

TRIBUNALES

¿Hacia la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones? A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2022

Towards the criminal irresponsibility of small-sized legal entities? Regarding the judgment of the Supreme Court of November 11, 2022

Miquel Fortuny Cendra (1)

Abogado. Socio director de Fortuny Legal

Resumen: La posible inimputabilidad de personas jurídicas sin complejidad ha sido muy debatida por doctrina y jurisprudencia. Hasta ahora, las resoluciones judiciales que han absuelto a personas jurídicas de pequeñas dimensiones se han centrado en el principio *non bis in idem*, pero sin negar su imputabilidad. La STS 894/2022, de 11 de noviembre, va un paso más allá, y por primera vez determina la inimputabilidad de una persona jurídica en base a su incapacidad de cometer un defecto de organización, un hecho propio a ella atribuible, debido a su mínima complejidad organizativa.

Palabras clave: Inimputabilidad corporativa, autorresponsabilidad persona jurídica, defecto estructural.

Abstract: The potential non-imputability of low-complexity legal entities has been widely debated in doctrine and jurisprudence. So far, judicial rulings that have acquitted small-sized legal entities have primarily relied on the principle of *non bis in idem*, without denying their imputability. However, the Supreme Court Judgment 894/2022, dated November 11, goes a step further and, for the first time, determines the non-imputability of a legal entity based on its incapacity to commit an organizational defect, an act attributable to itself, due to its minimal organizational complexity.

Keywords: Corporate non-imputability, legal person self-responsibility, structural defect.

1. INTRODUCCIÓN AL SUPUESTO DE HECHO

La sentencia núm. 894/2022, objeto de este comentario, fue dictada el 11 de noviembre de 2022 por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (ponente D. Ángel Luis Hurtado). (2) En realidad, los hechos son de muy poca significación penal. En efecto, la sentencia recurrida —dictada por la Audiencia Provincial de Lugo en fecha 13 de julio de 2020— condenó por un delito de estafa a una persona física y a una sociedad limitada, de la cual aquella era administradora solidaria, importando la suma defraudada 927 euros. La persona física fue condenada a un año de prisión y la persona jurídica a una multa de 1.854 euros (el doble de la suma defraudada). El Ministerio Fiscal no acusó a la persona jurídica, sino que interesó su responsabilidad civil directa, siendo la acusación particular la que interesó la condena de la sociedad limitada.

Los hechos enjuiciados versan sobre un fraude producido a la hora de adquirir unas determinadas prendas de vestir. La víctima de la estafa solicitó producto a uno de los dos administradores solidarios de la persona jurídica condenada, con la que existía un contrato de asociación/franquicia. El engaño consistió en que el administrador le ofreció determinadas prendas de una prestigiosa marca francesa, producidas supuestamente en París. Sin embargo, al recibirlas, la víctima descubre que las prendas no eran las solicitadas y habían sido reetiquetadas para simular su fabricación por la prestigiosa marca parisina siendo, en realidad, prendas producidas por un fabricante al por mayor.

La sentencia es casada por el Tribunal Supremo absolviendo a la persona jurídica, confirmando, sin embargo, la condena impuesta a la persona física por la Audiencia Provincial de Lugo.

El recurso de casación lo formula la persona jurídica sin fundarlo en modo alguno en alguno de los argumentos jurídicos que utiliza el Tribunal Supremo para absolverla. En efecto, el Tribunal Supremo, aprovecha la solicitud genérica de libre absolución que formula la persona jurídica en su recurso, para desarrollar una línea argumental acerca de su inimputabilidad que, a la postre, conduce a absolverla.

La relevancia y el interés de la sentencia radica en que, por primera vez, el Tribunal Supremo se pronuncia expresamente sobre la inimputabilidad de una persona jurídica no instrumentalizada para el delito, sin unipersonalidad, y que desarrolla una actividad legal. Y ello pese a concurrir los presupuestos para poder ser penalmente responsable: delito del *numerus clausus* cometido por su administrador (hecho de conexión) y beneficio directo para la persona jurídica derivada de la estafa (927 euros). (3)

A lo largo de este artículo vamos a tratar de desgranar el argumento nuclear de la sentencia de 11 de noviembre de 2022, así como añadir otros concomitantes que, sin citarse específicamente en la resolución, en nuestra opinión, reafirman la absolución de la persona jurídica objeto de enjuiciamiento.

2. EL DEFECTO DE ORGANIZACIÓN-HECHO PROPIO DE LA PERSONA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DE SU RESPONSABILIDAD CRIMINAL COMO ELEMENTO FAVORECEDOR DEL DELITO COMETIDO POR LA PERSONA FÍSICA

La sentencia analizada, para cimentar la inimputabilidad de la persona jurídica, parte de un axioma previo: el defecto de organización constituye el hecho propio de la persona jurídica y fundamenta su responsabilidad criminal.

Ya avanzamos y señalamos que, para la resolución comentada —y aquí está su singularidad e interés—, el defecto de organización solo podrá predicarse cuando exista un sustrato material organizativo suficiente.

