persona jurídica, la voluntad impugnativa que subyace en el recurso nos ha de llevar a dedicar la atención a esta cuestión*”.

4.5 La posición de la Sala

Tras subrayar que la persona jurídica no fue oída como investigada, lo cual parece ser un defecto común a muchas de las instrucciones que se realizan con personas jurídicas, la sentencia hace hincapié en un elemento mollar de las declaraciones de las personas físicas imputadas: no se formuló a ninguno *de ellos pregunta alguna que pudiera guardar relación con el delito corporativo en que se supone que podría haber incurrido la sociedad*. Además, pone de manifiesto la sentencia del alto tribunal que las *actuaciones practicadas no habían puesto de relieve indicio alguno que apuntase a un propio delito corporativo que debiera llevar a su imputación*, por lo que la apertura de juicio oral contravino lo dispuesto en el artículo 783.1 Lecrim, y hubiera debido dictarse auto de sobreseimiento libre del artículo 637.2 Lecrim, ante la ausencia de delito corporativo.

Pone la sentencia el acento en el delito corporativo y en la falta de base fáctica que lo sustente, subrayando que premisa básica del delito de la persona jurídica es la existencia de una complejidad organizativa, dado que, existiendo criterios de imputabilidad propios de la persona jurídica, éstos pasan por “*los fallos en que, por defecto de organización o funcionamiento, incurra en el ejercicio de su actividad sobre la gestión, el control, la supervisión o vigilancia para la prevención del delito de que se trate, y todo ello sin prescindir de los criterios rectores del campo del derecho en que nos estamos moviendo, que es el penal, informado por principios como el de culpabilidad subjetiva, de manera que su responsabilidad habrá de serlo por la perpetración de su propio hecho corporativo y en función del reproche culpabilístico de dicho hecho, al margen y obviando criterios de responsabilidad objetiva, como supondría hacerla responsable por una simple transferencia*

acrítica del hecho cometido por la persona física; el cometido por ésta, como hecho de conexión, podría ser presupuesto de la comisión del de aquélla, pero no serviría como fundamento, que ha de buscarse en uno propio” .

En definitiva, la complejidad organizativa es presupuesto necesario para que podamos hablar de defecto estructural en los mecanismos de prevención y control que le fueran exigibles por razón de su organización, de manera que *“cabrá hablar de imputabilidad respecto de aquéllas que presenten un cierto grado de complejidad, con la consecuencia de que no todas las personas jurídicas serán imputables, sirviendo de apoyo, de alguna manera, para esto que decimos el distinto tratamiento que en orden a las funciones de supervisión se establecen en el propio art. 31 bis CP para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, en comparación con los mecanismos de compliance propios de las de mayor complejidad” .*

La sentencia deja con acierto al margen la cuestión del *ne bis in idem* - pues se trata de sociedades reales y no puras pantallas, con existencia jurídica propia y actividad real- y se centra en el elemento complejidad para fundamentar la falta de imputabilidad: *“en el caso que nos ocupa nos encontramos con una sociedad, que, si bien formalmente contaba con dos socios administradores solidarios, solo uno de ellos ejercía sus funciones como tal, como lo evidencia que la sentencia de instancia condena exclusivamente a uno; y no solo eso, sino que lo que nos parece determinante es que se trata de una sociedad de tan mínima complejidad que era la forma de presentarse al público, a través de ella, su administrador, que, como persona física, ha sido condenada, o, dicho de otra manera, era tan mínima su complejidad, que difícilmente se diferenciaba el socio de la propia sociedad”* ¹⁷ .

