

# **Grupos de sociedades y responsabilidad penal: una anomalía en el proceso decisional\***

*Groups of Companies and Corporate Liability:  
an Anomaly in the Decisional Process*

**Francisco Javier SOSA ÁLVAREZ**

Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF)

**Ana Isabel SEGOVIA SAN JUAN**

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

**Antonio Luis SAN FRUTOS VELASCO**

Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF)

**Resumen:** este trabajo analiza el impacto que la norma recientemente modificada sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, tendrá sobre los modelos de conducta en la empresa. Más en particular, la consecuencia que tendrá en las pautas de comportamiento de los grupos de sociedades las instrucciones que, a través de sus representantes e incluso de parte de su personal, la sociedad dominante pueda cursar a las sociedades dependientes. Estos comportamientos pueden interpretarse como causantes de un desvío irregular de activos que pueden promover la asunción de responsabilidad penal para la compañía matriz. Se trata de una situación desconocida hasta ahora y cuya aplicación práctica exigirá separar con precisión lo que es simplemente una mala decisión, de lo que es una instrucción planificada y orientada a “vaciar” la compañía filial, provocando o agravando su desequilibrio patrimonial.

**Abstract:** this paper looks at the impact on the decisional models of companies that will have the recently amended standard on corporate liability. Even more,

---

\* Este artículo obtuvo, el paso curso académico 2016-2017, el Premio Reina María Cristina, en su quinta edición, en la modalidad de Economía, patrocinado por el Banco de Santander. El jurado calificador estuvo formado por: D<sup>a</sup> María Begoña García Greciano, Decana de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Complutense de Madrid, Presidenta; D. Alfonso Novales Cinca, Catedrático de Fundamentos del Análisis Económico de la Universidad Complutense de Madrid, Vocal; D. José B. Terceiro Lomba, Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad Complutense de Madrid, Vocal, y D. Agustín Alonso Rodríguez, Decano de Administración y Dirección de Empresas del Real Centro Universitario “Escorial-María Cristina”.

it analyzes the forecasted result on the behavioral guidelines of the groups of companies because of the instructions given to the subsidiaries by their representatives as well as part of their own personnel. These instructions may be considered as a mean of an irregular deviation of assets that can lead to corporate liability of the parent company. In fact, it's an unknown situation whose practical application require a precise separation between a bad decision and an instruction aimed to run off the subsidiary, that will cause or even getting worse its equity imbalance.

**Palabras clave:** grupos de sociedades, responsabilidad penal personas jurídicas.

**Keywords:** groups of companies, corporate liability.

**Sumario:**

- I. Introducción.**
- II. Fundamentos de la responsabilidad penal de la sociedad dominante.**
- III. La responsabilidad penal de la sociedad dominante en la insolvencia punible.**
  - 3.1. Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de la sociedad dominante.
- IV. Conclusiones y posicionamiento personal de los autores.**
- V. Referencias bibliográficas.**

**Recibido: junio 2017.**

**Aceptado: septiembre 2017.**

## I. INTRODUCCIÓN

Sería muy interesante llevar a cabo un análisis multidisciplinar para entender la escasa evolución normativa del último siglo sobre las personas jurídicas, pues mientras que de una parte adquirirían un protagonismo económico cada vez mayor, hasta el punto que muchas de ellas valen en los mercados más que todo el Producto Interior Bruto de algunos países, su regulación legal, en opinión de buena parte de la doctrina y la jurisprudencia, presentaba no pocas lagunas. Sería interesante incluso estudiar por qué el equilibrio legal entre derechos y obligaciones que tienen las personas, tanto físicas como jurídicas, se rompía en materia de responsabilidad imponiendo cada vez mayor responsabilidad a las personas físicas y casi nula a las personas jurídicas. Y desde luego, y entre otros aspectos que podrían ser aquí reconocidos, sería interesante analizar qué fenómeno catalizador (o conjunto de ellos) ha provocado en España el punto de inflexión que se aprecia desde hace unos pocos años y que ha derivado en un ajuste importante en la brecha normativa antes identificada. Algunos autores se refieren a la influencia de los compromisos y acuerdos contraídos por España a nivel internacional (véase, entre otros, BANACLOCHE, J., ZARZALEJOS, J. y GÓMEZ-JARA, C., 2011, y MOLINA, C. y MOLINA, L., 2012) y algunos otros lo vinculan de forma exclusiva a la influencia del ordenamiento norteamericano (NIETO, A. y ARROYO, L. 2013). Por el contrario, la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2016) opina que *“ninguna experiencia normativa internacional avala la necesidad de la reforma [acometida en 2015], como tampoco el inicial reconocimiento de las personas jurídicas realizado en 2010 podía justificarse en obligaciones derivadas de los tratados internacionales o de la normativa de la Unión Europea (...). Entonces y ahora eran factibles otras opciones, como la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas”*.

Lo cierto es que, en los países de nuestro entorno, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido objeto de una reciente regulación, salvo en los casos de Holanda (desde la modificación de su Código Penal de 1976) y Gran Bretaña (aunque no con tanta claridad como Holanda) que estaba

plenamente consolidada con anterioridad. En el resto de países, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo en 1994 (Francia), 1996 (Dinamarca), 1999 (Bélgica), 2003 (Polonia y Suiza), 2005 (Austria), 2006 (Rumanía), 2007 (Portugal), 2010 (Luxemburgo y España) y en 2012 (República Checa). El caso controvertido de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia y Alemania exige un análisis más profundo que excede los límites de este trabajo (véase BOLDOVA, M., 2013).

Sea como fuere, en el año 2004 entra en vigor una reforma del Código Penal (en adelante CP) en cuya Exposición de Motivos se avanza la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque la posterior aplicación práctica del artículo referido (31.2 del CP) fue, hasta el momento de su derogación en 2010, sumamente escasa (GÓMEZ-JARA, C., 2010a). Este cambio radical se retoma en el proyecto nonato de 2006 de modificación del CP, pero que en definitiva constituye el sustrato del texto de 2008, que ve la luz en el año 2010, y que ha sido objeto de modificación con arreglo a Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, después de un prolongado trámite parlamentario.

La regulación prevista en el art. 31 bis apartado 1 del CP prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos previstos en el propio texto normativo<sup>1</sup> cuando se hayan cometido en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o bien ostenten facultades de organización y control dentro de la misma. También serán penalmente responsables en aquellos otros casos en los que el delito se hubiera cometido en su nombre y provecho por quienes

---

<sup>1</sup> La relación de delitos previstos que actúa como auténtico *numerus clausus* queda en la forma siguiente (ver Libro II CP): delito de tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (art. 156 bis 3), delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 7), delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (art. 189 bis), delitos de descubrimiento, revelación de secretos y allanamiento informático (art. 197 quinquies), delitos de estafa (art. 251 bis), frustración de la ejecución de sentencias (art. 258 ter), delitos de insolvencia punible (art. 261 bis), delito de daños informáticos (art. 264 quáter), delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288), delito de blanqueo de capitales (art. 302.2), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis 5), delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 5), delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328), delito relativo a las radiaciones ionizantes (art. 343.3), delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3), delito contra la salud pública (art. 366), delito de tráfico de drogas (art. 369 bis), delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis), delito de cohecho (art. 427 bis), delito de tráfico de influencias (art. 430), delitos de odio y enaltecimiento (art. 510 bis) y delito de captación de fondos para el terrorismo (art. 576).

estando sometidos a la autoridad de las personas físicas anteriores, los han podido llevar a cabo por haberse incumplido gravemente sobre ellos los deberes de supervisión, vigilancia y control atendidas las concretas circunstancias del caso.