En su fundamentación se sirve, trayendo a colación diversas resoluciones previas del Tribunal Supremo, de la consolidación jurisprudencial del sistema de responsabilidad penal corporativa como un sistema de autorresponsabilidad o de «culpabilidad» propia, en lugar de un sistema vicarial o de

transferencia por el delito de la persona física. La resolución se pronuncia al respecto en estos términos (FJ 4):

«Cuando hablamos de delito corporativo para referirnos al de la persona jurídica, es porque ha de tratarse de un hecho propio de ella; qué duda cabe, sin embargo, que cualquier hecho, como fenómeno del mundo exterior, generalmente es realizado por una persona física, que, en su caso, deberá responder por él; lo que sucede es que, en evitación de pasar por criterios de responsabilidad objetiva, esa responsabilidad de aquélla no ha de operar por transferencia automática a la exigible a la persona jurídica, sino que el camino elegido para ello ha sido que, para exigir responsabilidad penal a la persona jurídica, con independencia de que presupuesto para ello esté en la actuación de la persona física, sin embargo, en la medida que su imputación ha de asentarse en criterios de imputabilidad propios, tal imputación habrá de ponerse en relación con los fallos en que, por defecto de organización o funcionamiento, incurra en el ejercicio de su actividad sobre la gestión, el control, la supervisión o vigilancia para la prevención del delito de que se trate (...)».

La consolidación jurisprudencial del criterio de autorresponsabilidad no ha sido flor de un día y, de hecho, cuenta con la oposición de un importante sector doctrinal, así como de la postura contraria de la Fiscalía General del Estado (FGE), expresada en sus Circulares 1/2011 y 1/2016 que consideran que nos encontramos ante un sistema vicarial o de heterorresponsabilidad. Las consecuencias de optar por un modelo u otro son muy relevantes desde el punto de vista de los principios y garantías propios del derecho penal. Por ejemplo, el derecho a la presunción de inocencia y la correlativa carga de la prueba, la vulneración del principio acusatorio, el derecho a no autoincriminarse, etc. (4)

Resumidamente, porque excede del objeto del presente análisis, recordaremos brevemente que la defensa del modelo vicarial se sostiene fundamentalmente en el carácter antropocéntrico del sistema penal español. Es decir, que solo un ser humano tiene capacidad de acción y de culpabilidad penal, negándole en consecuencia a la persona jurídica la posibilidad de cometer un hecho propio por su congénita incapacidad de acción y de culpabilidad penal. Según el modelo vicarial, la persona física comete el delito y con ello transfiere automáticamente la responsabilidad penal a la persona jurídica, debido a la imposibilidad de delinquir de esta última.

Algún sector doctrinal ha considerado nuestro modelo como un sistema mixto o híbrido en base a las dos vías de imputación previstas para la persona jurídica (art. 31 bis núm.1 CP, letras a) y b)). Vicarial, cuando los que delinquen son los sujetos previstos en la letra a) del art. 31 bis 1 CP (*top management*), y autorresponsabilidad cuando quienes lo hacen son los subordinados incontrolados previstos en la letra b) del art. 31 bis 1 CP. En el caso del delito de los subordinados se exige un incumplimiento grave del deber de control por parte del *top management* y, por ello, parte de la doctrina ha sostenido que la segunda vía de imputación, a diferencia de la primera, es propia de un modelo de autorresponsabilidad al necesitar un defecto grave en el control de los subordinados. No obstante, la posición de la FGE ha sido la de considerar la responsabilidad como vicarial en sendas vías de imputación de la persona jurídica. (5)

Dichas posiciones son sintéticamente expuestas en la Circular 1/2016 de la FGE:

«Antes de proseguir, vale la pena recordar los dos modelos fundamentales que permiten sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica. El primero atribuye la responsabilidad penal a la persona jurídica entendiendo que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva. Es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación. Su principal dificultad radica en determinar qué personas físicas pueden comprometer al ente colectivo con su actuación.

El segundo modelo, más ambicioso, pero de más difícil encaje en un Derecho Penal antropocéntrico, construye un sistema de imputación propio de la persona jurídica, con nuevos conceptos de acción, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc., de tal modo que es propiamente el ente colectivo el que comete el delito. Se trata de la responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica. Su principal escollo estriba en fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica, destacando las teorías que elaboran la responsabilidad del ente colectivo a partir de lo que se denomina «culpabilidad por defecto de organización». Conforme a este modelo, la persona jurídica es culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial».

A nivel jurisprudencial, el concepto de delito corporativo ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para diferenciarlo claramente del delito individual cometido por la persona física. Según el Alto Tribunal, la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma y, en consecuencia, debe atribuírsele un hecho propio para poder ser condenada, no siendo suficiente con la comisión del delito por la persona física (propio de un modelo vicarial).

En palabras propias de la STS 221/2016, de 16 de marzo (ponente D. Manuel Marchena):

«Habrà 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».

O también de la Sentencia 154/2016, de 29 de febrero, denominada coloquialmente como «la bisiesta» (ponente D. José Manuel Maza):

«(...) ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de

la persona jurídica».

