

Bernardo del Rosal Blasco

Catedrático de Derecho Penal y abogado

ALGUNAS CUESTIONES ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

RESUMEN:

Este artículo examina los aspectos esenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia del TS español tras las reformas del CP de 2010 y 2015. El autor analiza la evolución doctrinal y judicial sobre el fundamento de esta responsabilidad, contrastando el modelo de autorresponsabilidad por hecho propio fundado en el «delito corporativo» y la omisión grave de deberes de supervisión o la ausencia de una cultura de cumplimiento (SSTS 154/2016 y 221/2016), frente a las tesis de la heterorresponsabilidad o culpa en la vigilancia. Asimismo, enfatiza que corresponde a la acusación probar el defecto estructural de control para respetar la presunción de inocencia. En segundo lugar, el trabajo aborda la delimitación del concepto formal de persona jurídica y la exclusión de entes como las sociedades pantalla o instrumentales —consideradas inimputables por falta de complejidad organizativa— y las empresas unipersonales, cuya sanción acumulada con la persona física vulneraría el principio *non bis in idem*. Por último, analiza la transferencia de responsabilidad penal y civil *ex delicto* en supuestos de sucesión empresarial (transformación, fusión, absorción y escisión) regulados en el artículo 130, núm. 2, del CP. El autor defiende que esta norma debe interpretarse con carácter antifraude y no como una responsabilidad objetiva automática, exigiendo la acreditación de elementos subjetivos o fines elusivos para trasladar la sanción a la entidad sucesora.

Palabras clave:

Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Tribunal Supremo, delito corporativo, modelos de prevención (compliance), autorresponsabilidad, presunción de inocencia, sociedades pantalla, personas jurídicas unipersonales, *non bis in idem*, sucesión de empresas.

ABSTRACT:

This article examines key aspects of corporate criminal liability in the case law of the Spanish Supreme Court following the 2010 and 2015 Penal Code reforms. The author analyzes judicial development regarding the basis of corporate liability, contrasting the self-responsibility model based on ‘corporate crime’ and the grave breach of supervision duties or lack of a compliance culture (SSTS 154/2016 and 221/2016), with heterolliability theories. It highlights that the prosecution bears the burden of proving structural control defects to uphold the presumption of innocence. Furthermore, the study addresses the formal concept of legal entities and the exclusion of shell or instrumental companies—deemed non-imputable due to a lack of organizational complexity—and single-member companies, where dual punishment would violate the *non bis in idem* principle. Finally, it examines the transfer of criminal and civil liability *ex delicto* in business succession

scenarios (transformation, merger, acquisition, and demerger) under Article 130.2 of the PC. The author argues that this provision must be interpreted as anti-fraud regulation rather than strict liability, requiring proof of subjective elements or evasive intent to transfer penalties to successor entities.

Keywords:

Corporate criminal liability, Supreme Court, corporate crime, compliance programs, self-responsibility, presumption of innocence, shell companies, single-member companies, non bis in idem, business succession.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. FUNDAMENTO Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 3. EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA Y LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADAS PERSONAS JURÍDICAS (INIMPUTABLES Y UNIPERSONALES). 4. LA TRANSFERENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL (Y CIVIL, DERIVADA DE DELITO) EN LOS SUPUESTOS DE SUCESIÓN DE EMPRESA.

Abreviaturas utilizadas

AN:	Audiencia Nacional.
art. / arts.:	Artículo / Artículos.
CC:	Código Civil.
CCo:	Código de Comercio.
CP:	Código Penal.
FGE:	Fiscalía General del Estado.
FJ:	Fundamento Jurídico.
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LGSS:	Ley General de la Seguridad Social
LGT:	Ley General Tributaria.
LO:	Ley Orgánica.
LSC:	Ley de Sociedades de Capital.
núm.:	Número.
RD:	Real Decreto.
RD Ley:	Real Decreto-Ley.
STC/SSTC:	Sentencia / Sentencias del Tribunal Constitucional.
STS / SSTs:	Sentencia / Sentencias del Tribunal Supremo.
TS:	Tribunal Supremo.
UTE:	Unión Temporal de Empresas.

1. INTRODUCCIÓN

En varias ocasiones anteriores he señalado cómo la novedad más relevante que introdujo, en nuestro CP, la LO 5/2010, de 22 de junio, fue la

regulación de un sistema de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Probablemente, desde la época de la Codificación penal a comienzos del siglo XIX, esa ha sido la reforma más importante que ha sufrido nuestra legislación penal, por su trascendencia y consecuencias. Curiosamente, sin embargo, durante casi cinco años, esa reforma fue ignorada por jueces y tribunales, ya que tuvo una prácticamente nula implementación judicial¹.

Hubo que esperar a la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, para que se diera el *pistoletazo de salida* a la aplicación judicial de la original LO 5/2010, que la reforma de 2015 completó regulando el régimen de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica (*eximente completa*) y estableciendo la posibilidad de que si no se llegan a acreditar, completamente, las circunstancias de exención, ello se pueda valorar a los efectos de atenuación de la pena (*eximente incompleta*) (art. 31 bis, núm. 2, último párrafo, CP). Aparte de ello, la LO 1/2015 mantuvo el sistema de doble sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica (*delitos de directivos* y *delitos de empleados*), aunque modificando la definición de los sujetos activos en el primero de los llamados *hechos de conexión* y modificando, igualmente, algunos elementos de las conductas.

A partir de esa reforma de 2015, y hasta el momento presente, el TS (y otros órganos judiciales) han ido produciendo resoluciones, a través de las cuales se han tratado de establecer criterios de interpretación del texto legal, en aspectos, sin duda, sustanciales y esenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque todavía hay otros que esperan atención.

En este trabajo, vamos a intentar sistematizar algunos de los aspectos sustanciales del texto de la ley que han sido objeto de interpretación por parte del TS (y, ocasionalmente, de algunos otros órganos judiciales e, incluso, de circulares de la FGE), intentando llamar también la atención sobre aquellos otros que necesitarían aún una orientación hermenéutica.

1 Prácticamente, solo hay constancia de dos sentencias que condenan por delito a personas jurídicas: la primera, de 19 de febrero de 2014, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condena a la persona jurídica a una pena de multa de dos años con cuota de seis euros diarios, por un delito contra el medio ambiente de los arts. 325.1, in fine, y 326, b) y d), del CP, en un supuesto de ruidos de un bar; la segunda, la núm. 51/2014, de 17 de noviembre, de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la AN, que condena, de una forma un poco confusa, a tres personas jurídicas por delitos contra la salud pública, aplicando el art. 369 bis del CP, en relación con los arts. 368 y 369.5.º y 370, según los casos, a disolución, multa y prohibición de realizar actividades comerciales en España por tiempo máximo de hasta cinco años.

2. FUNDAMENTO Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La primera de las sentencias que se refiere, extensamente, al fundamento y a los elementos esenciales o estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la STS 154/2016, de 29 de febrero, ampliamente conocida como *la bisiesta*, por la fecha del mes y año que la encabeza².

La STS 154/2016 entra a analizar, a la luz de los fundamentos de la responsabilidad penal de las empresas, cuáles han de ser los requisitos típicos exigibles para que nazca dicha clase de responsabilidad. Así, según se recoge en el FJ 8, no puede haber ninguna duda, a la vista de lo establecido en el art. 31 bis CP, tras la reforma de la LO 1/2015, *“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”*. Por tanto, la responsabilidad penal de la persona jurídica exige no sólo la constatación de la comisión de un delito por parte del administrador, representante, directivo [art. 31 bis, núm. 1, apartado a)] trabajador o dependiente [art. 31 bis, núm. 1, apartado b)], sino, igualmente, la constancia de la inexistencia de esas medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de las infracciones delictivas en las que puedan incurrir los que integran la organización, de modo que se pueda decir que *“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”*.

La consecuencia práctica trascendental de esta interpretación es que *“la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afir-*

2 Hay una resolución anterior, la STS 514/2015, de 2 de septiembre, que trató el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero de forma muy tangencial, limitándose, entonces la Sala de lo Penal a señalar que si bien *“esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP”*, se ha de poner de manifiesto que *“ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”*.

mar la inexistencia de tales controles”, pues, “no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión”, y ello por más que, “en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida ‘cultura de cumplimiento’ que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una heteroresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo”.

La Sentencia entiende que todas estas conclusiones se pueden deducir de un texto legal que, como el de nuestro CP, tiene *“una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que ‘... la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella’ (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP)”*.

Esta interpretación, que avalan la mayoría de los magistrados del Pleno de la Sala de lo Penal, se basa en la convicción de que la responsabilidad penal de la persona jurídica se articula sobre el llamado *modelo de la responsabilidad por hecho propio*, que no exige la transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en su estructura organizativa, sino que es una responsabilidad de estructura “anónima” en cuanto a la intervención individual, aunque, de todos modos, resulte compatible con la atribución de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que realizaren directamente la actuación delictiva³. El modelo, frente al nominalismo de la teoría de la identificación, trata de ser un modelo *realista* de definición de la responsabilidad penal de las empresas, e intenta reflejar, adoptado los paradigmas de la sociología de las organizaciones, que las corporaciones constituyen una realidad en sí diversa de la de los individuos, con sus propios y distintivos objetivos, su propia y

3 Silva Sánchez, J. M.: “La evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núm. 86–87, 2008, pág. 133.

distintiva cultura y su propia y distintiva personalidad, cultura y personalidad que son únicas y nacen de un número identificable de características (la estructura de la organización, los objetivos corporativos, la formación de los empleados, incentivos e indemnizaciones, etc.)⁴.