A los efectos de este trabajo nos interesa concentrarnos en la responsabilidad derivada del delito de insolvencia punible porque presenta la singularidad de su idoneidad en el ámbito de los grupos de sociedades como intentaremos presentar a continuación. Se trata de un delito perseguible únicamente cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso (art. 259.4 del CP), y exige alguna de las siguientes actuaciones:

- 1.<sup>a</sup> Ocultar, causar daños o destruir los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.
- 2.<sup>a</sup> Realizar actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.
- 3.<sup>a</sup> Realizar operaciones de venta o prestaciones de servicios por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.
- 4.<sup>a</sup> Simular la obtención de créditos de terceros o reconocer créditos ficticios.
- 5.<sup>a</sup> Participar en negocios especulativos, cuando carezcan de justificación económica y resulten, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrarios al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.
- 6.<sup>a</sup> Incumplir el deber legal de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad, o cometer en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.
- 7.<sup>a</sup> Ocultar, destruir o alterar la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende

este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8.<sup>a</sup> Formular las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o se incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

9.<sup>a</sup> Realizar cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.

Se trata de actos que difícilmente serán realizados por una persona jurídica, sino más bien por las personas físicas que tienen a su cargo la administración social y cuya responsabilidad estaba bien tratada por la regulación anterior. Sin embargo, cuando el cargo de administrador o las facultades de organización y control, recaen en una persona jurídica, como normalmente ocurre en los grupos de sociedades, el cambio operado en los últimos años adquiere, a nuestro modo de ver, toda su relevancia.

Esta preocupación que tenemos contrasta peligrosamente con la percepción que de este problema tienen algunas empresas. Si tomamos como referencia a las sociedades que componen el IBEX-35 (todas ellas cabeceras de importantes grupos empresariales) resulta que, de acuerdo con un estudio realizado por la consultora Ribas y Asociados en 2015 a partir del análisis de sus modelos de prevención de responsabilidad penal, la insolvencia punible es a la que menos atención se presta, con un escaso 23,5% de presencia en los códigos vigentes. A parecidas conclusiones llega otro estudio realizado en el mismo período por Ernst & Young.

En nuestra opinión el problema es muy real. Pensemos, por ejemplo, en una situación en la que la sociedad dominante, a través de sus representantes en el órgano de gestión de la sociedad dependiente ejecuta decisiones que llevan al desequilibrio patrimonial de la compañía participada. Estas decisiones pueden ser simplemente erróneas desde el punto de vista económico o, en otros casos, dirigidas a vaciar de patrimonio, de negocio o de ambos “*activos*” a la filial en beneficio de la sociedad matriz. Las decisiones erróneas pueden dar lugar a alguna acción por daños derivados de una administración imprudente, pero el segundo supuesto permite ahora explorar la posibilidad de exigir

responsabilidad penal a la sociedad dominante como elemento disuasorio frente a estas actuaciones. Y decimos explorar porque la regulación penal analizada exige poseer personalidad jurídica independiente para la atribución de responsabilidad, de la que carecen los grupos de sociedades. Por ello, la norma penal prevé la imposición de las denominadas *consecuencias accesorias* en el art. 129 del CP para su aplicación en aquellos casos en los que el delito se haya cometido en el seno, con la colaboración, a través, o por medio de, entes carentes de personalidad jurídica, así como también para otros delitos<sup>2</sup> que se añaden al catálogo anterior. En nuestra opinión, no es el “grupo” como ente que toma estas decisiones sino la sociedad dominante o cualquier otra persona física o jurídica vinculada a ésta, por lo que fácilmente se puede concluir la aplicación del régimen normal de responsabilidad penal previsto para las personas jurídicas.

## II. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA SOCIEDAD DOMINANTE

Entendemos que cualquier intento por establecer la base para atribuir responsabilidad penal en los grupos de sociedades pasa por repasar, al menos brevemente, su función económica, para luego analizar el marco que nos ofrece el Derecho.

Desde el punto de vista económico, la gestión de la empresa en entornos cada vez más competitivos y con intereses de los grupos que coexisten en ellas en permanente conflicto, obliga a dirigirla hacia la maximización de su valor como requisito de supervivencia (GUERRAS, L. y NAVAS, J., 2007: 87).

Si entendemos que la creación de valor, como medio idóneo para lograr ese objetivo, pasa necesariamente por aumentar la capacidad de la empresa para generar rentas o beneficios, es decir, por incrementar la rentabilidad de sus activos productivos (CUERVO, A., 1991: 17), las estrategias combinatorias resultan idóneas para tal fin en la medida que se produzca lo que se ha convenido en denominar sinergias positivas.

En el Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007, de 16 de noviembre, con las modificaciones introducidas por RD 1159/2010, de 17 de septiembre,

---

<sup>2</sup> Delitos relativos a la manipulación genética (art. 162), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), negativa a actuaciones inspectoras (art. 294), delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318), falsificación de moneda (art. 386.4) con una regulación duplicada, pues también figura en la relación anterior, lo que provocará no pocos problemas, asociación ilícita (art. 520) y organización y grupos criminales y terroristas (art. 570 quáter).

PGC en adelante) se definen las combinaciones de negocios como aquellas operaciones en las que una empresa adquiere el control de uno o varios negocios (cf. norma de registro y valoración 19ª del PGC). Nótese que el legislador ha evitado referirse a combinaciones de empresas para acercarse más a la casuística empresarial que permite que lo que se combinen sean tanto empresas como líneas de productos (por ejemplo, la división de banca por internet de una entidad de crédito), mercados (por ejemplo, las operaciones de una empresa hotelera en Centroamérica) o líneas de productos y mercados (por ejemplo, la toma de control sobre la actividad de explotación de recursos naturales en un país en desarrollo para completar el ciclo de negocio en una empresa del sector energético).

A su vez, continúa el PGC, y en función de su forma jurídica, las combinaciones de negocios pueden originarse como consecuencia de:

- a) La fusión o escisión de varias empresas.
- b) La adquisición de todos los elementos patrimoniales de una empresa o de una parte que constituya uno o más negocios.
- c) La adquisición de las acciones o participaciones en el capital de una empresa, incluyendo las recibidas en virtud de una aportación dineraria.
- d) Otras operaciones o sucesos cuyo resultado es que una empresa, que posee o no previamente participación en el capital de una sociedad, adquiere el control de esta última sin realizar una inversión.

Aunque sería muy interesante analizar cada una de estas fórmulas en lo que se refiere al estudio de las consecuencias penales para los intervinientes, limitamos este trabajo a la estrategia de combinación que obtiene el control sobre otra compañía, bien mediante la inversión en su capital o bien mediante acuerdos u otras operaciones que persigan este mismo resultado. Frente a otros mecanismos combinatorios, los grupos de sociedades presentan la ventaja de que limitan la responsabilidad, en la esfera mercantil, de la sociedad dominante, pues las sociedades dependientes mantienen su personalidad jurídica propia y responden pues autónomamente de sus deudas sin que, en principio, se pueda extender la responsabilidad a la compañía matriz.