El planteamiento del Tribunal Supremo ha sido el de optar por un modelo de autorresponsabilidad, basado en la contribución de la persona jurídica al delito cometido por la persona física, desde la primera sentencia recaída en la materia hasta hoy. (6) De esta forma, el delito corporativo (persona jurídica) y el delito individual (persona física) se han configurado como dos responsabilidades penales diferenciadas que, si bien se encuentran vinculadas por un mismo presupuesto —el hecho típico cometido por la persona física— son independientes en cuanto a su fundamento.

Asimismo, la Audiencia Nacional —órgano que por su propia naturaleza debe conocer los casos más relevantes en materia de responsabilidad penal corporativa—, también ha venido siguiendo la misma línea argumental, inclusive, llegando a archivar procesos contra personas jurídicas por falta de acreditación indiciaria en fase de instrucción del defecto de organización, imposibilitando con ello a las acusaciones mantener el proceso abierto *sine die* contra las personas jurídicas investigadas. (7)

La jurisprudencia menor también adopta mayoritariamente el modelo de autorresponsabilidad, siguiendo la estela del Alto Tribunal, si bien con algunos vaivenes iniciales. (8)

La noción de un delito propio de la persona jurídica, como injusto estructural favorecedor del delito individual, obedece a una nueva realidad penal empresarial, en la que la interacción de procesos, sujetos, voluntades, decisores, y demás factores culturales, comportan un incremento del riesgo de comisión de delitos. Es decir, las organizaciones dan lugar a un contexto —un ecosistema— que puede favorecer o neutralizar la comisión de delitos individuales por parte de los sujetos que las integran.

Por dicho motivo, parte de la doctrina penal considera insuficiente el modelo de transferencia o vicarial, por cuanto prescinde por completo de los factores organizativos que han podido contribuir a la comisión del delito individual. Dichos factores son los que crean un marco del que se sirve la persona física para poder cometer el delito, aspecto que no queda cubierto o agotado con el castigo a la persona humana.

SILVA SÁNCHEZ lo expresa de la siguiente manera:

«(...) resulta claro que las dinámicas de grupo internas de una persona jurídica pueden ir conformando progresivamente una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos por parte de las personas que las integran

(...)» «El estado de injusto de la persona jurídica, en su caso, sería constitutivo de cooperación o favorecimiento a la realización por la persona física de los elementos específicos de la figura del delito».

«Lo fundamental es que el delito (o como mínimo el hecho antijurídico) cometido por la persona física expresa un estado de defectuosa organización que permita prever una continuidad en la actividad delictiva, de no ser recogido» (9) .

La idea de un defecto estructural como injusto (objetivo) de la persona jurídica ha sido defendida por CIGÜELA: (10)

«El contenido del injusto que se atribuye a la organización viene constituido, por tanto, por aquellos factores estructurales de origen no individualizable que hayan favorecido o incentivado, por encima del riesgo permitido, la comisión de un delito individual en su seno».

«En lo que respecta a la parte objetiva de la imputación, es necesario demostrar que la acción delictiva individual está conectada objetivamente a un defecto estructural de la organización, el cual habría facilitado o incentivado aquel comportamiento en un contexto en el que la entidad debía disponer de medidas preventivas. Es decir, el defecto estructural ha de haber generado un «plus de peligrosidad» no imputable a la persona que cometió el delito, en el sentido de generar mediante su influencia un riesgo jurídicamente desvalorado».

«En estos casos la responsabilidad individual dejará un espacio sin cubrir —el correspondiente a lo que «aporta» el contexto de interacción en la explicación del delito—, y para ello será necesario cubrirlo con un injusto añadido y referido a la propia organización».

Y en línea con el argumento defendido en la sentencia comentada, el mismo autor, al referirse a empresas de pequeñas dimensiones, expone:

«En algunas ocasiones el defecto estructural que co-explica el delito podrá reconducirse a la actuación/omisión de una o varias personas concretas: en esos casos la responsabilidad individual será suficiente para cubrir el injusto que constituye el delito. Por ejemplo, en una empresa pequeña y joven, la falta de medidas de prevención podrá ser fácilmente reconducible a la decisión del administrador único, capaz de identificar fácilmente el peligro y de tomar decisiones al respecto».

Para otros autores, como GÓMEZ JARA, defensor de un modelo de autorresponsabilidad y partidario de un concepto autopoiético o autorreferencial de la persona jurídica —ente con capacidad de culpabilidad propia— el defecto de organización formaría parte del injusto propio de la persona jurídica —en su dimensión objetiva—, al cual debe sumarse la culpabilidad propia consistente en la ausencia de cultura de cumplimiento de la legalidad: (11)

«El principal motivo para ubicarlo en el ámbito del injusto y no de la culpabilidad está basado en el hecho de que dichas medidas de vigilancia y control de riesgos penales son objeto de una determinación objetiva vinculada al delito en concreto cometido».

En esencia pues, el defecto organizativo forma parte del *iter criminis* que explicaría —en todo o en parte— la comisión del delito por parte de la persona física. En el modelo vicarial es suficiente con la comisión del delito individual y, en cambio, en el modelo de autorresponsabilidad se exige la concurrencia adicional de un defecto de organización como hecho propio a la persona jurídica.