Faltando dicha complejidad, *“ni siquiera cabría apreciar la culpabilidad que derivaría del incumplimiento de unos deberes de supervisión y control, que si, como hemos dicho, quedan consumidos en la propia dinámica delictiva del administrador que delinque, bastará con la condena de este, y la absolución de la persona jurídica procederá por su consideración como inimputable, debido a que no cabe estimar que concurra en ella el elemento de culpabilidad, en la medida que es incompatible con su naturaleza hablar de mecanismos internos de control y, en consecuencia, de cultura de respeto a la norma, a partir de la cual se residencia su capacidad de culpabilidad. Lo determinante es la existencia de una complejidad interna, presumible a partir de un suficiente sustrato material organizativo, que, si falta, falta el presupuesto para hablar de imputabilidad penal, por inexistencia de capacidad de culpabilidad, ya que, debido a su mínima estructura, no se da la base desde la que conformarla, y es que, no habiendo posibilidad de establecer mecanismos de control, no puede surgir el fundamento de su responsabilidad, de ahí que no toda sociedad pueda*

¹⁷ Ahora bien, falta de complejidad no se identifica sin más con sociedades unipersonales pues, como recalca la sentencia, puede haber complejidad en dichas sociedades.

considerarse imputable en el ámbito penal, y, esto que decimos, encuentra apoyo en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en la medida que los mecanismos de control lo pone en relación con las dimensiones de la persona jurídica”.

V. CONCLUSIONES

La sentencia extiende la inaplicación del régimen de responsabilidad penal del artículo 31 BIS a aquellas sociedades sin estructura organizativa compleja. En este sentido, proyecta a éstas la doctrina que ya había sentado respecto de las sociedades pantalla.

La base de todo ello está en el concepto de autor corporativo: sólo un autor corporativo puede cometer un delito corporativo.

La esencia del autor corporativo es la complejidad de la organización. Únicamente una organización compleja debe acudir a mecanismos de compliance. La falta de tales mecanismos fundamentará la antijuricidad de la conducta, pues estaremos ante un estado de cosas que facilitará la comisión de delitos en su seno, residiendo su culpabilidad en la ausencia de cultura de cumplimiento, en la falta de compromiso con el derecho ¹⁸.

La ausencia de complejidad organizativa será en evidente en casos de socio unipersonal y administrador único con ausencia de otros trabajadores. En estos casos, podremos hablar de persona jurídica inimputable, por ausencia de capacidad de culpabilidad, a la que cabría aplicar el artículo 637.3 LECrim.

Habrán otros casos menos evidentes, que tendrán que dilucidarse en atención a datos concretos obrantes en la causa, tomando en cuenta la existencia de algún tipo de organización, aunque no compleja y asalariados no socios, sociedades que podrían ser semi-imputables, aplicándoseles la modulación prevista en el artículo 31 ter 1 CP.

Al resto de las personas jurídicas les sería de aplicación el artículo 31 BIS CP.

En fase de instrucción, al estar ante una cuestión puramente fáctica, será preciso citar a la persona jurídica en calidad de investigada, determinar su composición accionarial, estructura, trabajadores, cuenta de pérdidas y ganancias, cifra de negocio, actividad. A partir de ahí, podremos determinar su imputabilidad y, en su caso, abordar el sobre-

¹⁸ Que es lo que mantiene GÓMEZ JARA, Carlos, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas, págs. 164 a 177. A modo de resumen, y en la página 176: “*el concepto clave a la hora de analizar la culpabilidad de la persona jurídica es la cultura empresarial... la falta de una cultura de cumplimiento de la legalidad equivale a una cultura de incumplimiento de la legalidad. Precisamente por ello, la carencia de una adecuada cultura de compliance equivale a una defectuosa cultura de compliance*”.

seimiento libre del artículo 637.3 LECrim.

Es preciso que la acusación describa la existencia de los elementos del delito corporativo en su escrito de acusación. No será suficiente una mera alusión a los artículos del Código Penal que fundamentan la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De no describirse el sustrato fáctico del delito corporativo, no procederá la apertura de juicio oral, sino acordar el sobreseimiento libre del artículo 637-2 Lecrim ¹⁹

La sentencia que en su caso se dicte deberá también explicar por qué estamos ante un actor corporativo y en qué ha consistido el delito corporativo.

¹⁹ GÓMEZ JARA, *Autor corporativo cit.* págs. 106 y 107.