Además, la Sentencia acoge el criterio de que el injusto típico, en el caso de los delitos cometidos por las personas jurídicas, radica en un defecto organizativo de éstas, en los términos expuestos, en la doctrina española, por Gómez-Jara Díez⁵. Así, los comportamientos de las personas físicas contenidos en el art. 31 bis, núm. 1, sólo pueden considerarse como presupuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no como su fundamento, pues, de otra forma, se estaría incurriendo en responsabilidad por hecho ajeno. Por tanto, si se exige un hecho propio para generar la responsabilidad penal para las personas físicas, también se ha de hacer lo propio para las personas jurídicas, de modo que el injusto empresarial estaría vinculado con una configuración organizativa defectuosa, inexistente o inadecuada, mientras que la culpabilidad empresarial estaría vinculada con una determinada cultura corporativa, de no cumplimiento con o de infidelidad al Derecho⁶.

En contra del sentir mayoritario, los magistrados firmantes del voto particular concurrente, sin cuestionarse *“que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, como el fundamento último de la sanción penal del homicidio se encuentra en el respeto a la vida”*, disienten de que *“esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como ‘el núcleo de la tipicidad’ o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis 1.º CP 2015, según se considera en la sentencia mayoritaria al analizar la naturaleza de la eximente prevenida en el párrafo segundo del citado precepto”*. Porque, en su opinión, *“los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1.º del art 31 bis CP, y estos son los que deben ser probados por la acusación, y*

4 Clough, J.: “Bridging the Theoretical Gap: The Search for a Realist Model of Corporate Criminal Liability, en *Criminal Law Forum*, vol. 18, 2008, pág. 275; antes, en Gobert, J. y Punch, M.: *Rethinking Corporate Crime*, Bath, 2003, págs.44 y 81.

5 Gómez-Jara Díez, C.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, núm. 7.534, Año XXXI, 23 de diciembre de 2010, pág. 9, siguiendo el modelo de Lampe, E. J.: *Strafphilosophie: Studien Zur Strafrechtigkeit*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, pág. 48; véase, también, Pérez Manzano, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Actualidad Penal*, 2, 1995, págs. 21 y ss.

6 Gómez-Jara Díez, C.: “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en Gómez-Jara Díez, C. (ed.): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Cizur Menor, 2006, pág. 139.

expresamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada”. Y no se trata de que la responsabilidad de las personas jurídicas tenga una naturaleza objetiva, es que “la persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art 31 bis 1.º CP), porque es culpable (en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una persona jurídica, que no deja de constituir una ficción). Pero esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del art 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la ‘culpa in eligendo’ y la ‘culpa in vigilando’, o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa ‘in constituyendo’ y la culpa ‘in instruendo’”.

Según los discrepantes, la consecuencia inmediata de esta forma de entender las normas que disciplinan la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que a la acusación sólo le corresponde probar la concurrencia de los elementos típicos recogidos en los apartados a) y b) del art. 31 bis, núm. 1, pero no le corresponde probar “*en cada supuesto enjuiciado un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada*”.

La exención de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, establecida en el art. 31 bis, núms. 2 a 5, del CP, y consistente en haber implementado con eficacia un modelo de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, son exenciones de la responsabilidad “*coherentes con el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas... excluyendo su culpabilidad, en el sentido ‘figurado’ al que... hemos hecho referencia. Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal. Lo cierto es que el Legislador establece expresamente esta exención, y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso*”. No hay por ello razón “*que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia. No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación*”. Porque “*constituye una regla general probatoria, conso-*

lidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre, entre otras muchas)”.

Por tanto, corresponde a la empresa probar que la concurrencia de los instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, aportando una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos.

Esta conclusión, en opinión de los firmantes del voto particular, la avala el hecho de que *“el propio Legislador sigue este criterio probatorio de carácter general es que en el párrafo segundo del número 2.º del art 31 bis se establece expresamente que cuando las circunstancias que dan lugar a la exención ‘solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena’”* y, por eso, a estos magistrados les *“causa preocupación, en la medida en que puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad, la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba en esta materia”*.

La posición de los magistrados discrepantes se aproxima más a la posición tradicional de Tiedemann⁷, para quien, respecto de las personas jurídicas, se ha de mantener la exigencia de culpabilidad y ésta ha de construirse por referencia al defecto de organización. Así, la idea de *culpabilidad por defecto de organización* establece la responsabilidad penal de la corporación cuando se pueda determinar que, producido un daño o perjuicio, ésta ha organizado su negocio de forma que las personas y las propiedades están expuestas a una victimización criminal o a un riesgo de daño no racional, o cuando la empresa ha fallado a la hora de establecer sistemas y mecanismos de evitación de riesgos criminales, o cuando la supervisión y vigilancia de aquellos a los que ha puesto en situación de cometer un delito o de causar daño es inadecuada, o cuando el *ethos* de la corporación o su cultura tolera o incentiva la causación de delitos.

Como ya hemos señalado en otra ocasión⁸, la indefinición del concepto de “cultura de cumplimiento” le impide cumplir una función sustancial en

7 Tiedemann, K.: “Die ‘Bebüssung’ von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 41, 1988, pág. 1.172.

8 “La cultura de cumplimiento. Un concepto vacío”, en *Cinco Días*, 8 de abril de 2019.

el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque, más allá de referirlo a una voluntad colectiva de cumplir con la Ley, no se sabría cómo definir qué significa el que una empresa cuente con una cultura de cumplimiento normativo. Incluso, aunque se acierte en definir el concepto, es más que dudoso que puedan existir *voluntades colectivas* y que señale que eso, en todo caso, no debiera de importarle mucho al Derecho Penal. Porque a éste le es irrelevante que el cumplimiento de la Ley se lleve a cabo por convicción o por coerción, por más que al sujeto cumplidor le sea más fácil cumplir cuando es por el primer motivo que cuando es por el segundo.

Y lo que es más importante, cuando uno mira el CP, esa referencia no existe por ninguna parte. Parece que se olvida que, en materia penal, rige el principio de legalidad; y el principio de legalidad tiene un *tenor literal*, que obligaría a incluir esa referencia en el texto de la Ley, para luego, en todo caso, interpretar su significado y función, y un *significado esencial*, que obligaría a reflexionar, una vez incluida la referencia en la Ley, acerca de si es una referencia abierta, casi imposible de definir en términos precisos, o no lo es. Y si es imposible de definir, al incluirla en el CP, el legislador estaría vulnerando el principio de legalidad.

Probablemente consciente de la necesidad de concretar ese concepto, y con una clara voluntad de reconducirlo a la idea de inexistencia de *modelos de gestión, vigilancia y supervisión*, la STS 221/2016, de 16 de marzo, trata de distanciarse un poco de su precedente, la STS 154/2016, aunque utilizando una argumentación bastante similar, en la práctica⁹. Esta nueva resolución, no obstante, trata de dejar claro que no pretende sustentar su fallo en criterios sustantivos que tienen que ver con el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino en un argumento *procesal*

9 En un trabajo reciente, Ortiz de Urbina Gimeno (“De la autopoiesis al pragmatismo: el silencioso periplo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La Ley Compliance Penal*, núm. 25, 2026), ha sustentado la tesis de que, con ambas sentencias (y con la jurisprudencia posterior, que ha consolidado los criterios de la STS 221/2016), el Tribunal Supremo ha transitado silenciosamente desde un “lujo teórico” grandilocuente e innecesario hacia un pragmatismo guiado por el Derecho positivo. Personalmente, puedo estar de acuerdo con señalar los excesos retóricos de la primera sentencia y su innecesaria supeditación a postulados dogmáticos en exceso rígidos, pero, en el fondo, la segunda sentencia no hace sino reconducir y concretar los postulados a la primera, porque estoy convencido que, en el fondo, los firmantes de la primera sentencia estaban pensando que la existencia de esa cultura de cumplimiento no era otra cosa que la existencia del modelo de gestión, vigilancia y supervisión. De hecho, así lo evidencia la STS 836/2024, de 14 de octubre (FJ 2) cuando señala: “Esta Sala en su jurisprudencia ha ido perfilando la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde la Sentencia de Pleno 154/2016, de 29 de febrero, que diseñó el modelo, al tiempo que expresaba la necesidad de instaurar una ‘cultura de respeto al derecho’, posteriormente entendido como ‘delito corporativo’, (STS 221/2016, de 16 de marzo)”.

que tiene más que ver con la proclamación de la vigencia, también para la persona jurídica, de los derechos constitucionales del justiciable.

Así las cosas, para la Sala *“el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo”*, de modo que *“la posición de los entes colectivos en el proceso..., no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad”*. Es, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia desde el que *“el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí”*, porque *“lo impide nuestro sistema constitucional”*. De esta forma, el Fiscal *“habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015”*.

La Sala no puede identificarse —sigue diciendo la Sentencia— *“con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo”*, y no es necesario, para llegar a dicha conclusión, *“abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro”*, porque eso sería tanto como exigir, en el proceso penal, *“la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación”*, *“una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el ius puniendi del Estado”*.