3. LA INCAPACIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA PARA COMETER UN HECHO PROPIO: LA COMPLEJIDAD ORGANIZATIVA COMO SUSTRATO DE INIMPUTABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

3.1. La dimensión de la persona jurídica como factor interpretativo del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica

La resolución comentada tiene como clave de bóveda el modelo de autorresponsabilidad resumidamente expuesto en el apartado anterior. Si, por el contrario, la posición sostenida por el Tribunal Supremo hubiera sido la de considerar el modelo como vicarial, la persona jurídica enjuiciada podría haber sido condenada automáticamente, toda vez que los requisitos exigidos por aquél se cumplirían: (i) delito cometido por un administrador solidario (ii) delito del número clausus —estafa— y (iii) delito cometido en beneficio de la persona jurídica.

La novedad y la significación de la sentencia es que, apoyándose en la noción del defecto de organización, absuelve a la empresa por insuficiente complejidad para poder delinquir.

En efecto, se plantea si hay personas jurídicas que, pese a tener una actividad perfectamente legal, debido a su mínima complejidad pueden convertirse en inimputables, atendida su congénita ineptitud para cometer un defecto de organización. Y este es el criterio que utiliza la resolución comentada para absolver a la persona jurídica: la imposibilidad de cometer un injusto organizativo cuando se carece de mínima complejidad para ello.

Haciendo una pequeña introducción, debemos partir de la base que la distinción entre persona jurídica imputable e inimputable no es desconocida en el ámbito del derecho penal corporativo. La resolución más comentada por la doctrina al respecto fue el Auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014, la cual resolvía la inimputabilidad de una sociedad pantalla utilizada meramente como instrumento del delito.

El criterio utilizado en dicho Auto fue el de considerar, tomando como referencia interpretativa el art. 66 bis 2 letra b) CP, que la persona jurídica, en aquel caso, era un mero instrumento, no era real, no tenía actividad alguna más allá de encubrir las actividades ilícitas de las personas físicas escondidas tras su velo. Por tanto, el argumento basal fue el de la finalidad —totalmente ilícita— de la persona jurídica, no el de la complejidad organizativa, si bien es cierto que en aquel momento aún no se había publicado la reforma del Código Penal de 2015 introduciendo los modelos de prevención de delitos. (12)

A nivel legislativo, si analizamos la exposición de motivos de la reforma del Código Penal de 2015, Ley 1/2015, de 30 de marzo, vemos como las dimensiones de la persona jurídica si son consideradas por el legislador en orden a condicionar el alcance de su deber de control. Transcribimos en sus propios términos el contenido de la precitada Exposición de Motivos (la negrita es nuestra):

«La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo

quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

*Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. **En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica».***

Ello sin duda tiene su reflejo directo en la posibilidad que se otorga a personas jurídicas de pequeñas dimensiones a que el cargo de *Compliance Officer* lo ostente su administrador, según así lo prevé el art. 31 bis 3 CP. Persona jurídica de pequeña dimensión, según el precepto citado, es cualquier persona jurídica que pueda presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. Sin embargo, el espectro es amplísimo, por cuanto quedan incluidas las microempresas, las cuales, en la mayor parte de ocasiones, tienen una estructura organizativa que no guarda parangón alguno con la de empresas, por ejemplo, de 50 trabajadores.

Y no solo a nivel legislativo tiene importancia la dimensión o el tamaño de la persona jurídica, sino que sendas circulares de la FGE se muestran sensibles a la importancia y efectos que puede llegar a tener a la hora de solicitar su condena. Toman en consideración dicho aspecto desde (i) la óptica de una eventual vulneración del principio *non bis in idem*, en supuestos de identidad sustancial y absoluta entre el actuar de la persona física y el de la jurídica —muy habitual en personas jurídicas de pequeñas dimensiones—, o bien (ii) cuando pueda resultar irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva cometida.

En tales casos, la Circular 1/2016 (p. 15), dentro del apartado 3 en el que se analiza la imputabilidad o inimputabilidad de determinadas personas jurídicas, propone proceder a la exclusiva imputación de la persona física, haciéndolo en los siguientes términos:

«Otros supuestos en que procede la exclusiva imputación de la persona física eran advertidos por la Circular 1/2011. Se trata de aquellos en 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».

«(...) Puede afirmarse que el sistema de responsabilidad, tal y como se ha diseñado, con las referencias al elenco de sujetos de la letra a), los deberes de control o los propios modelos de organización y gestión, está ideado fundamentalmente para la mediana y gran empresa, en coherencia con las apuntadas razones de política criminal. Para las pequeñas empresas, las exigencias impuestas en los programas pueden resultar excesivas, aun con las correcciones del apartado 3 del art. 31 bis, cuestión ésta que se analizará más adelante».

En similar sentido se pronunciaba la Circular 1/2011 (p. 43) indicando un criterio material —dimensión de la persona jurídica— y no meramente formal, a la hora de evaluar la pertinencia de

solicitar la imputación de la persona jurídica, sugiriendo para ello aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario:

«Los Sres. Fiscales valorarán asimismo la pertinencia de imputar únicamente a la persona física, levantando también en este caso el velo societario, en aquellos supuestos —preferentemente de negocios o actividades unipersonales que adopten formas societarias— en los que la personalidad jurídica sea del todo ajena a la comisión del hecho delictivo, se detecte la falta de verdadera alteridad de la entidad corporativa y exista un solapamiento total entre la voluntad del gestor y la de la persona jurídica, de modo que la imputación conjunta de la persona física y la jurídica pueda generar en la práctica un supuesto de bis in idem».