Como es natural, y en defensa de sus intereses, la sociedad dominante designa sus representantes en el órgano de gobierno de la compañía filial. En este sentido, CHULIÁ, F. (2011: 23) diferenciaba entre lo que denominaba grupos de sociedades *auténticos*, organizados, afirmaba, de forma centralizada

o descentralizada, pero respetando un margen de autonomía a las distintas sociedades del grupo (aunque bajo la unidad que impone el plan estratégico del grupo y los mecanismos de control establecidos por el órgano de administración de la sociedad dominante) y los grupos *patológicos*, en los que se produce un sistemático abuso de la personalidad jurídica de las sociedades dominadas, que justifica el levantamiento del velo y la declaración de responsabilidad de la sociedad dominante y de sus administradores, sea por la impartición efectiva de instrucciones contrarias al interés social de las sociedades dominadas o sea por la actuación persistente de la sociedad dominante que la convierte en administrador de hecho (ver también EMBID, J., 2012 y LATORRE, N., 2003).

En todo caso, los grupos de sociedades consiguen, o deberían conseguir, unos objetivos que permiten alcanzar sinergias positivas: economías de escala, adquisición de tecnología, mejor acceso a los mercados financieros y de aprovisionamientos, mayor visibilidad del conjunto, así como la posible tributación en régimen consolidado, etc. El objetivo último, en defensa de sus accionistas, debería ser lograr las mencionadas sinergias positivas, esto es, que el valor del negocio combinado sea superior a la suma de los valores de los negocios que se combinan.

Se presenta pues la estrategia combinatoria de los grupos de sociedades como un mecanismo apto para la creación de valor como objetivo primario en la moderna gestión de las empresas. Para que exista un grupo de sociedades se requiere que exista una sociedad dominante y al menos, una sociedad dependiente. Entre ellas debe existir una relación de control en los términos previstos en el art. 42 y siguientes del Código de Comercio, esto es, la sociedad dominante tiene el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de las dependientes, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades. En aquellas situaciones en las que no se pueda evidenciar la existencia de control, no habrá grupo de sociedades como entidad que informa, y ello plantea dos grandes interrogantes a los fines de nuestro trabajo. En primer lugar, convenimos con ÁLVAREZ, S. y CORONA, E. (2016: 19-20) que no siempre será sencillo identificar la existencia de control a pesar de las presunciones incluidas en el Código de Comercio. En segundo lugar, las normas de consolidación dejan fuera de su regulación a los denominados grupos horizontales, es decir, aquéllos integrados por empresas controladas por cualquier medio por una o varias personas, físicas o jurídicas, que actúan conjuntamente o bajo una dirección única, subrayando el concepto de “*unidad de decisión*”, y que por lo demás están previstos en el artículo 260 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC en lo sucesivo). Es cierto que el antes referido art. 129 del CP se refiere a grupos sin añadir un

calificativo, pero mucho nos tememos que el carácter de *última ratio* característico del Derecho penal lleve a excluir a los grupos de sociedades horizontales.

La regulación en España de los grupos de sociedades se ha ocupado con cierta profundidad de aspectos contables y fiscales básicos y, desde hace relativamente poco tiempo, de los problemas derivados de la administración de una persona jurídica por otra mediante la incorporación del art. 212 bis del TRLSC (introducido por el número 12 del artículo primero de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de LSC y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE) que requiere la designación de una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

A nuestro modo de ver, queda con escasa regulación la multitud de problemas que se pueden suscitar en los grupos de empresas por el conflicto derivado entre el control y la capacidad de decisión en manos de una persona y las distintas personalidades jurídicas, y que van a requerir un esfuerzo continuo de la jurisprudencia y la doctrina para ir resolviendo las cuestiones litigiosas para las que dispone, como referente único, de la regulación acerca de los deberes de los administradores de una sociedad (arts. 225 y siguientes del TRLSC) y, en este sentido, del art. 204.1 del TRLSC que prevé la impugnación de los acuerdos que sean lesivos para el interés social en beneficio de un socio (la sociedad dominante a los fines de nuestro trabajo) o de un tercero (por ejemplo, el caso en el que una compañía ejerce el control sobre otra por medio de acuerdos o pactos).

Baste como ejemplo de las soluciones jurisprudenciales la Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona de 21 de junio de 2013, en la que se hace prevalecer el interés de la filial sobre la sociedad dominante, resultando irrelevante para dictar la Sentencia la existencia o no de grupo en el sentido de las normas sobre consolidación contable, puesto que el centro de atención se sitúa en la dirección unitaria. Llama también la atención el énfasis que pone la AP acerca de que el administrador (sociedad dominante) debe velar por el interés de los socios externos y, en ese sentido, analizar si las compensaciones que reciba la compañía controlada por una decisión que es dañina para sus intereses son suficientes o no. De esta forma, y por vía jurisprudencial, se da entrada a la validez de las decisiones “*productivas*” (en términos de valor) y no tanto a las decisiones “*extractivas*” que suponen un vaciamiento patrimonial en la entidad controlada. O incluso, dando un paso más allá, es notable, por su interés, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007, en la que se anula una decisión del consejo de administración de una compañía, no por ser fácticamente perjudicial para el interés social de la filial (controlada, por cierto, mediante acuerdos o pactos *parasociales*) sino por ser perjudicialmente sospechosa.

La cuestión que sigue es reflexionar acerca de la responsabilidad penal, esto es, preguntarse acerca de si el autor de un hecho típico y antijurídico como el analizado en los párrafos anteriores es o no culpable, lo que en definitiva exige preguntarse acerca de la capacidad de acción y de culpabilidad de las sociedades dominantes.

Antes aún no podemos negar la existencia de toda una corriente doctrinal que se muestra abiertamente en contra de sancionar penalmente a las personas jurídicas (de entre la nutrida cantidad de ejemplos destacamos, entre otros, a BAJO, M., 1996, OCTAVIO, E., 2002 y WEEZEL, A., 2014).

Entre otras cuestiones, se subraya la posible imputación de un delito a una persona jurídica por traslado de la negligencia de unas personas hacia otras (el directivo que ha actuado contra la voluntad de todos aquellos que tienen capacidad de obligar a la empresa y contra los propios protocolos internos aunque de su actuación se derive un beneficio para la persona jurídica); esto es, de quienes estando obligados a realizar un control, incumplen este deber de forma grave, aunque jurídicamente tienen esa función dentro de la empresa, lo que contraviene los más elementales principios rectores del Derecho Penal (véase, entre otros, HERNÁNDEZ, L. 2013: 114).

Por el contrario, existe toda una línea doctrinal que desde hace tiempo venía reclamando la incorporación plena de esta responsabilidad en el ordenamiento penal. Entre otras cuestiones, llamaban la atención sobre el hecho de que la propia complejidad de las organizaciones empresariales hacía que en numerosas ocasiones fuera imposible la correcta imputación objetiva y subjetiva del hecho ilícito por estar desdibujada en el propio entramado empresarial (más complejo si cabe en los grupos de sociedades), por lo que en tales ocasiones o bien no se podía identificar al culpable para responsabilizarse del resultado dañoso producido o bien se forzaban las estructuras típicas de imputación para localizar a un responsable (por todos, BANACLOCHE, J., ZARZALEJOS, J. y GÓMEZ-JARA, C., 2011: 36).

La resolución de este problema pasaba inexorablemente por acordar el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en concreto, excluir como presupuesto necesario la identificación de la persona física concreta cuya actuación originaba la responsabilidad de la empresa (art. 31 ter del CP). Así parece que se ha hecho en la nueva regulación, que se estructura bajo el prisma de los modelos de autorresponsabilidad penal como elemento base para imputar a la persona jurídica tanto objetiva como subjetivamente, un hecho propio típico (el defecto de organización) al que se atribuye un resultado típico producido, al margen de la concreta responsabilidad penal de la persona física (véase PÉREZ, A. 2013: 31).