Por tanto, independientemente del *“criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal o, incluso, en relación con las causas que harían excluir esa responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis”*, *“ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal”*, porque *“de hacerlo así se estaría olvidando que, sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física”*. La

persona jurídica sólo responde de todos y cada uno de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto, por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis, núm. 1, apartado b) del CP, cuando se hayan “...*incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso*”. Por tanto, “¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave?”.

En resumen —concluye la Sentencia—, “*en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión*”, y ello “*sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos —pericial, documental, testifical— para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad*”.

Por tanto, a partir de esta STS 221/2016 (y con alguna excepción casi anecdótica), el TS introduce el concepto de *delito corporativo*, para desligar la punición de la empresa del mero trasvase automático de la responsabilidad del administrador, porque para condenar a la entidad, la acusación debe probar la concurrencia autónoma de un “delito corporativo”, fundamentado en un defecto estructural en los mecanismos de prevención, vigilancia y control exigibles al ente colectivo¹⁰. Es decir, mientras que la STS 154/2016 pretende articular la responsabilidad penal de las personas jurídicas alrededor de la noción abstracta de la *ausencia de una cultura de respeto al Derecho*, la STS 221/2016 pacifica las discrepancias internas entre los magistrados formantes de la Sala al asumir que la *cultura de respeto al Derecho* debe entenderse operativamente como delito corporativo, identificando su núcleo común en la omisión o falta de eficacia de las medidas de prevención y control de su funcionamiento interno. Este ha sido el criterio que se ha consolidado en la jurisprudencia posterior del TS; así en las SSTS 668/2017, 883/2021, 747/2022, 894/2022, 89/2023, 298/2024, 1073/2024, 372/2025, 768/2025 y 836/2025¹¹. Lo

10 El delito corporativo es una conducta ilícita cometida dentro o a través de una empresa, que incluye una acción ilegal de una persona física y un fallo en el control o la organización de la entidad. Se compone, por tanto, de tres factores principales: un acto antijurídico individual (de un empleado, directivo o representante), un beneficio o interés directo o indirecto para la sociedad y un defecto estructural de vigilancia interna (véase, con detalle, Feijoo Sánchez, B.: *El delito corporativo en el Código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2.ª ed., Madrid, 2016).

11 Mucho más próxima al esquema interpretativo propuesto por los magistrados firmantes del voto particular concurrente de la primera Sentencia, sobre todo en

que, en ningún caso, se ha corregido o se ha variado es el criterio de que es el Ministerio Fiscal y las acusaciones quienes tienen la obligación constitucional de probar de manera autónoma e independiente el defecto estructural de control en el seno de la persona jurídica, en contra, por ejemplo, del criterio de la Circular 1/2016.

De todas formas, lo que nunca llega a aclarar la jurisprudencia, y el futuro de la interpretación de los elementos esenciales pendientes de abordaje quizás podría ir por ahí, es si lo que la acusación debe de probar es la ausencia de cualesquiera medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos que evidencien una falta de voluntad seria de reforzar la

sus consecuencias prácticas, aunque no enteramente coincidente con ella en el plano doctrinal, la Circular núm. 1/2016 de la FGE entiende que la exención de la responsabilidad para la persona jurídica basada en la existencia de un adecuado modelo de prevención *“remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión”*, de modo que *“los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 quater”* (pág. 56). Y es que la FGE entiende que el modelo de responsabilidad consagrado por nuestro CP es el de atribución o transferencia: *“(…) la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis —señala la Circular núm. 1/2016— continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica”* (pág. 5).

Por tanto, la consecuencia práctica es que, como en el caso del criterio de los magistrados del voto particular, es a la empresa a quien le corresponde acreditar la existencia de un eficaz programa de prevención para eximirse de responsabilidad criminal. La FGE acoge este criterio porque, en su opinión, el modelo de la responsabilidad por el hecho propio *“no resulta conforme con el tenor literal del precepto, ni en su inicial redacción ni en la vigente. El art. 31 bis no dice que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas ‘serán penalmente responsables de los delitos cometidos’ por personas físicas. La propia condición 3.ª del apartado segundo del art. 31 bis recuerda que son los ‘autores individuales’ los que ‘han cometido el delito’ y en los distintos preceptos que contemplan la responsabilidad de la persona jurídica, no se atribuye a esta la comisión del delito sino que se dice que ‘cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos [correspondientes] se le impondrán las siguientes penas”*. De modo que *“la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica”*.

vigencia de la norma, o la ausencia de un modelo de organización y gestión, que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, de acuerdo con los requerimientos establecidos en el art. 31 bis, núms. 2 a 5, del CP. Porque lo que, por ejemplo, la STS 516/2016 lo que dice, literalmente, es que si bien el *“núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica... no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas ‘compliances’ o ‘modelos de cumplimiento’, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar”*. Por tanto, parece que, una cosa, es tener cualesquiera medidas de control para prevenir delitos y, otra, tenerlas implantadas conforme a los requerimientos del CP.

Ahora bien, la primera interpretación (la acusación debe de probar la ausencia de cualesquiera medidas de control) es absurda, porque si no se tiene lo menos nunca se podrá tener lo más y, por tanto, la eximente queda vacía de contenido; la segunda (la acusación debe de probar la ausencia de un modelo de organización y gestión, que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, conforme a los requerimientos del CP) nos conduce a una situación que, en la práctica, es casi imposible de aplicar (no se puede abrir el procedimiento penal hasta que no haya, al menos, indicios de la ausencia de medidas de control en los términos del art. 31 bis) porque sólo en el contexto de un procedimiento penal puede el Fiscal probar la ausencia de las medidas de control exigidas por el CP y sólo en ese contexto es posible, para la empresa, debatir y rebatir las conclusiones del Fiscal y, por tanto, habría que admitir la relevancia penal del asunto, a efectos de abrir causa penal, en el momento en que se detecta el delito del directivo o del trabajador, conforme a los requisitos del art. 31 bis, núm. 1. Por lo tanto, no está claro —en palabras de la STS 514/2016—, que la *“circunstancia de exención de responsabilidad... (...) persigue esencialmente... posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad”*.

El problema es que el planteamiento de la Sala de lo Penal sólo es imaginable en el contexto de un sistema penal en el que el ejercicio muy flexible del principio de oportunidad le permita al Ministerio Fiscal, antes de iniciar la persecución penal, analizar el funcionamiento interno de la empresa, incluso, a través del resultado de una investigación interna, de modo que, a la vista de los hallazgos, decida emprender o no la persecución penal, incluso pactando o negociando con la empresa mejorar en el sistema de *compliance*. Pero en un sistema como el nuestro, el debate sobre la vir-

tualidad del sistema de cumplimiento normativo y su eficacia, en un caso concreto, exige un debate en el seno del proceso penal, bien en la fase de diligencias, bien en la de juicio oral, con lo cual, la relevancia penal indiciaria de los hechos ya tiene que haber sido declarada. Y si el problema es que la tradición jurisprudencial obstaculiza la posibilidad de decidir, en el seno de las diligencias previas, sobre la concurrencia de circunstancias eximentes, dicha tradición se puede cambiar, porque nada en la Ley lo impide, de modo que se pueda plantear un sobreseimiento cuando, en esa fase procesal, la empresa sea capaz de acreditar la eficacia de su programa de prevención.

Por otra parte, la posición del TS a favor de un sistema de autorresponsabilidad o por el hecho propio y el destierro de uno de heterorresponsabilidad ha sido visto como un éxito político criminal, puesto que ese era, como señala la propia STS 514/2016, el único constitucionalmente asumible¹². Y, sin embargo, tiene razón Ortiz de Urbina¹³ cuando señala que esa conclusión no es correcta o, al menos, no es inevitable, como demuestra clásicamente la institución civilista del *respondeat superior*, la responsabilidad por hecho de otro, esto es, vicarial, porque esta admite su configuración en régimen tanto de responsabilidad objetiva como subjetiva, de modo que los modelos de *respondeat superior* basados en la responsabilidad subjetiva respetan el principio de responsabilidad subjetiva. Además, “desde la LO 1/2015, el CP recoge expresamente la posibilidad de exención por cumplimiento normativo, lo que significa que, incluso si se entiende que, en nuestro Derecho, las personas jurídicas responden penalmente por hechos de otras personas (lo cual, a la vista del tenor literal del art. 31 bis 1, parece ineludible admitir), lo cierto es que no lo hacen de manera necesaria. Lo anterior abre la puerta a la posibilidad de sostener que el modelo español es de heterorresponsabilidad y, al mismo tiempo, compatible con la exclusión de la responsabilidad objetiva”. “En conclusión, ante la insistencia en que las personas jurídicas responden en nuestro Derecho penal por hechos de otras personas, habrá que convenir que, siendo ello cierto, lo hacen de modo similar a como responden las personas físicas en los casos de intervención delictiva y comisión por omisión, que sin embargo no son cuestionados desde el punto de vista del cumplimiento del principio de responsabilidad subjetiva. La cuestión no cambia por el dato retórico de que en un caso (personas físicas) sea más común hablar de responsabilidad propia por el hecho de otra persona y en el otro (personas jurídicas) de heterorresponsabilidad”.

12 Gómez-Jara Díez, C: *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 3.ª ed., Las Rozas (Madrid), 2025, págs. 69 y ss.