La introducción del criterio dimensión de la persona jurídica también ha venido teniendo una aplicación práctica jurisprudencial, fundamentalmente, para absolver a personas jurídicas unipersonales bajo la óptica del principio *non bis in idem*. (13)

Pues bien, la sentencia comentada descarta voluntariamente resolver desde la óptica del principio *non bis in idem* (que podría concurrir en el caso enjuiciado) y funda su absolución en la inimputabilidad por mínima complejidad organizativa. (14)

3.2. Argumentación de la sentencia

Entrando propiamente en la argumentación de la resolución, podemos comprobar que la persona jurídica actuaba en el mercado gestionada por uno de sus dos administradores solidarios, a la sazón, quien cerró la contratación fraudulenta. De hecho, el otro administrador solidario resultó absuelto. Las voluntades entre administrador actuante y persona jurídica aparecían solapadas, rayando una dinámica de actuación más propia de una sociedad unipersonal (no compleja). (15)

El trasfondo de la sentencia plantea como poder predicar un defecto estructural de una organización que materialmente no tiene estructura organizativa, que actúa en el mercado a través de tan solo uno de sus dos administradores solidarios. No se trata de un supuesto de laboratorio, sino que en España existen muchas micropymes que adoptan forma societaria, sea por eficiencia fiscal, o bien para evitar la responsabilidad personal, por un tema de imagen, etc. pero que en el fondo carecen de estructura o bien ésta es mínima.

La forma societaria *per se* no confiere complejidad a una organización. Por ejemplo, puede existir una sociedad de dos profesionales liberales, administradores solidarios, que desarrollan la actividad, con una persona auxiliar administrativa. (16) Para entender si existe complejidad organizativa podríamos realizarnos la siguiente pregunta ¿puede continuar la actividad si eliminamos de la ecuación a sus dos profesionales liberales?

Si la respuesta es afirmativa, presupone que existe una mínima estructura que soporta los procesos empresariales que desarrolla la persona jurídica, y que permite continuar la actividad sin sus dos administradores solidarios.

Lo que de forma material confiere complejidad a una organización es la existencia (y posterior

gestión) de diversos factores materiales, humanos, técnicos y organizativos que se interrelacionan entre ellos y que no siempre concurren en personas jurídicas de mínima o casi nula complejidad. Estos factores pueden ser diversos, algunos cuantitativos y otros cualitativos. Por ejemplo, el volumen de personas que llevan a cabo la actividad, los centros de trabajo de que dispone, el volumen o la complejidad de los procesos de negocio, el grado de externalización del producto o del servicio, el número de países en los que actúa la organización, el tipo de sector o actividad en el que opera, la normativa que le aplica (que puede requerir de la implementación de determinados procesos o personas para su cumplimiento), etc.

La complejidad es la que determina la necesidad de desarrollar e implantar modelos de organización y gestión empresarial, ya no para prevenir y evitar delitos —que también— sino todo tipo de riesgos, errores o fallos que pueden producirse en una empresa (defectos de producto, riesgos de continuidad del negocio, riesgos operativos en general, etc.). Cuanta más complejidad más riesgo de cometer errores, mayor necesidad de organizarse debidamente para minimizarlos.

El indicador de la inexistencia de complejidad suele ser el solapamiento y confusión entre el actuar de la persona física y jurídica. En casos como el enjuiciado el poder de decisión y de actuación suele concentrarse en muy pocas personas habitualmente, que llevan a cabo todos los procesos y actividades de la entidad (o su mayor parte), siendo por ello que su voluntad se solapa o confunde con la de la persona jurídica. Esto lleva a concluir la ausencia de alteridad, que es argumentativamente utilizado por la sentencia comentada para predicar la carencia de una mínima complejidad organizativa.

Ilustramos directamente lo anterior, trayendo a colación algunos pasajes de la sentencia:

«(...) ese tratamiento diferenciado de responsabilidades, no está tanto en que se trate de personas jurídicas unipersonales o no, sino en criterios de complejidad y estructura organizativa interna (que la puede haber en sociedades unipersonales), pues, faltando esa complejidad, ni siquiera cabría apreciar la culpabilidad que derivaría del incumplimiento de unos deberes de supervisión y control, que si, como hemos dicho, quedan consumidos en la propia dinámica delictiva del administrador que delinque, bastará con la condena de este, y la absolución de la persona jurídica procederá por su consideración como inimputable (...).».

«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 penal (...).».

Según la sentencia analizada no puede existir un defecto de organización sobre algo que materialmente no existe. Llevando el argumento al límite, podría decirse que el delito es de imposible comisión o que la conducta sería inexigible para la persona jurídica.

El delito obedece a la mera decisión de delinquir de su autor persona física. La única medida de control posible era la propia voluntad, el autocontrol, la ética personal del administrador. En nuestra opinión, el delito cometido no se ve favorecido por un elemento externo o coadyuvante a la voluntad del administrador condenado. Si no era necesaria una estructura para poder desarrollar la actividad propiamente, tampoco lo debería ser para prevenir delitos.