Este defecto de organización tiene que ver con los mecanismos de seguimiento y control de los riesgos empresariales y cuya plasmación más clara es su capacidad para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica (véase, entre otros, MAGRO, V., 2011), aunque se modula en atención a quién es la persona física que comete el delito.

Así, cuando el delito es cometido por los representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o bien tengan facultades de organización y control dentro de la misma, la exención requiere cumplir estas condiciones (art. 31 bis 2):

*1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen 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;*

*2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica [en personas jurídicas de reducido tamaño, esto es, aquellas que pueden presentar la cuenta de pérdidas y ganancias en modelo abreviado, la supervisión puede ser asumida directamente por el órgano de administración];*

*3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y*

*4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª*

Con acierto, en nuestra opinión, el modelo no puede anular por completo la comisión de un delito, sino que es eficaz en tanto en cuanto reduzca de forma significativa el riesgo de su comisión (ver la primera condición).

Cuando el delito haya sido cometido por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas a las que se refiere el párrafo anterior, los han podido llevar a cabo por haberse incumplido gravemente sobre ellos los deberes de supervisión, vigilancia y control, la persona jurídica quedará exenta

de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (véase art. 31 bis 4). Fácilmente puede concluirse que el marco de exoneración es más laxo en las conductas realizadas por los subordinados que cuando las llevan a cabo los representantes legales o figuras afines.

Incluso, estos modelos de organización y gestión actúan a *posteriori* como medidas para atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues conforme el art. 31 quáter del CP: “(s)ólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: (...) d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

En conclusión, estos mecanismos interesan sobremanera a los fines de este trabajo pues deberán ser implementados en los grupos de sociedades como un elemento más de la responsabilidad social corporativa en prevención de riesgos de otra forma insoportables. Por ello, les dedicamos un análisis especial a continuación.

Son varios los autores (entre otros, BACIGALUPO, S., 2011 y GÓMEZ-JARA, C., 2010b) que implícitamente insisten en diferenciar entre lo que podría considerarse como una especie de *Códigos de comportamiento* o *Manuales de conducta*, meramente descriptivos de lo que puede hacerse o no dentro de la empresa, frente a lo que podría denominarse, en palabras de MATA, N. (2013: 251), *Protocolos de prevención de delitos*, que son los que realmente pueden eximir o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica, puesto que expresan un compromiso real de la empresa en su gestión e incorporan mecanismos para impedir que en ella o por ella se pueda desarrollar una actividad delictiva. Así, quienes no lo respeten no sólo habrán contravenido una norma de la empresa sino también todo un conjunto de controles eficaces organizados para que esto no ocurra, de tal forma que será difícil responsabilizar a la persona jurídica, en este caso, por lo que “*otro*” hizo en contra de su voluntad y sin que pudiera hacer nada, dentro de lo razonable, para evitarlo.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado afirmó en la Circular 1/2016 (que mantiene en líneas generales la orientación de la Circular previa 1/2011, con los ajustes derivados de los cambios operados por la LO 1/2015, de 30 de marzo) insistió que “*el objeto de los modelos de organización y gestión*

*no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento”* instando a los Fiscales en el ejercicio de sus funciones a analizar si los programas de prevención expresan un compromiso corporativo para disuadir la realización de conductas criminales.

Frente a la regulación de 2010 que no indicaba nada al respecto, la reforma de 2015 ha venido a completar las características de estos programas de cumplimiento normativo denominados, como acabamos de indicar, modelos de organización y gestión (art. 31 bis 5), y que deberán observar los siguientes aspectos:

- 1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*
- 2. 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.*
- 3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*
- 4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*
- 5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.*
- 6. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.*

Como es natural, el modelo concreto debe ser claro, preciso y eficaz, redactado por escrito y adaptado específicamente a la empresa y a sus riesgos (por clientes, países o áreas geográficas, operaciones...). Ello exigirá una intervención de los órganos de la empresa al máximo nivel que no podrán trasladar modelos elaborados para otras compañías, sino que tendrán que

llevar a cabo un profundo proceso de reflexión que debe incluir, a juicio de la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2016), la auditoría del sistema implementado. Además, la obligación de informar acerca de posibles riesgos impone la necesidad de que la entidad cuente con unos mecanismos de protección para el denunciante (ver, por ejemplo, las iniciativas puestas en marcha por Bankia o Endesa que fueron de las primeras empresas en encargar la gestión del canal de denuncias a un tercero para garantizar la confidencialidad del denunciante).

Con ser este esfuerzo plausible echamos en falta algunas cuestiones no menores. Por ejemplo, no queda claro qué sujetos relacionados con la organización empresarial van a quedar obligados por este Protocolo o Modelo de organización y gestión. Parece que, como mínimo, las personas físicas con capacidad para generar responsabilidad a la persona jurídica a que se refiere el art. 31 bis CP, esto es, sus representantes legales, así como aquellas personas que, bien por estar autorizados a título individual, bien por integrar un órgano de administración con capacidad para ello, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la corporación. Habría que incluir adicionalmente aquellas personas que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, aunque por su repercusión esta referencia debería estar mejor descrita. También se verán afectadas las personas sometidas a la autoridad de los que se han mencionado con anterioridad. En suma, involucra en primer lugar a todo el personal, aunque quizás, tratando de presentar este modelo de prevención como un compromiso real de la empresa, es probable que sus efectos deberían trasladarse a las personas que están vinculadas a la sociedad con algún tipo de relación contractual (asesores externos, prestadores de servicios, proveedores y clientes) como en su momento destacaron MATA, N., BILBAO, M. y ALGORTA, M. (2011: 12). Y esto nos llevaría al espinoso tema de requerir su cumplimiento a todos los proveedores de recursos financieros, pues de lo contrario sería cuando menos chocante exigir compromiso al suministrador de las mercancías, pero no a los que financian la actividad total de la compañía, ya sean entidades de crédito (menos problema) como a cada uno de los socios o accionistas (mayores inconvenientes).

Nos centramos seguidamente en el análisis de las insolvencias punibles como acto ilícito cometido por una sociedad que integra un grupo frente a otra empresa que forma parte, igualmente, del grupo, y a la que administra, ya sea de hecho o de derecho.

### III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA SOCIEDAD DOMINANTE EN LA INSOLVENCIA PUNIBLE

#### 3.1. Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de la sociedad dominante

Ya hemos insistido con anterioridad que el modelo actual no presupone que el comportamiento delictivo de la persona física (que representa a la sociedad dependiente y que ha sido designado por la compañía matriz) derive necesariamente en la responsabilidad penal de la sociedad dominante. Se exige en primer término que haya un **beneficio directo o indirecto** (que sustituye al término anterior de “*provecho*” notablemente más confuso) para ésta última, aunque falta de su concreción legal (ver CUESTA, J.L. y MATA, N., 2013: 67). Se discute si este beneficio tiene sólo connotaciones económicas (algunos autores como, por ejemplo, ZUGALDÍA, J., 2006 y 2010, y ROSO, R. 2011, defienden su extensión a ámbitos no económicos) e incluso si sería posible admitir el provecho potencial (GÓMEZ-JARA, C., 2010a: 241 y ss.) que hoy parece lejos de toda duda racional. Concluimos con CUESTA, J.L. y MATA, N. (2013: 67) que el “*provecho económico ha de entenderse en sentido amplio, compatible con el provecho propio de la persona física, y de forma objetiva: como “efectiva tendencia” o “idoneidad ex ante” para reportar beneficio, utilidad, ventaja, interés a la persona jurídica en un cierto plazo, lo que incluye tanto el provecho directo como el indirecto (reducción de costes) y sin que se requiera su verificación o realización efectivas*”.