13 “De la autopoiesis al pragmatismo: ...”, *ob. cit.*

3. EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA Y LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADAS PERSONAS JURÍDICAS (INIMPUTABLES Y UNIPERSONALES)

El **concepto de persona jurídica**, en materia de responsabilidad penal, es puramente formal; efectivamente, el criterio del CP, a la hora de designar al sujeto de la atribución de la responsabilidad penal, es el formal de la personalidad —como, por otra parte, es lógico— y, por tanto, son personas jurídicas, en primer lugar, las que señala el art. 35 del CC, es decir, las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, constituidas válidamente con arreglo a derecho, y las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Del mismo modo, son personas jurídicas las que nuestro vetusto CCo denomina, en su art. 116, *compañías mercantiles* que se hayan constituido con arreglo a sus disposiciones, y que tendrán personalidad jurídica una vez constituidas. Por tanto, también gozarán de personalidad jurídica las empresas que adoptan formas societarias, de modo que el titular de la empresa lo es dicha sociedad, que tiene esa personalidad de forma propia e independiente de las de sus socios.

Como señaló, en su momento, la Circular 1/2011, *“los nuevos sujetos pasivos del proceso penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y algunas personas jurídico públicas, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un primer filtro en este sentido, de modo que para aquellos otros entes colectivos que carezcan de la misma, se ha previsto un régimen diverso —de aplicación potestativa— en el artículo 129 del Código Penal, según redacción del precepto dada por la Ley Orgánica 5/2010, corregida en algún extremo por Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General”*.

Por tanto, cuando hablamos de *personas jurídicas* desde el punto de vista de la responsabilidad penal, estamos hablando de las sociedades civiles que tienen personalidad jurídica (arts. 1665 a 1708 del CC); de las sociedades colectivas (arts. 125 a 144, 170 a 174 y 218 a 237 del CCo); de las agrupaciones de interés económico (Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico); de las sociedades de capital [sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima¹⁴ y sociedad comanditaria por acciones] (RD

14 Además, dentro del tipo de la sociedad de responsabilidad limitada o de la sociedad anónima, hay, a su vez, distintas clases de naturaleza peculiar, como lo son las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada laborales (Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas); las sociedades profesionales (Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales); las sociedades anónimas deportivas (RD 1251/1999, de 16 de julio, sobre Sociedades Anónimas

Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LSC); de las asociaciones (LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y demás leyes autonómicas sobre asociaciones); de las sociedades agrarias de transformación (RD 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el estatuto que regula las sociedades agrarias de transformación); de las sociedades de garantía recíproca (Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca); la cooperativa (Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, y legislación autonómica correspondiente); y las entidades aseguradoras, ya adopten la forma de sociedad anónima, ya la de mutua, cooperativa y mutualidad de previsión social. Las mutuas, las cooperativas y las mutualidades de previsión social podrán operar a prima fija o a prima variable las mutuas de seguros y entidades de previsión social (RD Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados), entre otras que se puedan mencionar.

Quedan fuera de esa consideración, las uniones temporales de empresas, porque el art. 7, núm. 2, de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, de Régimen Fiscal de las Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas, expresamente señala que una UTE “*no tendrá personalidad jurídica propia*”, las sociedades civiles sin personalidad jurídica, las comunidades de bienes, las herencias yacentes y las comunidades de propietarios, así como todas las entidades a las que haremos referencia al estudiar el régimen legal del art. 129 del CP (apartado I, 5, *infra*).

Al margen de esta regla general, la jurisprudencia ha ido excluyendo del ámbito de imputación a algunas personas jurídicas desde perspectivas materiales que no formales.

En relación con las llamadas **personas jurídicas inimputables**, tanto la Circular 1/2016 como algunas resoluciones jurisprudenciales (así, por ejemplo, las SSTs 154/2016, 108/2019, 534/2020, 894/2022 o 1073/2024), parecen haber aceptado el criterio, propuesto en España por Gómez-Jara Díez¹⁵, de que no basta, para ser penalmente responsable, que una entidad colectiva tenga personalidad jurídica, sino que, además, es necesario que sea *imputable*. De modo que al igual que el niño no es imputable en Derecho penal individual hasta que su sistema psíquico no es suficientemente complejo, porque no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad o autoconciencia, las empresas también deben de superar ese umbral de complejidad interna suficiente y de autorreferencialidad bastante para po-

Deportivas); etc.

15 La culpabilidad en el Derecho penal de la empresa, Madrid, 2005, págs. 241 y ss.; del mismo: “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en Bajo Fernández, M., Jorge Barreiro, A. y Suárez González, C. (eds.): *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, págs. 425 y ss.

der ser consideradas personas en Derecho penal¹⁶. Obviamente, no hace falta decir que en esta concepción se prescinde, completamente, de la concepción formal de persona jurídica que, aparentemente, acoge el CP, para construir un concepto material basado en esa idea de complejidad organizativa¹⁷.

El estatuto que le correspondería a la persona jurídica inimputable, si inidiariamente la responsabilidad que se le exigiera fuera civil, sería el propio de un tercero responsable civil, reconociéndosele los derechos que, como tal, ostenta el demandado en el proceso civil, solución que resulta por aplicación supletoria de la LEC¹⁸. Así las cosas, tanto la jurisprudencia como la Circular 1/2016 han admitido que no son imputables, o, si se prefiere, son inimputables aquellas personas jurídicas estrictamente instrumentales o “de pantalla” que han sido creadas, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos, careciendo de una actividad lícita, por lo que han de ser consideradas al margen del régimen de responsabilidad del art. 31 bis del CP.

Paradigmático, al respecto, es el Auto de 19 de mayo de 2014 de la Sala de lo Penal (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional, al plantearse el problema de cuál ha de ser la situación o el estatus jurídico, en el proceso,

16 Gómez-Jara Díez, C.: «¿Imputabilidad...?», en *ob. cit.*, pág. 439; más recientemente, del mismo: “El modelo constructivista de (auto)responsabilidad penal de las personas jurídicas: tres contribuciones de la teoría a la práctica”, en *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, vol. núm. 1, abril 2023, págs. 20 y ss.

17 Por lo demás, como ha señalado Silva Sánchez en un reciente e interesante trabajo (“Lo real y lo ficticio en la responsabilidad ‘penal’ de las personas jurídicas”, en *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, vol. núm. 1, abril 2023, págs. 19–20) esta forma de razonar sobre la culpabilidad en el caso de las personas jurídicas prescinde del vínculo intrínseco que supone la culpabilidad entre un hecho antijurídico y una determinada persona física y lo reduce a una mera forma de hablar, porque “la contribución de la persona jurídica al hecho típico de una persona física integrante de la empresa de la que aquella es titular no es un ‘hecho’ determinado e individualizable, ni activo, ni omisivo. En la persona jurídica tampoco hay ni elección ni culpabilidad por la conducción de la vida (no hay auto— sino hetero-conducción). Con la referencia a su vida o a su carácter—siempre en términos de forzada metáfora antropomórfica— no se alude más que a un discurrir de acontecimientos, a una multiplicidad difusa —en términos tanto sincrónicos como diacrónicos— de hechos de personas físicas que dan lugar a un estado de cosas. En otras palabras, a la interacción sincrónica y diacrónica de acciones y omisiones de las personas físicas que se han integrado a lo largo del tiempo en la organización jerárquica de la empresa y, paralelamente, en los diferentes órganos de la persona jurídica. Así pues, la persona jurídica no realiza ningún tipo de injusto, ni lo hace culpablemente. No hace nada que pueda ser retribuido mediante la pena. La ‘cultura corporativa’ es un producto de las personas que la integran a lo largo del tiempo”.

18 Gómez-Jara Díez, C.: “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, en *La Ley*, núm. 8.341, 26 de junio de 2014.

tras reforma del CP por LO 5/2010 y la concordante de la LECrim por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de la persona jurídica que solicita su personación en el procedimiento y se le deniega, pese haberse adoptado, en su contra, radicales medidas cautelares, por considerar que se trata de una entidad mercantil que está incurso en el entramado delictivo investigado, señala: *“Al respecto, el juzgado instructor, aunque no de forma expresa, parece que se ha decantado por estimar que no se trata de una persona jurídica que tenga la condición de imputable a tenor del artículo 31 bis del CP, ya que respecto de ella claramente no se han seguido las pautas ordenadas en los artículos 118–119 de la ley procesal, referidos a la imputación de las personas jurídicas, por aparentemente considerar que serían entidades puramente instrumentales o pantalla para la comisión de hechos delictivos, procediendo directamente a aplicarles a todas las entidades relacionadas intensas medidas cautelares reales de carácter general contenidas en la ley de enjuiciamiento civil (LEC) que pueden impedir de facto la continuidad de su funcionamiento en el ámbito mercantil, sin seguirse tampoco para ello las prescripciones contenidas en el artículo 544 quáter de la LECrim, referido a las personas jurídicas formalmente imputadas. Es obvio que esta decisión procesal no expresamente adoptada por el juzgado instructor tiene desde el punto de vista de la posición procesal de las personas jurídicas afectadas importantísimas consecuencias jurídicas.*

Resulta cierto, que a partir de la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la consecuente regulación de su posición procesal y de las garantías procesales inherentes de que están revestidas se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo estatus jurídico procesal referido a esta clase de personas, del que en principio solo podrían gozar en tanto que efectivamente fueran penalmente imputables a tenor del artículo 31 bis del CP, por no ser meros instrumentos para delinquir o pantallas para ocultar tras ellas actividades delictivas, es decir evidentes meras proyecciones de la actividades delictivas de las personas físicas que delinquen a través de ellas u ocultándose detrás de ellas, y respecto de las que procedería únicamente el «levantamiento del velo» para poner al descubierto su verdadero estatus instrumental, como tal no susceptible ni merecedor en principio de ningún sistema de garantías para su disolución y el comiso de sus bienes enteramente afectos a la actividad delictiva. Sin embargo, ésta no es una situación que sea siempre tan nítida y evidente fáctica y jurídicamente, ni que tampoco se dé fácilmente en estado puro. Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo. Los únicos elementos que por momento sirven de referencia jurídica son las menciones que se contienen en el art 66 bis 2 del CP, aunque referidas a la graduación de las penas imponibles a las personas jurídicas, para lo que, dicen, habrá de tenerse en cuenta «que la persona jurídica se utilice instrumental-

mente para la comisión de ilícitos penales» y «que se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». Sin embargo, lo que dejan a nuestro juicio claro es que incluso en el caso de «que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales» es penalmente imputable como persona jurídica y debe ostentar el estatus jurídico penal correspondiente. Razonando por exclusión debemos de concluir, que solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputables»¹⁹.