En abstracto, las hipotéticas medidas de control —atendiendo a los hechos probados de la sentencia— serían un proceso de homologación y selección de proveedores, un proceso comercial que hubiera podido detectar que el producto servido no era el adquirido, controles de calidad sobre las prendas, etc. Sin embargo, no existiría estructura humana, técnica u organizativa que los implementara, sino que todas las decisiones confluirían en una única persona, y a su único actuar responde el delito cometido, no a un desorden o descontrol de los procesos internos de decisión y gestión.

De ahí que uno de los requisitos de los modelos de prevención de delitos implícitamente aluda a la complejidad y sustrato organizativo en la toma de decisiones, cuando exige implantar protocolos que regulen los procesos de formación de voluntad de la persona jurídica (no de las personas físicas):

«Art. 31 bis 5 2.º CP: Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos».

Desde otra óptica contraria, algunos autores han señalado el riesgo que supondría extender este criterio de inimputabilidad. En efecto, según esta posición doctrinal, se podría instigar así a que las personas jurídicas no desarrollen *ex profeso* modelos de *compliance*, huyendo de esta forma de la eventual responsabilidad penal a través de la invocación de la ausencia de complejidad organizativa. O también podría hacer decaer la finalidad de prevención general o disuasoria que perseguía la introducción de la responsabilidad penal corporativa, si de convirtiera en una regla general. (17)

En nuestra opinión, la sentencia analizada concibe la inimputabilidad como estructural, inherente al tamaño propio y «natural» de la persona jurídica, con independencia de si existen o no modelos de *compliance* implantados. Si existe esa complejidad estructural, un sustrato organizativo, aunque la persona jurídica omita «dolosamente» formas de control interno de riesgos penales, ello no la convierte en inimputable. De hecho, las sociedades instrumentales que mantienen una mínima actividad legal carecen por lo general de medidas para prevenir delitos, considerándolas el Código Penal plenamente imputables (*ex art. 66 bis 2ª letra b* CP).

La universalidad de la responsabilidad penal corporativa podría apuntalar el argumento de que no existe la posibilidad de predicar la inimputabilidad de una persona jurídica, dado que el legislador, pudiendo, no hizo excepción alguna. (18) Sin embargo, también es de destacar, que se eliminó la obligatoriedad de la adopción de modelos de prevención de delitos. Lo cierto es que el modelo universal de responsabilidad penal de la persona jurídica está funcionando eficazmente como estrategia para integrar la ética y el cumplimiento normativo en el tejido empresarial.

3.3. Otros argumentos concomitantes

El razonamiento absolutorio por mínima complejidad, *mutatis mutandis*, podría aproximarse a los argumentos utilizados por la jurisprudencia para diferenciar entre grupo y organización criminal, basados precisamente en la estructura organizativa. (19) En efecto, a nivel jurisprudencial se considera un atributo de la organización criminal vs grupo criminal la mayor complejidad y estructura organizativa. Y ello les confiere una mayor peligrosidad delictiva que justifica la imposición de una pena más grave. (20)

El hecho de ostentar la persona jurídica la condición de sujeto pasivo del proceso penal, de gozar del estatuto procesal de investigado, le convierte en beneficiaria de los principios inspiradores del derecho penal. Por ello, a la hora de desarrollar su estrategia de defensa, puede invocar cualquiera de los principios propios del derecho penal. Entre otros los principios de ofensividad-lesividad o relevancia penal de la conducta, con independencia de las posiciones dogmáticas sobre la responsabilidad penal corporativa. (21)

En efecto, en el caso enjuiciado, otro enfoque para la absolución de la persona jurídica podría ser el derivado del principio de ofensividad o lesividad. Aunque la sentencia considera a la persona jurídica inimputable, en cualquier caso, debido a esa mínima complejidad, cualquier eventual defecto de organización que pretendiéramos atribuirle probablemente no superaría el filtro de relevancia penal para considerar su conducta como penalmente relevante. En el fondo sería ir contra la realidad de las cosas.

En nuestra opinión, debemos tener presente que, si el hecho propio de la persona jurídica es el defecto de control, éste debe ser penalmente relevante por exigencias derivadas del principio de lesividad u ofensividad. Ello es lo que parece desprenderse de una interpretación sistemática del art. 31 bis CP. (22) En efecto, si tenemos en consideración el art. 31 bis 1, letra b) CP, éste nos indica que el quebrantamiento de los deberes de control debe constituir un incumplimiento grave, no leve, con lo que, en nuestra opinión, la contribución al delito por parte de la persona jurídica debería estar teñida de un plus de gravedad para considerarla penalmente relevante.