En el tema que nos ocupa ahora, la insolvencia de la sociedad dependiente originada por decisiones de la sociedad dominante con este propósito, el beneficio puede venir en la forma de dejar de prestar apoyo financiero, rescindir de forma anticipada unos acuerdos o compromisos lesivos exclusivamente para la matriz, o incluso por evitar un daño reputacional.

Es necesario además que el acto que origine la insolvencia de la filial haya sido cometido en **nombre o por cuenta de la sociedad dominante**, por sus representantes legales en la dependiente o aquéllos que forman parte de su órgano de administración y que tienen capacidad de organización y control dentro de la misma. El legislador ha sustituido el término anterior que aludía a los administradores de hecho o de derecho (en la sociedad filial) y que estaba bien consolidado en la legislación mercantil y penal por esta redacción más compleja que bien parece haberse acometido para ampliar sustancialmente el círculo de sujetos capacitados para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica y que ahora queda formado por: los representantes legales, los que integran un órgano de la sociedad dependiente autorizados para tomar decisiones en nombre de la sociedad dominante y por quienes tengan facultades de organización y control (cf. Circular 1/2016 Fiscalía General del Estado).

La interesante discusión entre la doctrina mercantil acerca de la figura del administrador oculto es, pensamos, de gran utilidad para descubrir el responsable último del acto ilícito. En esencia, convenimos con HERNANDO, L. (2011: 140) que *“se puede producir un supuesto de administración coordinada, en el que el administrador de hecho oculto ordene un determinado acto y, con su aquiescencia, el administrador de derecho sea quien lo ejecute. Se ha de reconocer entonces, una actuación conjunta derivada de la adopción y ejecución del referido acto, y con ello, la necesidad de encontrar, en principio, una regla de solidaridad por la responsabilidad que se pueda derivar del mismo. Únicamente cuando el “administrador de derecho” se halle bajo una situación de “control o de dominación” respecto del administrador de hecho, no ya tanto en orden a una subordinación jerárquica, sino de dependencia, que le sitúe en un estado que le obligue a ejecutar el acto, la responsabilidad se ha de trasladar al ordenante por los actos u omisiones contrarios a la ley, a los estatutos o por incumplimiento de los deberes propios del cargo de administrador”*.

Debe recordarse igualmente que estos hechos pueden ser de comisión activa o de comisión por omisión, en la medida en que, a los fines que interesan a nuestro trabajo, los órganos de la sociedad dominante omitan deberes de vigilancia y control que den lugar a la conducta delictiva activa de un integrante de la empresa respecto a la compañía filial (véase, entre otros, SILVA, 2010: 269 y ZÚÑIGA, L., 2009: 316). Este último inciso nos remite, de nuevo, a la problemática de los modelos de organización y gestión a los que antes nos hemos referido.

En todo caso, creemos necesario llamar la atención sobre la peligrosa tentación de extender la responsabilidad objetiva en este ámbito, por lo que se deben considerar los casos de extralimitación en la representación de la persona jurídica desechando criterios civilistas al modo que se hace para la responsabilidad penal de las personas físicas. Así pues, y siguiendo a BANACLOCHE, J., ZARZALEJOS, J. y GÓMEZ-JARA, C (2011: 68 y ss) habrá que distinguir una extralimitación formal (el representante lleva a cabo una actuación que no está dentro de sus competencias formalmente establecidas lo que constituye un hecho de exceso) y otra extralimitación material (su modo de proceder está dentro de sus competencias, aunque contraviene abiertamente un criterio de política empresarial). Por ello, *“sería conveniente que, para entender acreditada la actuación en representación de la persona jurídica, se exigiera que la acción del representante constituya la implementación de una política empresarial no siendo por tanto necesaria una autorización expresa de la persona jurídica”* (BANACLOCHE, J., ZARZALEJOS, J. y GÓMEZ-JARA, C., 2011: 69).

Nos interesa ahora detenernos en la actuación propiamente dicha que trae como consecuencia la insolvencia de la sociedad dependiente en beneficio de la sociedad dominante, y que cataliza la responsabilidad penal de ésta última.

En la esfera mercantil se requiere que para declarar la responsabilidad de los administradores debe probarse: a) la existencia de un daño directo a los socios o a terceros; b) la concurrencia de un acto u omisión de los administradores con motivo del ejercicio de su cargo que sea contrario a la Ley, a los estatutos o realizado incumpliendo los deberes de su cargo, y c) la existencia de una relación de causalidad entre el acto ilícito del administrador y el daño directo sufrido por los socios o terceros (véase MARTÍN, A., 2010: 842). Esta actuación no es subsanable por la intervención previa o posterior de la junta general, en el caso que nos ocupa, de la sociedad dependiente (ver art. 236.2 TRLSC), autorizando o ratificando el acuerdo o acto lesivo y además, alcanza a aquéllos que, de hecho, actúen como administradores de la sociedad (art. 236 TRLSC).

Entendemos que no requiere mayor explicación comprender el daño que se produce a los otros socios (ajenos al grupo) así como a terceras personas la insolvencia fraudulenta de la sociedad dependiente.

El incumplimiento del deber de administración diligente respecto de la sociedad dependiente alcanza tanto a los administradores de derecho como a los de hecho, quienes deberán procurarse información individualizada acerca de la marcha de la sociedad para cumplir de forma más adecuada con esta obligación. También nos hemos referido antes al problema que se plantea por el conflicto de intereses entre el representante persona-física designado por la sociedad dominante para formar parte del órgano de administración de la sociedad dependiente, y los intereses de los restantes socios o terceros de la sociedad dependiente. La previsión legal de la impugnación de estos acuerdos está encontrando un importante apoyo por los tribunales, diferenciando las denominadas como decisiones “*productivas*” (aportan valor a la sociedad dependiente) frente a las que pueden ser objeto de rechazo y que se ha convenido en designar como decisiones “*extractivas*” (destruyen valor en la compañía filial).

Más difícil será establecer en algunos casos la relación de causalidad entre la decisión del administrador y el daño que se concreta en el vaciamiento patrimonial de la sociedad dependiente y que, en definitiva, trae como consecuencia su insolvencia. La complejidad del mundo empresarial en el que las decisiones se adoptan en condiciones de incertidumbre nos lleva a ser especialmente cuidadosos en este tema, aun cuando los presupuestos que exige la insolvencia punible parecen alejar las prácticas de “*buen comerciante*” con escasa fortuna. A los efectos de nuestro estudio nos interesa concentrarnos, seguidamente, en la relación de causalidad de los supuestos que dan lugar a la insolvencia punible como fuente para atribuir responsabilidad penal a la compañía matriz en los grupos de sociedades.

Así, el alzamiento de bienes en grupos de sociedades se puede llevar a cabo vendiendo en condiciones desfavorables (a otra compañía del grupo) bienes de la sociedad dependiente y buscando su posterior validación en su aceptación por el órgano de administración o, en sentido inverso pero con el mismo fin, autorizando la adquisición de bienes a la sociedad dominante (o a cualquier otra compañía del grupo) en condiciones lesivas para los intereses de la adquirente, que es la sociedad dependiente y que de esta forma se descapitaliza. Otras fórmulas pasarían por establecer algún otro negocio jurídico, como podría ser la donación, o establecer algún tipo de gravamen sobre un bien integrado en el patrimonio de la sociedad dependiente que produzca un trasvase patrimonial que beneficie o pudiera beneficiar a la sociedad dominante o alguna otra del grupo, y siempre con el pretendido respaldo del órgano de administración. Esto puede ser igualmente aplicable cuando la sociedad dependiente trata de eludir el cumplimiento de una obligación civil mediante actos de disposición (o por la vía de contraer obligaciones) que sólo favorecen a la sociedad dominante o a cualquier otra compañía del grupo de sociedades.