La STS 154/2016 entiende que *“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 accesorio» 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”*. Además, según señala la Sala de lo Penal del TS, *“tal circunstancia, que en esta oportunidad sí que nos permite por otra parte y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, mantener la imposición de la pena de disolución de semejante persona jurídica de acuerdo con los preceptos ya citados, esencialmente el 66 bis del Código Penal, tiene asimismo su reflejo en el hecho de la absoluta inutilidad de la repetición de las actuaciones para dotarla de una defensa adecuada, máxime si entendiéramos que nuestro Legislador equipara el enjuiciamiento de esta clase de entidades, formalmente dotadas de personalidad jurídica pero sin contenido real más allá que la finalidad de su utilización para la comisión del delito, con aquellas otras con existencia real y, por ende, para las que la disolución sí que supone un castigo con contenido efectivo”*.

Más recientemente, la SSTS 534/2020, de 22 de octubre, o 894/2022, de 11 de noviembre, han señalado, en el mismo sentido, que solo una empresa

19 Por su parte, la Circular 1/2016 de la FGE, les dedica un apartado a las personas jurídicas inimputables, expresándose en términos muy parecidos al anterior Auto, al que se refiere en varios incisos.

con una mínima complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la *culpa organizativa*, prevista por el art. 31 bis del CP, mientras que las denominadas *sociedades pantalla*, que no tienen otro propósito que delinquir o encubrir actividades ilegales, están al margen del sistema penal para las personas jurídicas, y, por lo tanto, no pueden gozar de los derechos y garantías que el mismo ofrece, siendo inimputables a todos los efectos penales. En estos casos el sistema de imputación vendrá dado por el mecanismo del *levantamiento del velo* dirigiendo la acción penal únicamente hacia las personas físicas que están detrás de la organización. Por tanto, 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 considerarse imputable en el ámbito penal²⁰.

La sensación que provocan estas resoluciones es que, más que aceptar un concepto constructivista de la culpabilidad de las personas jurídicas y su consecuencia (esto es, la consideración de algunas personas jurídicas como inimputables), lo que están tratando es resolver es un problema de naturaleza estrictamente práctico, de economía procesal; es decir, lo que, en última instancia, parece pretenderse, al acoger esta tesis, es *quitarse procesalmente de encima* a este tipo de entes instrumentales porque representan un semillero de obstáculos desde el punto de vista de la viabilidad de su enjuiciamiento y permanencia en el proceso, bien porque no es posible localizar al administrador, bien porque no se logra que lleguen nunca a designar a un abogado y procurador para su defensa, etc. Por eso, lo más fácil es excluirlas del proceso directamente declarándolas inimputables²¹.

20 Como ha señalado Aguilera Gordillo (“Déficits del enfoque sistémico de responsabilidad penal de la persona jurídica: inimputabilidad y contagio penal en operaciones de M&A. Procedencia del modelo antrópico y behavioral game theory”, en *RECPC*, 25-06, 2023, pág. 15), en realidad el TS maneja dos fundamentos de la inimputabilidad de una persona jurídica, cuando estas han sido creadas instrumentalmente para delinquir y cuando estas tienen una mínima estructura.

21 La STS 154/2016 habla de una “*solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica*” (en el mismo sentido, Luzón Cánovas, A.: “Personas jurídicas exentas y personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal”, en VV. AA.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, 2018, pág. 218; de hecho, este autor prefiere hablar de personas jurídicas exentas, no de personas jurídicas inimputables).

Al margen de críticas más profundas y extensas a la propia concepción constructivista de la culpabilidad²², en nuestra opinión, en el caso de las personas jurídicas, no existe, en absoluto, ninguna base legal para poder sustentar la idea de que solo las entidades que superen un determinado umbral de complejidad interna suficiente y de autorreferencialidad bastante pueden ser consideradas personas en Derecho penal²³. Sobre todo, y fundamentalmente, porque el CP (por ejemplo, en el art. 129), el único criterio que acoge para excluir a las personas jurídicas del régimen de la responsabilidad penal del art. 31 bis, núm. 1 (excepción hecha de la exclusión de las personas jurídicas públicas), es el formal de la personalidad jurídica. Por otra parte, el art. 66 bis, regla 2.^a, último párrafo, admite la posibilidad de que existan personas jurídicas que se utilicen instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, debiendo entenderse que se está ante este supuesto cuando *la actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal*. Qué es la relevancia, a estos efectos, parece que no puede sino interpretarse en términos cuantitativos. Por tanto, *menos relevante* puede querer decir que la actividad ilegal es el 51% y la legal el 49% o que la actividad legal sea el 0% y la ilegal el 100%.

Por lo demás, ¿cómo se define ese *umbral de complejidad interna*, con arreglo a qué parámetros legales? El nivel de ambigüedad de tales conceptos como el de la complejidad interna o el de la autorreferencialidad casa mal con las exigencias de certeza del Derecho penal²⁴.

En relación con las **personas jurídicas unipersonales**, decía la Circular 1/2011 de la FGE, que “*en aquellos... casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos —piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas so-*

22 Un trabajo clásico para esta crítica, HIRSCH, H. J.: “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, en *ZStW*, 106, 1994, págs. 763 y ss.

23 Como señala Díez Ripollés, “hubiera sido preferible crear para estos casos el delito de testaferría, que hace responder a las personas físicas por servirse de la sociedad para aquellos fines, sin perjuicio de aplicar la medida de seguridad de disolución de la sociedad y los delitos cometidos por las personas físicas sirviéndose de tal instrumento societario” (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *InDret*, 1/2012, pág. 12). En el mismo sentido de poner en evidencia la absoluta falta de anclaje legal de la posición del Tribunal Supremo, Cigüela Sola, J.: “La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre”, en *Indret: Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 1/2021, págs. 614 ss.

24 En el mismo sentido, Cigüela Sola, J.: “La inimputabilidad de las personas jurídicas...”, en *ob. cit.*, pág. 643; Aguilera Gordillo, R.: “Déficits del enfoque sistémico...”, en *ob. cit.*, pág. 15.

cietarias—, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio non bis in idem”.

De esta forma, en estos casos, *“habrá de procurarse el reproche de los delitos cometidos por las personas físicas que se ocultan detrás, levantando el velo de la forma societaria a los solos efectos de revelar dichas conductas individuales y hacer responder al patrimonio de la entidad, si lo hubiere, como patrimonio propio del autor”*. Más recientemente, la Circular 1/2016 ha vuelto a insistir en que *“procede la exclusiva imputación de la persona física”*, como ya advertía la Circular 1/2011, en aquellos casos en los *“que existe una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de manera que sus voluntades aparecen en la práctica totalmente solapadas o en que resulta irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, evitando así una doble incriminación que resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio non bis in idem”*.

La STS 747/2020, de 27 de julio (y, en el mismo sentido, siguiendo a ésta, las SSTS 894/2022, de 11 de noviembre, y 1073/2024, de 26 de noviembre), ha abundado en este criterio cuando se pregunta: *“¿Es aceptable una doble penalidad —persona física y persona jurídica— cuando la persona física responsable penal es el único titular de la sociedad?”*. Y la respuesta es terminante: el principio del *non bis in idem* parece repudiar la doble condena.

Efectivamente, el régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable, de modo que 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. Porque el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas encierra inevitablemente ciertas dosis de ficción. Las penas impuestas a la persona jurídica no las sufren materialmente los entes morales, incapaces de padecer, por lo que estas acaban inexorablemente recayendo en personas físicas (pocas o muchas, y más o menos diluidas). Cuando la persona jurídica se identifica con una persona física, es ésta la que sufre íntegramente la sanción. Si es penalmente responsable de la conducta por la que ha de responder la persona jurídica se le estará imponiendo una doble sanción por una única conducta: El delito cometido por él que arrastra, además, a la condena de la persona jurídica de su exclusiva titularidad.

“Esa dualidad —sigue diciendo la resolución a la que nos referimos— no es coherente con la filosofía que inspira el régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas en perspectiva asumida por la jurisprudencia dominante. 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.

No es concebible en esos supuestos que hubiese responsabilidad penal de la persona física administrador, y no de la Sociedad (por existir un programa de cumplimiento implantado por el propio responsable penal). El delito corporativo se diluye en el delito individual tradicional”.