De forma complementaria podría esgrimirse el principio de intervención mínima, aplicable en la interpretación restrictiva de la norma penal (31 bis CP), sin perjuicio de las objeciones y discusiones, dogmáticas y jurisprudenciales acerca de si es un principio exclusivamente dirigido al legislador o bien puede ser aplicado por los Tribunales en su labor de interpretar la norma penal. (23) Sobre la conjunción del principio de lesividad y el de intervención mínima encontramos la posición de NAVARRO MASIP quien sostiene la posibilidad de aplicación judicial:

«Cuando se vincula el principio de intervención mínima con el principio de insignificancia, el propio Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 374/2011 de 10 mayo otorga carta de naturaleza a dicho principio como criterio interpretativo de carácter restrictivo, vinculándolo con la lesividad al bien jurídico: «En relación al «principio de insignificancia», hay que recordar que la falta de tipicidad penal de la acción puede tener un doble origen: a) Cuando la acción enjuiciada no aparece descrita en el tipo penal, es decir, no es típica y b) Cuando, aún apareciendo normalmente incluida en

aquella descripción, una motivada interpretación restrictiva de la norma en sintonía con el principio de mínima intervención la excluya por no quedar suficientemente afectado bien jurídico alguno, ya que en definitiva sólo el ataque a este justificaría la descripción de la acción típica. En tal sentido se refiere la doctrina científica a causas de exclusión de la tipicidad que no son equivalentes a las causas de justificación porque estos descansan sobre la existencia de una acción típica».

4. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 2022, determina la inimputabilidad de una persona jurídica no instrumentalizada para el delito, sin unipersonalidad, y que desarrolla una actividad legal.

Para ello, y siguiendo la línea jurisprudencial mayoritaria, parte de la necesaria atribución de un injusto propio de la persona jurídica para poderla responsabilizar penalmente, consistente en un defecto estructural favorecedor del delito individual cometido.

La idea basal de la resolución es la incapacidad de cometer un delito corporativo por insuficiente sustrato organizativo de la persona jurídica enjuiciada. Su mínima complejidad la convierte en inhábil para cometer el delito corporativo.

La persona jurídica, más allá de su existencia formal, y siguiendo el criterio de la sentencia analizada, debe atesorar elementos organizativos que impliquen gestión y organización de procesos, personas, etc. para la consecución de sus objetivos. Cuando existe solapamiento de voluntades entre persona física y jurídica, derivado de esa mínima complejidad, sería suficiente el castigo de la persona física para englobar la totalidad del injusto.

No consideramos que la resolución sea extrapolable a otros supuestos, a modo de regla general de inimputabilidad de empresas de pequeñas dimensiones. Básicamente, porque el legislador, pudiendo, no excluyó del régimen de responsabilidad penal corporativa a persona jurídica de tipo alguno. Deberán ser analizadas las circunstancias concurrentes en cada supuesto de hecho.

En nuestra opinión, la argumentación de la sentencia comentada está alienada con los principios de culpabilidad, lesividad e intervención mínima que rigen en el derecho penal. Esas son las consecuencias prácticas de optar por una responsabilidad penal de la persona jurídica, la necesidad constitucional de respetar y aplicar los principios inspiradores del derecho penal a cualquier sujeto pasivo del mismo.

(1)

Abogado. Socio director de Fortuny Legal

[Ver Texto](#)

(2) <https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/10173811/estructura%20del%20delito/20221125>

Ver Texto

(3) Al margen del pronunciamiento objeto de este análisis, la sentencia también se pronuncia sobre los conflictos de interés entre administradores vs persona jurídica (inexistencia en este caso) así como la vulneración del principio acusatorio por la acusación particular (no habiendo acusado el MF a la persona jurídica) por cuanto no incluye, ni en su querella, ni el relato de hechos del escrito de acusación, ningún elemento incriminatorio para con la persona jurídica, como tampoco los expresa el Auto de apertura de juicio oral, afirmando la sentencia que no debería haberse abierto juicio oral contra la persona jurídica.

Ver Texto

(4) Como expresa LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal», *RPCC* 25, 2015, «Nuestros legisladores han optado por un sistema penal de sanción a las personas jurídicas. España y Portugal han optado por los cañonazos (las penas) y no por las balas (las sanciones administrativas), y ahora han de ser consecuentes con tal opción: como es peligroso, disparar con cañón tiene sus reglas, sus garantías, sus principios, más estrictos que disparar con balas o con flechas, más estrictos que sancionar administrativamente», p. 100.

Ver Texto

(5) Circular FGE 1/2016 p. 3 «Pues bien, 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».

Ver Texto

(6) *Ad exemplum* STS 123/2019, de 8 de marzo (ponente D. Colmenero Menéndez); STS 234/2019, de 8 de mayo (ponente D. Porres Ortiz de Urbina); STS 668/2017, de 11 de octubre (ponente D. Manuel Marchena); STS 165/2020, de 19 de mayo (ponente D. Julián Sánchez Melgar).

Ver Texto

(7) *Ad exemplum* AJCI 2 AN, de 3 de febrero de 2020; AJCI 6 AN, de 23 de marzo de 2022 (asunto Villarejo/CaixaBank/Repsol).

Ver Texto

(8) *Ad exemplum* SAP Oviedo 117/2022, de 10 de marzo (asunto Aquagest); SAP Tenerife 285/2021, de 20 de julio.

Ver Texto

(9) SILVA SÁNCHEZ (2013), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 1ª ed., Atelier, Barcelona, pp. 35 y 36.

[Ver Texto](#)

(10) CIGÜELA SOLA, «El injusto estructural de la organización» *Indret*, 1/2016.