La señal de alerta a los socios externos del grupo debería venir dada por la información incluida en las cuentas anuales de la sociedad dependiente. Desde el punto de vista estrictamente contable, la Norma de Registro y Valoración (NRV) 21ª del PGC señala que las operaciones entre empresas del mismo grupo se registrarán por su valor razonable y si éste es diferente del precio acordado en la operación, la diferencia se debe reconocer con arreglo a la realidad económica de la operación. En teoría, pues, una transacción cerrada por un precio diferente a su valor razonable, generaría una diferencia que llamaría la atención de los restantes socios para exigir explicaciones. Lamentablemente, esta información es muy defectuosa. En primer lugar, porque será difícil conocer el valor razonable de algunos recursos: ¿cuánto vale una marca bien acreditada en el mercado?, ¿cuánto vale un equipo de profesionales bien adiestrados que se recolocan en otra sociedad del grupo?, ¿qué valor se asigna a una línea de productos de calidad o a un mercado rentable?...

En segundo lugar, porque en aquéllos casos en los que sea posible identificar un valor razonable significativamente distinto del precio acordado ¿cómo debe reflejarse la diferencia? La alusión antes recordada de “*con arreglo a la realidad económica de la operación*” es de todo punto insuficiente. Baste revisar, entre otras, la complejidad de las contestaciones a las consultas evacuadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC en adelante) en el caso de préstamos entre empresas del grupo concedidos a un tipo de interés distinto al de mercado (Boletín del ICAC 79/2009), el caso de condonación de créditos o débitos entre empresas del grupo (en el mismo Boletín antes citado), el registro de transacciones mixtas (Boletín del ICAC 85/2011), la

distribución de un dividendo en especie entre empresas del grupo (también en el Boletín del ICAC 85/2011) o el reconocimiento de los importes recibidos como ingreso o como recuperación parcial de la inversión (Boletín del ICAC 96/2013).

Menos problemas parece que plantean los actos que tengan como objetivo pagar anticipadamente a uno o varios acreedores (normalmente vinculados al grupo a los fines que interesan aquí y ahora) sin estar autorizados para ello, ni judicialmente ni por los administradores concursales.

En muchas ocasiones será complejo apreciar el dolo en los actos que traigan como consecuencia, o que agraven, la situación de crisis económica o la propia insolvencia. Es cada vez más habitual la organización de grupos en los que las líneas de negocio o de actividad se constituyen al modo de entidades con personalidad jurídica propia, pero dependientes de una sociedad matriz que distribuye la actividad entre las compañías filiales bajo su criterio. La falta de asignación de actividad a una de estas empresas daría como consecuencia su más que probable insolvencia y nos preguntamos ¿hasta qué punto entraría dentro de los presupuestos contemplados por la norma penal? La respuesta, pensamos, depende del débil trazo que separa una decisión racional desde el punto de vista económico frente a una instrucción planificada y ejecutada con el objetivo de lograr la desaparición de la sociedad dependiente al menor coste posible. E incluso en este último supuesto, ¿sería esta conducta censurable desde el punto de vista penal? Baste pensar en lo que se conviene en denominar como competencia intracorporativa (estudiado para la industria auxiliar del automóvil por LAMPÓN, J.M. y otros, 2010) que supone que las empresas o las plantas que integran un grupo compiten entre sí por hacerse con la actividad que les encarga la sociedad que domina el grupo; unas veces con criterios económicamente claros y otras no tanto.

Adicionalmente, cabe recordar que el art. 172.3 de la Ley Concursal incluye como importante novedad la posibilidad de que el Juez condene a los administradores de hecho (en lo que interesa en nuestro trabajo, a la sociedad dominante), además, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de sus créditos, condicionando dicho pronunciamiento a la concurrencia de unos presupuestos que han sido objeto de atención por la doctrina (por todos, DÍAZ, J. L., 2002) y que dados los límites de nuestro análisis, sólo podemos mencionarlos.

En este contexto nos interesa ahora referirnos a los **derechos fundamentales de las personas jurídicas**. Esto es, la nueva regulación debe garantizar los derechos de las personas jurídicas como los de cualquier otro responsable y cambiar el enfoque actual con garantías menores, pues estaba orientado a la

responsabilidad civil derivada del delito. Y lo recordamos porque se pudiera entrar en una etapa en la que se ampliara la responsabilidad objetiva en este ámbito, como ya hemos apuntado, olvidando las importantes consecuencias económicas que tendrían algunas sanciones además de la pérdida reputacional, especialmente grave en las denominadas como sociedades de interés público, por usar el acertado término que maneja la Ley de Auditoría de Cuentas.

Nos preocupa la previsión legal acerca de la **extensión de responsabilidad penal de la persona jurídica** en el caso de fusiones, adquisiciones, transformación y escisiones de sociedades. El art. 130.2 del CP obliga a trasladar la responsabilidad penal a la entidad (o entidades) en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o tribunal, dice la norma aludida, podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

Más aún, prosigue, la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, entendiendo por disolución encubierta o meramente aparente cuando se continúe la actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más sustancial de todos ellos.

Nos encontramos de nuevo, a nuestro parecer, con un precepto que, aun buscando un buen objetivo como es el de evitar abusos de operaciones societarias para eludir fraudulentamente la responsabilidad de la sociedad dominante, en lo que interesa en nuestro estudio, tiene el riesgo natural de extender de forma automática una responsabilidad a quien es la contraparte de buena fe en una operación societaria. La posible graduación del traslado de la pena pretende una lógica económica que fácilmente se consigue si las penas son de multa y bastante más complejo en el caso de penas interdictivas. Desde luego, esta traslación complicará los trabajos conocidos en los ámbitos financieros con el nombre genérico de “*due diligence*” y que exigirán contemplar la posible asunción de una responsabilidad por el adquirente, sociedad absorbente o beneficiaria de una escisión. También la auditoría de las cuentas anuales de una sociedad que haya participado en uno de estos procesos combinatorios adquiere problemas adicionales que exigirán la implementación de procedimientos adecuados para valorar el riesgo derivado que, mucho nos tememos, hoy no están completamente desarrollados hasta donde nosotros conocemos.

La previsión legal acerca de la disolución encubierta o aparente es consecuencia de los conceptos habituales en nuestro entorno y, en concreto, de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque quizás

*“responde más a la lógica jurídica-penal [de] introducir como criterio cumulativo la necesidad de pena, preventiva o retributiva, para poder declarar este tipo de responsabilidad”* (HEINE, G. citado por GÓMEZ-JARA, C., 2006: 60).

En orden lógico bien parece que procede ahora el estudio de los **atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Es decir, los supuestos expresamente previstos en el CP que minoran la responsabilidad penal, en la parte que interesa en nuestro estudio, de la sociedad dominante: la confesión, la colaboración, la reparación y la organización (art. 31 bis quáter del CP).

Dos de las mencionadas atenuantes (confesión y reparación) son conocidas en el ámbito del Derecho penal individual, mientras que las otras dos (colaboración y organización) no, así que se trata de analizar en el caso concreto de las personas jurídicas y más aún, en el supuesto de sociedades matrices, si los requisitos tradicionalmente exigidos para aplicar estas dos primeras atenuantes deben ser revisados a la luz de la naturaleza específica de las personas jurídicas a las que ahora también se dirige.