Se puede argumentar, en contra de este criterio, que la coherencia del sistema exige la doble pena para alejar consecuencias indeseables, pero no es un argumento concluyente. De participar mayoritariamente, el responsable penal, en otras sociedades, no afectará a ellas la prohibición, incluso si fuese único titular. El problema no se solventa con la doble penalidad, sino con previsiones penales o extrapenales que permitan «levantar el velo» en la ejecución de ese tipo de sanciones.

Por otra parte, sigue diciendo al STS 747/2020, “*algunos autores —y en algún pronunciamiento judicial ha tenido eco esa tesis— prefieren hablar en estos casos de falta de imputabilidad de la persona jurídica (vid, aunque ante sustratos fácticos diferentes al examinado, SSTS 154/2016, de 29 de febrero, 108/2019, de 5 de marzo, o 534/2020, de 22 de octubre) al no contar con una estructura mínimamente compleja. Pero en supuestos como éste de Sociedades unipersonales ese hipotético enfoque podría jugar solo de forma subsidiaria respecto de la perspectiva primaria: identifica un problema de estricto non bis in idem y de necesidad de levantar el velo. Se produce un bis in idem si quien padece las dos penas es materialmente el mismo individuo, aunque formalmente sean dos sujetos jurídicos diferenciados: el administrador responsable penal es a la vez socio único de la mercantil*” (25).

25 Señalan Clarimón Escuder y Martínez Casimiro (“Sociedades unipersonales y responsabilidad penal de la persona jurídica: un claro *bis in idem*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 747/2022, de 27 de julio”, en *La Ley: Compliance Penal*, núm. 11, octubre de 2022, pág. 4) que “de las sociedades unipersonales no creadas expresamente para la comisión delictiva no es posible predicar una estructura corporativa compleja diferenciada de la actuación de la persona física autora material del ilícito que haya favorecido la comisión delictiva. No existe ese ‘estado de cosas’, por lo que el fundamento de la RPPJ queda vacío de contenido. Con ello, y devolviendo la mirada al principio de *non bis in idem*, existiría una

La exclusión en esos casos del castigo independiente a la persona jurídica, amén de ser lo dogmáticamente correcto, tiene determinadas ventajas en el ámbito procesal, ya que otra solución complica absurdamente la tramitación: un doble sujeto pasivo procesal completamente artificial. “Si, además, introducimos el ingrediente de la necesidad de evitar el conflicto de intereses (al que alude alguna jurisprudencia), llegaríamos al absurdo de tener que poner a la persona jurídica bajo la tutela de alguien que pueda defenderla frente a su único titular!, y que pueda diseñar una estrategia defensiva propia (¿?)”²⁶.

identidad material de sujetos en tanto que no se puede observar una alteridad suficiente por la ausencia de organización diferenciada entre persona física y persona jurídica; pero también una identidad material de fundamento, por cuanto el supuesto delito corporativo de la persona jurídica no es posible en la sociedad unipersonal al no existir ese estado de cosas favorecedor del delito diferente al de la persona física. El castigo a la sociedad unipersonal no es aceptable castigando también a su único integrante y autor del delito que generaría *ex ante* RPPJ, pues llevaría a un absurdo”.

- 26 El magistrado Andrés Martínez Arrieta formuló un voto particular a la STS 1073/2024 en el que señalaba que la ley no exime a las sociedades unipersonales o de pequeñas dimensiones porque el CP no les otorga una causa de atipicidad, exención o inmunidad a las sociedades por el hecho de ser unipersonales o de dimensiones reducidas. En su opinión, el legislador ha contemplado expresamente a las pequeñas empresas (aquellas autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada) y dispuso que, en ellas, las funciones de supervisión y control pueden ser asumidas directamente por el órgano de administración, lo que demuestra que la intención de la norma es incluirlas plenamente en el régimen sancionador, ajustando la gestión del riesgo a sus dimensiones, pero sin exonerarlas. Tampoco acepta que exista un problema de vulneración del *non bis in idem*, porque la persona física responde por la ejecución directa del delito de origen y la persona jurídica responde por un título propio y diferenciado (*autorresponsabilidad*): el incumplimiento del deber normativo de implementar un modelo de prevención y control eficaz (art. 31 bis CP). Al tratarse de dos sujetos jurídicos independientes que operan en el tráfico mercantil, no hay doble sanción a un mismo individuo por el mismo hecho, sino la punición de dos infracciones normativas distintas. Por otra parte, señala que operar en el mercado a través de una mercantil es una decisión voluntaria del empresario para proteger su patrimonio personal frente a deudas o riesgos comerciales, de modo que, si decide beneficiarse de las ventajas que otorga la personalidad jurídica, debe asumir también las obligaciones legales que se le imponen a dicho sujeto. También, rechaza que en una pyme sea “imposible” o “absurdo” un sistema de control porque la sociedad puede acordar mecanismos de supervisión ajenos a la persona del administrador o externalizar la función de cumplimiento en un tercero independiente. Si la empresa decide no establecer ningún mapa de riesgos ni control, asume voluntariamente un riesgo que fundamenta su culpabilidad cuando se comete un delito en su seno. En otro orden de cosas, critica el uso de la doctrina del levantamiento del velo para favorecer al acusado (*in bonam partem*) y librar a la empresa de su sanción. Esta figura nació para evitar el fraude a terceros o acreedores, no para permitir que una sociedad actúe formalmente en el mercado, pero quede exenta de responder penalmente. Considera artificioso calificar a estas sociedades de “inimputables” por falta de

4. LA TRANSFERENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL (Y CIVIL, DERIVADA DE DELITO) EN LOS SUPUESTOS DE SUCESIÓN DE EMPRESA

El legislador penal ha previsto una especie de transferencia o traslado de la responsabilidad de la persona jurídica original a la entidad o entidades en las que ésta se transforme, quede fusionada o absorbida, sin que tampoco quepa extinguir la responsabilidad penal por la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, entendiéndose por 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 (art. 130, núm. 2, CP).

No está claro que el legislador acertara en la forma de regular la solución del problema, porque, más bien, parece haber utilizado la brocha gorda que el pincel fino que exigía su complejidad.

Así, por ejemplo, el CP recoge casi todos los supuestos de la anterior Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, hoy sustituida por el caótico RD Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y otras situaciones de vulnerabilidad; de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, y se refiere a las hipótesis de la transformación, la fusión, la absorción o la escisión de una persona jurídica. Sin embargo, el CP, de forma inexplicable, deja fuera el supuesto de la cesión global de activos y pasivos, que, desde el punto de vista de la elusión de responsabilidades, es perfectamente asimilable a un supuesto de sucesión de empresas, en la medida en que la empresa cedente se convierte en un cascarón vacío, incapaz de asumir responsabilidades de ningún orden.

Por eso, y con acierto, en otros ámbitos en los que se plantea el problema de la transferencia de responsabilidades a la empresa sucesora, sí se men-

sustrato porque si la entidad posee capacidad de ser titular de derechos, contratar y operar comercialmente, tiene plena capacidad de respuesta penal. Finalmente, el autor del voto particular recuerda que penas previstas para la persona jurídica (clausura, inhabilitación para subvenciones, disolución) son distintas en su naturaleza de las corporales del administrador. Además, para los casos en que ambas multas sean pecuniarias y recaigan sobre el mismo entorno patrimonial, el artículo 31 ter 1 del CP ya prevé la regla de modulación y compensación de multas para evitar desproporciones, sin necesidad de recurrir a la absolución total de la empresa.

cional, expresamente, como uno de los escenarios posibles, el de la sucesión en la *titularidad o ejercicio de explotaciones, industrias, negocios o actividades económicas* (art. 42, núm. 1, de la LGT y arts. 168, núm. 1, y 142, núm. 1, de la LGSS).

Por lo demás, la referencia a la transformación en el art. 130, núm. 2, CP es más que discutible porque la transformación no altera, en ningún caso, la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la nueva forma (art. 17 del Libro Primero del RD Ley 5/2023). Por eso, para los acreedores, el hecho de la transformación no supone novación alguna, motivo por el cual no pueden oponerse a la misma alegando que se ha producido un cambio en la persona del deudor²⁷. En tales condiciones, desde el punto de vista penal, la transformación no supone, en ningún caso, la necesidad de una *transferencia* de la responsabilidad penal (o civil *ex delicto*) a la empresa sucesora porque, en realidad, no hay tal sucesión.

Teniendo en cuenta la diferente naturaleza y consecuencias jurídicas de la transformación, la fusión, la absorción y la escisión, es muy discutible la uniformidad con la que se describen las diferentes operaciones societarias de modificación estructural, como si todas generaran iguales efectos y consecuencias, y el automatismo con el que se ofrece la solución al problema de la transferencia de responsabilidades entre la empresa sucedida y la empresa sucesora. Porque, el párrafo primero del núm. 2 del art. 130 del CP, se limita a señalar que *“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”*, sin distinguir entre las distintas situaciones o los distintos escenarios en los que se pueden producir esas transformaciones, fusiones, absorciones o escisiones. No es posible obviar, como parece pretender el CP, que esas situaciones o escenarios pueden ser, para la empresa sucesora, escenarios o situaciones de normalidad, porque ésta puede no ser, en absoluto, consciente o conocedora de que, en su caso, la operación societaria en cuestión pretende una elusión de las responsabilidades penales; o para la propia empresa sucedida, que puede, también, no ser consciente o conocedora de la realidad de determinadas conductas delictivas de sus empleados, que luego, en el momento de la operación societaria o después de ella, se terminan por poner de manifiesto. Esa falta de matices del texto es lo que ha obligado a la Circular 1/2011 a decir que, en la norma del art. 130, núm. 2, del CP, *“se da más importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas”*.