[Ver Texto](#)

(11) GÓMEZ JARA (2016), *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor, p.131.

[Ver Texto](#)

(12) AAN 19 de mayo 2014 «(...) 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».

Y en cuanto al fundamento basal para determinar en aquel momento la inimputabilidad «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 instrumentalmente 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**» (la negrita es nuestra).

[Ver Texto](#)

(13) STS 746/2018, de 13 de febrero (ponente D. Antonio del Moral); AP Madrid 22/2020, de 20 de febrero; y también la más reciente STS 747/2022 (ponente D. Antonio del Moral), que cita expresamente en su fundamentación la sentencia objeto del presente análisis.

[Ver Texto](#)

(14) Afirma la sentencia objeto de análisis «Dejamos al margen el planteamiento desde el punto de vista del principio non bis in idem, ante la problemática que plantea hablar de doble condena, cuando persona física y jurídica no son la misma persona y el fundamento de la condena de una y otra no es el mismo, y nos centramos en elemento complejidad». La problemática a la que alude la sentencia con dicha afirmación deriva de la adopción del modelo de autorresponsabilidad. En efecto, dado que el delito individual no se

transfiere directamente a la persona jurídica, sino que debe existir un hecho propio atribuible a la organización como tal, ello implica la dificultad de aplicar el principio *non bis in idem*, al tratarse de fundamentos distintos de responsabilidad. Además, en el caso enjuiciado, no se trataba de una sociedad unipersonal.

[Ver Texto](#)

- (15) Especialmente en el marco de los grupos empresariales, en no pocas ocasiones una filial es 100% participada por la matriz, siendo por tanto unipersonal. Por ello, particularmente en estos casos, la unipersonalidad no es *per se* sinónimo de falta de complejidad organizativa .

[Ver Texto](#)

- (16) Lo comentábamos así en 2014, coincidiendo con el dictado del AAN de 19 de mayo de 2014: Inimputabilidad de la persona jurídica ¿dos caras de la misma moneda? - Fortuny Legal

[Ver Texto](#)

- (17) 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», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2023, comentando la resolución objeto de este análisis *«puede incentivar una perniciosa estrategia en las personas jurídicas de pequeño tamaño y con pocos individuos donde preexista un nivel de aquiescencia frente a conductas impropias o, en cambio, predomine cierto temor a los efectos de estas se produzcan a pesar de fijar ciertas cautelas: que no se promueva la aplicación de políticas y procedimientos de autorregulación regulada como la adopción de sistemas de compliance, por entender que ello puede repercutir muy negativamente en un eventual proceso penal»*, p. 15.

[Ver Texto](#)

- (18) Más allá de posibilitar que en las empresas de pequeñas dimensiones sea el administrador quien pueda ostentar el cargo de *Compliance Officer*. Cuando se introdujeron los modelos de *compliance* a través de la reforma de 2015, la doctrina, como por ejemplo ADAN NIETO, propuso al legislador opciones que pasaban por la idea de tomar en consideración una dimensión mínima necesaria para que la persona jurídica pudiera ser responsable penalmente. Se sugirieron diversas opciones, a partir de 50 trabajadores, o bien por encima de los 250, etc.

[Ver Texto](#)

- (19) STS 2 de febrero de 2006, respecto a los requisitos para poder apreciar la existencia de una organización criminal *«...la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes. Lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la*

posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión».

[Ver Texto](#)

(20) STS de 10 de julio de 2015 establece la complejidad estructural y la consistencia de la estructura organizativa para diferenciar entre organización y grupo criminal *«la inclusión de determinadas conductas en el grupo criminal, prescindiendo de la figura de la organización criminal, tanto en relación a los artículos 570 bis y siguientes, como, concretamente, respecto del subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal del artículo 369 bis del Código Penal, se basa, por lo tanto, en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa, que ha de ser mayor en la organización criminal, pues es la conjunción de la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta, en tanto que las facilita afrontar operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan (STS 1035/2013). Por su parte el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente (STS 950/2013)».*

[Ver Texto](#)

(21) En estos términos se pronuncia la STS 221/2016, de 16 de marzo (ponente Manuel Marchena) *«Esa afirmación no es sino consecuencia del nuevo estatuto de la persona jurídica en el proceso penal. Es importante, además, destacar que 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. Y es que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad».*

También la STS 514/2015, de 2 de septiembre (ponente Manuel Marchena) *«Sin embargo, 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».*

[Ver Texto](#)

(22) LASCURAÍN SÁNCHEZ, RPCC 25, 2015: *«Por un lado porque solo prevé la punición de la imprudencia menos grave para nada menos que los casos de homicidio (art. 142.2) y lesiones muy graves (art. 152.2). Sería raro entender que en este régimen de excepcionalidad cabe cometer por imprudencia menos grave los muchos delitos que pueden imputarse a la persona jurídica. Acaba concluyendo "A mi juicio, si el incumplimiento no es grave, no cabe responsabilidad penal de la persona jurídica"», p. 102.*

[Ver Texto](#)

(23) NAVARRO MASSIP, «La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de

la tipicidad en relación al principio de intervención mínima», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8/2011, p. 7.

[Ver Texto](#)