La primera atenuante (art. 31 bis quáter a) del CP) consiste en *“(h)aber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades”*. Su correcta interpretación en el caso que nos ocupa exige resolver antes algunos interrogantes. En efecto, el objeto de interés en nuestro trabajo es la responsabilidad penal de la sociedad dominante que es administrador de otra sociedad o que cursa instrucciones a personas que de ella dependen con la capacidad que la norma exige. En este sentido nos preguntamos cuándo se adquiere ese conocimiento del proceso judicial que impone una barrera tras la cual la confesión pierde su valor como atenuante. ¿Basta con que lo conozca la sociedad dependiente? En principio habría que entender que si la sociedad dependiente conoce el proceso judicial, se lo transmitirá diligentemente a la sociedad dominante. Pero, ¿y si el conocimiento alcanza a alguien ajeno al grupo? Más aún, ¿y si no se produce esa transmisión diligente de la información a la sociedad dominante por la razón que sea (desde el desconocimiento de quién es la sociedad dominante hasta actuaciones espurias de personal de la sociedad dependiente)? Bien parece que habrá que observar las circunstancias concretas de cada supuesto para trazar esta línea temporal.

Tampoco matiza correctamente la norma quién debe recibir la comunicación en la sociedad dominante, aunque esto parece plantear menos problemas. No bastaría cualquier empleado sino el representante legal de la sociedad dominante. Incluso se critica la falta de concreción de las autoridades a las que hay que acudir para la confesión, pero creemos que sería suficiente la confesión a las autoridades administrativas (aunque ya se haya iniciado procedimiento

judicial contra la sociedad). En el caso de investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía, que en realidad no comporta procedimiento judicial, parece que la confesión antes de la remisión a la autoridad judicial debería considerarse válida para su consideración como circunstancia atenuante (véase, entre otros, BANACLOCHE, J., ZARZALEJOS, J. y GÓMEZ-JARA, C., 2011: 91).

La colaboración constituye la segunda atenuante y consiste en “*(h)aber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos*” (art. 31 bis quáter b) del CP). Con ser una circunstancia atenuante que probablemente será muy relevante en la práctica penal relativa a las personas jurídicas, no debemos obviar los interrogantes que *a priori* plantea y que, pensamos, se amplifican en la realidad de los grupos de sociedades.

En principio provoca no pocos conflictos entre la persona jurídica (que será a los fines de nuestro trabajo una sociedad dependiente) y su representante (persona física), que a su vez puede haber sido designado por la sociedad dominante a la que se puede trasladar una responsabilidad y que tiene, además, otros representantes que son personas físicas. Si la colaboración la presta el representante de la sociedad filial aportando documentación relevante puede tener por objeto trasladar la responsabilidad a la sociedad dominante. Pero si es la sociedad dominante la que aporta esta documentación o pruebas importantes puede buscar la responsabilidad autónoma de la persona física, o al menos la atenuación de responsabilidad de la compañía matriz. Las combinaciones que pueden surgir serán múltiples y a buen seguro plantearán no pocos problemas en la práctica procesal.

La práctica internacional ya nos advierte de los inconvenientes que este atenuante está originando: en primer lugar, las empresas suelen renunciar a la confidencialidad abogado/cliente. En segundo lugar, será la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal los que determinen unilateralmente si la empresa ha cumplido o no, sin que ésta tenga la oportunidad judicial o extrajudicial de cuestionar dicha determinación. En tercer lugar, en algunos ordenamientos extranjeros se ha llegado a exigir a las empresas que, en contra de sus contratos previamente firmados, no abonen los gastos de defensa de sus empleados (véase, BANACLOCHE, J., ZARZALEJOS, J. y GÓMEZ-JARA, C., 2011: 92).

La tercera atenuante es la reparación: “*haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito*” (art. 31 bis quáter c) del CP), que tiene que ver con la finalidad penal clásica de la reparación del daño causado. Los parámetros

reiterados por el Tribunal Supremo respecto a la atenuante prevista en el art. 21.5 del CP entendemos que serían también de aplicación en este caso. En el tema que nos ocupa, la responsabilidad de la sociedad dominante por la insolvencia punible en la compañía filial, supondría una compensación económica de la primera hacia los restantes socios o terceros perjudicados de la sociedad dependiente. Y esta compensación económica podría adoptar la forma de entrega de efectivo como de otros activos con valor equivalente al daño, y en este caso pensamos en la posible admisión de entregar acciones emitidas por la sociedad dominante (que forman parte de su autocartera o que se emiten expresamente) u otros instrumentos financieros (por ejemplo, instrumentos representativos de deuda, obligaciones convertibles...) para minorar la exigencia de liquidez en la compañía matriz, aunque en este terreno nos vamos al problema de la aceptación de esta reparación por parte del tercero.

La cuarta atenuante se puede resumir en la organización entendida como *“haber establecido, antes del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”* (art. 31 bis quáter d) del CP) y a la que antes hemos hecho alusión. Sólo recordar que estas *medidas eficaces* deben ser adoptadas con el límite temporal de la apertura del juicio oral. Para su validación, la reiterada Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado adopta una posición, a nuestro modo de ver, bastante práctica, pues rechaza las medidas de mera imagen empresarial, pero insta a los fiscales a no ser excesivamente formalistas, sino que analicen, en abstracto, si son aptas para prevenir o detectar *razonablemente* la comisión de delitos.

En el marco de nuestro trabajo parece que estas medidas deben ser adoptadas por la sociedad dominante y tener por objeto tanto la prevención como la detección de actos ilícitos en la propia compañía así como en las sociedades que integran el grupo.

En el análisis de los aspectos sustantivos de la responsabilidad penal nos centramos ahora en la **relación que existe entre la responsabilidad penal de la persona jurídica y la que le corresponde a la persona física**, y que en el ámbito de los grupos de sociedades presenta algunas complicaciones que, al menos, hemos de citar.

Nuestro análisis se concentra en las insolvencias punibles en los grupos de sociedades por lo que, como mínimo, nos vamos a encontrar con dos personas jurídicas: la sociedad dominante y la dependiente, y al menos una persona física, que es el representante legal de la sociedad dominante (o

miembro de su órgano de administración), que también puede serlo de la compañía filial.

Aunque quizá sería interesante profundizar en las características del modelo de responsabilidad elegido por el legislador español (cuyos aspectos básicos han sido comentados antes al tratar el fundamento jurídico de la responsabilidad penal de la persona jurídica) convenimos con BANACLOCHE, J., ZARZALEJOS, J. y GÓMEZ-JARA, C. (2011: 103-104), en aras de centrarnos en lo que constituye el objeto de nuestro trabajo, que estamos ante un modelo de responsabilidad cumulativa que fundamenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas en circunstancias autónomas de la persona jurídica para concluir: *“no debe existir ningún impedimento para establecer relaciones de autoría y participación entre personas físicas y personas jurídicas, y entre personas jurídicas”* por lo que, a falta de reglas concretas, deben regir las reglas generales del Derecho penal respecto a la autoría y la participación.