27 Broseta Pont, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, 24.^a ed. a cargo de F. Martínez Sanz, vol. I, Madrid, 2017, pág. 593.

Además, esa uniformidad y automatismo en la redacción del párrafo primero del art. 130, núm. 2 del CP choca, frontalmente, con la forma en la que está redactado el párrafo segundo del mismo precepto, que recoge el supuesto de disolución de la persona jurídica. En este caso, el CP no se limita a referirse, en términos genéricos, a la disolución de la persona jurídica, sino que se refiere, únicamente, a la disolución *encubierta o meramente aparente de la persona jurídica*, expresión que, de forma inequívoca, remite a una operación societaria fraudulenta, porque no es una disolución *real* sino una disolución puesta en marcha con un objetivo espurio, cual es, intentar evitar la responsabilidad penal. Por ello, solo esa disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica es la que provoca la subsistencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica²⁸.

Efectivamente, de entre los problemas que aún no han sido debidamente abordados, a pesar de la trascendencia práctica que tiene para la decisión final de determinados procedimientos penales vivos o, incluso, en general, para ofrecer una mayor seguridad jurídica en operaciones de fusiones y adquisiciones, está el de la transferencia de las responsabilidades penales, o civiles *ex delicto*, en los supuestos de transformaciones estructurales de la persona jurídica o, si se quiere, y por utilizar una terminología consolidada en otros sectores del ordenamiento jurídico —y que utilizaremos aquí para simplificar la referencia a la cuestión—, en el caso de la *sucesión de empresas*.

El problema que tratamos de analizar es, pues, el de definir hasta qué punto, y de qué forma, pueden dejarse subsistentes, para la nueva o nuevas sociedades, surgidas del proceso de modificación estructural, las responsabilidades penales (o civiles *ex delicto*) asumidas por la sociedad o sociedades preexistentes. La pregunta por contestar es, pues, sencilla, aunque no lo sea su respuesta: ¿Asume la sociedad sucesora la responsabilidad penal, o civil derivada del delito, de la sociedad sucedida?

El problema no es propio ni exclusivo del Derecho penal, sino que se suscita en otros ámbitos jurídicos, siempre que hay responsabilidades pendientes de enfrentar y resolver por parte de empresas que van a iniciar un proceso de transformación. Así, como veremos, es un problema clásico en el ámbito laboral y recurrente en el ámbito fiscal, y, por lo tanto, puede ser oportuno acudir a los órdenes social y administrativo, con el fin de analizar el tratamiento que reciben los supuestos de sucesión de empresas, en tan-

28 Critica, con razón, Molina Fernández que la expresión *disolución encubierta* “no puede interpretarse más que como un error, ya que alude a la situación contraria a la que quería preverse”, porque una disolución encubierta es, precisamente, “la que se ha producido en lo material pero no formalmente, justo lo contrario que la ficticia/aparente”. Como él mismo señala, el legislador, en realidad, “quería referirse al mantenimiento encubierto de las actividades de la persona jurídica no a la disolución encubierta” (véase, *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2016*, pág. 717).

to en cuanto, en esos ámbitos, tiene un mayor desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial. Esta travesía por otras jurisdicciones nos permitirá extraer similitudes y diferencias entre las distintas regulaciones, así como nos puede reportar cierta utilidad a la hora de identificar problemas y proponer soluciones.

Fuera de nuestras fronteras, en sistemas jurídicos que cuentan con una larga tradición a la hora de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, el problema que aquí analizamos lleva años siendo objeto de atención y tratamiento doctrinal y jurisprudencial, por lo que referirse a ello también nos puede resultar útil para orientar las soluciones a adoptar en nuestro propio sistema.

Finalmente, es muy importante señalar que las disposiciones, tanto las del CP como las de las normas laborales y tributarias, tienen la naturaleza propia de *normas antifraude*, dado que pretenden evitar que la sucesión de empresas se utilice como mecanismo para eludir responsabilidades penales, laborales o fiscales, bien de las ya nacidas, bien de las de cierto e inminente nacimiento²⁹. De hecho, el párrafo segundo del art. 130, núm. 2, del CP es expresión inequívoca de ello al referirse a *la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica*, términos que dan cuenta del contenido defraudatorio de la disolución a la que se refiere, que no es la *real* sino la emprendida con un objetivo espurio; el de intentar evitar la responsabilidad penal.

Esta *naturaleza antifraude* hay que tenerla muy presente, porque las normas que determinan la transferencia de la responsabilidad penal (así como la civil *ex delicto*, la laboral o la tributaria) a la empresa sucesora, en supuestos de sucesión de empresas, no son normas que deban de interpretarse de manera meramente formal y aplicarse de forma automática³⁰.

La propia naturaleza de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros

29 Así lo reconoce, sin ninguna duda, la Circular 1/2011 de la FGE, cuando, refiriéndose al art. 130, núm. 2, del CP, señala que “*el precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión*”.

30 Así, señala la Circular 1/2011 que, en la norma del art. 130, núm. 2, del CP, “*se da más importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas*”. Esa naturaleza antifraude de esta norma la reconoce, también, Morales Prats, F., en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I (Artículos 1 a 233), 7.ª ed., Pamplona, 2016, pág. 817; González Gugel, J.: “Traslado de la responsabilidad penal entre personas jurídicas: la existencia de fraude como requisito para la aplicación del art. 130.2 CP”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XXVI, 2023, págs. 326 y ss.

relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, es, igualmente, la de una norma protectora de los derechos de los trabajadores frente a maniobras de cesión o transmisión de empresas o actividades empresariales orientadas a eludir las responsabilidades que para con dichos trabajadores se han contraído.

Con ocasión de las primeras sentencias relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el TS ha afirmado, rotundamente, que a las personas jurídicas les asisten los mismos derechos y garantías constitucionales que a las personas físicas. En este sentido, ya la STS 514/2015, de 2 de septiembre, señalaba que, pese a no haber tenido todavía la oportunidad de pronunciarse sobre el fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, *“parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”*. De igual modo, las posteriores SSTS 154/2016 y 221/2016, han venido reforzando la meritada tesis.

Por su parte, con motivo de la discusión suscitada en torno a la (no) transmisión directa de responsabilidades penales entre la persona física y la persona jurídica, las referidas sentencias han recordado la prohibición de responsabilidad objetiva vigente en nuestro ordenamiento. Especial interés tiene, en este sentido, lo establecido por la STS 221/2016, de 16 marzo, al señalar que *“nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio”*.

Por tanto, el principal problema que plantea la previsión del art. 130, núm. 2, CP, tanto en el orden de la responsabilidad penal como en el de la responsabilidad civil *ex delicto*, consiste en que, si nos atenemos a su estricta literalidad, se hace responder a una entidad por unos hechos delictivos cometidos por otra. En este mismo sentido, también contrario a la interpretación excesivamente formalista del art. 130, núm. 2, el Auto 246/2019, de 30 de abril, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN³¹. En dicha resolución se advierte de *“las graves consecuencias que una aplicación automática del art. 130.2 CP podría acarrear”*, por lo que resulta necesario buscar límites para evitar *“una aplicación de una responsabilidad meramente objetiva, prescrita por nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 146/1994, de 12 de mayo;*

31 Un comentario a dicha resolución en Goena Vives, B.: *“‘To be or not to be’. Comentario al Auto 246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4 de la Audiencia nacional, en relación con los casos de sucesión empresarial (art. 130.2 CP)”*, en *La Ley Compliance penal*, núm. 1, 1 de abril de 2020, págs. 14 y ss.

151/2005, de 6 de junio; 283/2006, de 9 de octubre, y 59/2008, de 14 de mayo)” que “podría vulnerar los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, respecto” tal y como ya ha señalado la STS 668/2017, de 1 de octubre.

Es por lo que la Sala considera que no es posible hacer que las “entidades que nada tienen que ver con los delitos cometidos por las sociedades fusionadas” tengan que responder por los mismos. Y es que “en la mayoría de las ocasiones, este tipo de modificaciones estructurales obedecerá a fines lícitos relacionados con intereses económicos, oportunidades de mercado, u otros de cualquier tipo, ajenos al encubrimiento delictivo, ya que no cabe duda de que los primeros interesados en desprenderse de esa supuesta peligrosidad criminal de las entidades fusionadas serán las propias entidades que las fusionan o absorben, salvo que quieran asumir el coste del daño reputacional”. De ahí la importancia, según la Sala, “del comportamiento de la entidad resultante tras la fusión”, que servirá para “valorar la finalidad de la operación, y si la misma, se llevó a cabo por móviles espurios, acreedores de algún tipo de responsabilidad penal”.

En conclusión, la Sala exige “llevar a cabo una interpretación del precepto acorde con la normativa constitucional y los principios básicos del Derecho penal”, impidiendo que se pueda trasladar a la nueva sociedad “sin más”, los posibles “defectos de organización de la entidad absorbida, ni la existencia de una cultura de cumplimiento de la norma, susceptibles de reproche penal”, puesto que ello nos llevaría irremediablemente a una “vulneración del principio de personalidad de las penas y del de culpabilidad, ya que se haría responder a aquél por hechos ajenos en los que ninguna intervención ni dolosa, ni culposa hubiere tenido, lo que nada tiene que ver con un sistema penal de autorresponsabilidad como el pretendido por el legislador en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

Con todo, las anteriores afirmaciones están sujetas a diversos matices. De este modo, los supuestos de transformación no resultan, *a priori*, demasiado problemáticos, puesto que, pese a existir un cambio de forma o tipo social, se conserva la misma identidad o personalidad jurídica, de acuerdo, como ya vimos, con lo establecido por el art. 17 del Libro Primero del RDL 5/2023.

Igualmente, tampoco parece existir objeción alguna en afirmar la posibilidad de transferencia de responsabilidades entre personas jurídicas cuando se aplica a los supuestos para los que tal figura fue creada, es decir, en casos de fraude. Esta idea es compartida, como ya hemos visto, por el Ministerio Fiscal, que, en su Circular 1/2011, confirma la idea de que “el precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión”. La transferencia de responsabilidad en los supuestos en los que se persiga eludir fraudulentamente la misma, no sólo resulta lógico, sino que, además, es ajustado a derecho, puesto que la entidad sucesora habrá participado, en cierto modo, en la causación culpable del ilícito que genere tales responsabilidades; participación que, dicho

sea de paso, deberá quedar debidamente acreditada, so pena de incurrir en una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En cuanto a la disolución y liquidación, la LSC, establece un proceso complejo, que comienza por la disolución, continúa con la liquidación y termina con la extinción, en el que es difícil imaginar la posibilidad de utilizarlo para eludir responsabilidades de ninguna naturaleza³².

Lo realmente preocupante es que el art. 130, núm. 2, del CP no haga distinción alguna entre los supuestos de sucesión fraudulenta y los que, únicamente, obedecen a operaciones mercantiles exentas de toda perversión. Ello puede dar lugar a que la transferencia de responsabilidades penales, o civiles *ex delicto*, sea aplicada con demasiada amplitud, generando situaciones de dudosa legalidad³³. Porque la única *concesión correctora* que, al respecto, ha introducido el legislador del CP —si bien no se sabe si es peor el remedio que la enfermedad— es la potestad que confiere al Juez de «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». Como señala Sánchez Vera, esta previsión denota la falta de comodidad del legislador con la configuración del traslado de responsabilidades, a la par que resulta perturbadora en tanto en cuanto parece admitir la responsabilidad objetiva siempre que esté sujeta a moderación³⁴.

La cuestión nuclear del problema es que no es ajustado a derecho atribuir responsabilidades, de manera directa y sin que concurra elemento subjetivo

32 Porque la liquidación provoca el cese de los administradores en la representación para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, asumiendo los liquidadores las funciones de suscribir, en unión de los administradores, el inventario y balance de la sociedad al tiempo de comenzar sus funciones con referencia al día en que se inicie la liquidación; llevar y custodiar los libros y correspondencia de la sociedad, y velar por la integridad de su patrimonio; realizar aquellas operaciones comerciales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad; enajenar los bienes sociales; percibir los créditos y los dividendos pasivos acordados al tiempo de iniciarse la liquidación; pagar a los acreedores y a los socios ateniéndose a las normas que se establecen en la ley; y ostentar la representación de la sociedad para el cumplimiento de los indicados fines. Además, los liquidadores son responsables ante los accionistas y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado por fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo.

33 Como señala Mapelli Caffarena, B., en Gómez Tomillo, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Valladolid, 2011, la ubicación sistemática del art. 130, núm. 2, del CP “es de dudosa oportunidad” y su redacción es “tan abstracta, como ambigua y corrobora la precipitación y generalidad con que se han abordado los problemas derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, contemplando “una especie de prorrateo de las penas impuestas a aquellas [las personas jurídicas] cuando... hayan sufrido algún proceso de transformación”.

34 Sánchez-Vera, J., en Ayala Gómez, I. y Ortiz de Urbina, I. (coords.): *Memento Penal Económico y de la Empresa*, Madrid, 2016, pág. 197.

alguno, a una persona jurídica determinada por un delito que ha cometido una persona jurídica distinta, por más que esta última quede, finalmente, integrada en aquella. Si a las personas jurídicas les asisten los mismos derechos y garantías que amparan a las personas físicas, la transferencia de responsabilidades, en términos *objetivos*, supone una clara vulneración del principio de culpabilidad (STC 59/2008, de 14 de mayo).

Hay que aceptar la hipótesis de que el descubrimiento de la comisión del delito, o el inicio de la acción penal, tenga lugar con posterioridad a la realización de algunas de las operaciones que recoge el art. 130, núm. 2, del CP, de modo que no haya sido posible tener un conocimiento anterior de la perpetración del ilícito penal. Igualmente, ha de tenerse presente que, en el orden penal, no existe la posibilidad —a diferencia de lo que ocurre en el ámbito tributario— de que un tercero solicite, a alguna autoridad, que se expida una certificación en la que consten las causas penales que tiene abiertas una determinada persona.

Aun en el mejor de los casos, cuando pueda probarse que la entidad sucesora conocía, o pudo haber conocido de manera razonable, que la persona jurídica sucedida había cometido un delito, seguiría sin satisfacerse la exigencia de culpabilidad de aquélla, en la comisión de tal delito, al no haberse contribuido, en modo alguno, a su ejecución. Por tanto, sería discutible la transferencia directa de responsabilidades.

Al margen de lo anterior, atendiendo a la responsabilidad civil derivada de delito, debemos apuntar que, en un procedimiento penal, no se puede ser perjudicado sin haber sufrido perjuicio, y no se puede ser responsable civil, directo o subsidiario, sin haber generado riesgo alguno (bien porque se haya propiciado, bien porque se haya permitido la actividad presuntamente delictiva del responsable penal principal) o sin haberse beneficiado, directa o indirectamente, del hecho delictivo. De este modo, una aplicación desmedida de la transmisión de responsabilidades civiles en los supuestos de sucesión de empresas, aparte de contravenir los requisitos de aplicación de la responsabilidad civil *ex delicto*, en poco se diferencia del inverosímil supuesto de que una empresa tenga que responder civilmente por los delitos que cometieron sus trabajadores con anterioridad a que los mismos fuesen contratados.

En conclusión, pues, la aplicación del art. 130, núm. 2, del CP, y la consiguiente transferencia de la responsabilidad penal, o civil derivada de delito, solo puede operar en aquellos supuestos de fraude, es decir, aquellos en los que la operación societaria se realiza con el objetivo de eludir las responsabilidades penales o civiles derivadas del delito de la empresa sucedida, en los que sea posible afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos pertinentes en la persona jurídica que responda en última instancia. Sería una figura asimilada al encubrimiento punible. Porque, pese a que el texto de la Ley no impide, en sentido literal, la aplicación de la transferencia de responsabilidades a supuestos distintos de los estrictamente elusivos, tal aplicación entraría en confrontación directa con principios elementales del Derecho penal.

Cuestión problemática será decidir si la transferencia de responsabilidad opera solamente en los casos de concurrencia o encubrimiento doloso de la empresa sucesora o, también, de concurrencia imprudente, supuesto este último que, entendemos, discutible que se debiera incluir.

Este es uno de los ámbitos que más exigirían atención de la jurisprudencia del TS, porque no ha habido más que pronunciamientos tangenciales. Así, por ejemplo, la STS 530/2019, de 31 de octubre (FJ 20), se limita a señalar que *“la mención del art. 130.2 CP debe referirse a todos los supuestos de la Ley 3/2009. Con ello, el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso, no solo en materia de responsabilidad civil pretende, lo que es clave en el tema que tratamos, y es que se huya de que en un supuesto de transformación societaria se busquen mecanismos para ‘escapar’ de un régimen de imposición de penas a la empresa que se transmite, para que la adquirente asuma activo, pasivo y hasta ‘la pena’ impuesta en el régimen de responsabilidad penal ex art. 31 bis CP.*

Si no se produjera la transmisión de la responsabilidad penal y civil en los supuestos de modificación estructural de las sociedades mercantiles podrían admitirse supuestos de fraude en estas transmisiones para dejar sin cumplir la pena, o escapar de los regímenes de la responsabilidad subsidiaria del art. 120 CP en la modalidad de los n.º 2 o 3 CP, dejando a las víctimas y perjudicados sin percibir sus indemnizaciones ante una transmisión societaria de transformación de su estructura y denominación social.

La propia Circular de la FGE 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 señala sobre este punto que ‘El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión’.

Con ello, vemos que existe un régimen de evitación de la extinción de la responsabilidad penal y civil en supuestos de reordenación empresarial y transmisión de activos y pasivos, en cuanto se asume por el adquirente el activo y el pasivo con la contraprestación que se haya pactado en el contrato de cualquiera de las modalidades del art. 1 de la Ley 3/2009, y entre ellas la de cesión prevista en los arts. 81 y ss. Ley 3/2009. Y, en cualquier caso, las vicisitudes que operen entre cedente y cesionario no perjudicarían a la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 CP por delito cometido por empleado de entidad bancaria del cedente, ya que se transmite a quien asume el activo y el pasivo sin exclusión posible” (en sentido similar y muy sucinto, STS 109/2020, 11 de marzo, FJ 9).

Con razón ha puesto de manifiesto González Gugel³⁵ que no se sabe muy bien si la valoración del TS es la de una norma antifraude o de un supuesto de responsabilidad objetiva, porque hay una cierta contradicción en los argumentos.

35 González Gugel, J.: “Traslado de la responsabilidad penal...”, en *ob. cit.*, págs. 363–364.