Ahora bien, este modelo mixto deja abiertos algunos interrogantes que pasan por el hecho de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas va a depender, siempre y en todo caso, de la actuación que realicen determinadas personas físicas (véase, entre otros, GALAN, A., 2011: 20). Y en este sentido llama la atención que se sitúe casi en un mismo nivel las actuaciones delictivas realizadas por personas que ejercen cargos superiores con capacidad para comprometer a la empresa en el tráfico jurídico, junto al mero hecho de que éstas no hayan ejercido el adecuado control sobre unos subordinados. Esto es, conductas que muy probablemente resultarían irrelevantes a efectos penales por parte de dichos superiores podrían implicar la responsabilidad penal de toda la empresa. La cuestión se agrava aún más si cabe en el entorno de los grupos de sociedades porque el catálogo de subordinados crece exponencialmente y la traslación de responsabilidad a la compañía dominante por no ejercer ese control deviene en absolutamente angustiada. SCHÜNEMANN, B. (2014: 521) que ha criticado abiertamente esta redacción sugiere que en tanto no sea declarada inconstitucional la atribución de responsabilidad por parte de los empleados (diferentes de sus representantes legales) a la persona jurídica, se deba interpretar *“en el sentido que (1) se ha tratado de un empleado reconociblemente no preparado o reconociblemente de poca confianza y (2) que su hecho habría sido impedido con una probabilidad rayana en la certeza si él hubiera sido correctamente instruido o controlado. Por el contrario, no es suficiente con un defecto abstracto de organización, por ejemplo, con alguna clase de falla en la organización de compliance de la empresa (...)”*.

Con todo, las complejas relaciones entre autoría y participación que existen entre la persona física y la jurídica, máxime en el entorno de los grupos de

sociedades, constituyen un campo abonado para la discusión académica y cuyo análisis justificaría por sí solo un trabajo de investigación. Permítasenos dar por terminada esta problemática para no desviarnos del objeto principal de nuestro trabajo y concluir, con BANACLOCHE, J., ZARZALEJOS, J. y GÓMEZ-JARA, C. (2011: 106), que *“para poder afirmar que una persona jurídica participa en el delito cometido por una persona física, debe constatarse un hecho de conexión entre ambas. De ello no puede inferirse que el hecho de conexión es el fundamento de punición; cada uno responderá de su hecho propio, pero éstos estarán relacionados por el hecho de conexión”*.

Esto nos retrotrae al tema de los modelos de organización y gestión y la nueva cultura a la que hemos hecho referencia con anterioridad. Sólo añadir el problema que se plantea en los grupos de sociedades en los que el hecho de conexión vincula dos actuaciones ilícitas entre dos personas jurídicas (véase, entre otros, ROSAL, B., 2011): la sociedad dominante y la compañía filial, a través como ya señalamos de sus representantes legales o de cierto personal con capacidad de organizar. Este problema se agudiza ciertamente cuando estos grupos extienden sus actuaciones a varios países con regulaciones penales diferentes y donde difícilmente se puede extraer un planteamiento único válido en toda situación mientras que no haya una uniformidad de esta materia casi a nivel global.

En orden lógico procede ahora ocuparnos de las **penas aplicables a las personas jurídicas** porque se haya podido confirmar la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 31 bis del CP y que se mencionan en el art. 33.7 del CP. Hay que comenzar señalando lo obvio: cuando el legislador opta por la pena, resulta exigible toda una serie de garantías que no son necesarias, al menos de manera tan reforzada, en otros sectores del ordenamiento o incluso en otras consecuencias jurídicas contenidas en el CP. La selección es muy amplia y comprende tanto las denominadas de prevención general junto con las de prevención especial, que esquemáticamente son las siguientes: (a) multa, (b) disolución, (c) suspensión de actividades, (d) clausura, (e) prohibición de realizar actividades en el futuro, (f) inhabilitación para obtener subvenciones y (g) intervención judicial.

El calificativo de “*graves*” para todas las penas ahora analizadas provoca situaciones complejas cuando se cruza con la pena prevista para la persona física que, en algunas ocasiones, puede ser menos grave o incluso leve. Aunque algunas cuestiones se han resuelto ya como, por ejemplo, quién ha de conocer el asunto (resuelto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal reformada por la Ley de Medidas de Agilización Procesal), otras no. Así, por ejemplo, los diferentes plazos de prescripción de las penas (diferente incluso para personas físicas y

jurídicas y de las que se derivan del nuevo art. 131.5 de la Ley Concursal en supuestos concursales y de conexidad como han puesto de manifiesto MATA, N. y HERNÁNDEZ, L., 2013: 228-229) que en lo relativo a las personas jurídicas no serán inferiores, al menos, hasta los 10 años (véase URRURUELA, A., 2012: 452).

Además, este sistema de penas (tanto el general como en la parte que atañe al contenido de nuestro trabajo) ha sido objeto de numerosas críticas.

Por una parte, hay quienes consideran que falta el análisis de sus consecuencias jurídicas (véase DIEZ, J., 2012: 48). No faltan quienes entienden que no ha habido suficiente reflexión antes de su implantación (entre otros, GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N., 2011:201 y MANZANARES, J.L., 2012) y aquellos, en fin, que advierten que un sistema completo de sanciones penales está integrado por tres grupos de normas: las relativas a la previsión legal, las que se refieren a su determinación en el caso concreto y, por último, las relativas a su ejecución. Admitiendo que los dos primeros grupos están más o menos presentes en las sanciones previstas a las personas jurídicas, el último grupo falta por completo. Esto es, el defecto más grave de este nuevo sistema de penas es que no se ha regulado el incumplimiento de las mismas. Más aún, en el caso de disolución no queda claro cómo ejecutarla, pues no existe ni tan siquiera la remisión a las normas mercantiles o civiles (ROCA, L., 2014: 376). Tampoco están tratados aspectos relativos a la figura del interventor, los problemas de competencia extraterritorial (CUGAT, M., 2012) o el tema de los antecedentes penales (ROCA, L., 2014: 377).

Las críticas no solo alcanzan a la propia regulación sino incluso el ámbito objetivo y subjetivo del mismo. En relación a lo primero, la responsabilidad sólo es exigible respecto a los supuestos contemplados por el legislador en los que hay destacadas, y si se nos permite, poco justificables, ausencias. Así, por ejemplo, parece que al legislador le preocupa que los empleados de una empresa siguiendo sus instrucciones estafen a un cliente, pero no que le causen la muerte, como bien señala ROCA, L. (2014: 378 y ss.). También se critica el amplio margen que queda a la discrecionalidad judicial, pues la única pena obligatoria es la de multa, siendo todas las restantes de carácter facultativo (BACIGALUPO, S., 2011: 7).

Si se admite la traslación de responsabilidad a la sociedad dominante por actos por ella cometidos que hayan causado la insolvencia punible de la sociedad dependiente, la pena prevista es la de multa por cuotas, que puede tener carácter residual cuando no sea posible establecer beneficios o perjuicios sobre los que calcular la multa proporcional (no parece que normalmente debiera haber

mucho problema), de dos a cinco años, de uno a tres años o de seis meses a dos años, dependiendo de la pena prevista para la persona física. Recuérdese que en este esquema la responsabilidad a la persona jurídica será exigible, aun cuando la concreta persona física que haya perpetrado la actuación no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 bis ter del CP), superando el problema que planteaba la redacción inicial (antes de su paso por el Congreso) de la que se podía inferir, erróneamente, que era posible la responsabilidad de la persona jurídica sin que la hubiera de la persona física.

Conviene traer a colación ahora el inciso final del apartado 1 del art. 31 bis ter del CP cuando indica que en los casos en los que se impongan, tanto a la persona física como a la jurídica, la pena de multa, los jueces o tribunales modularán sus cuantías para que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los delitos cometidos por aquéllos.

En el caso de los grupos de sociedades habrá una pluralidad de sujetos involucrados en la actuación sin que la norma añada nada más concreto que la lógica proporcionalidad que debe atender criterios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad que son exigibles, por cierto, aunque sólo haya un sujeto responsable. Sería difícil de aceptar que se debe atender la pena de los demás para fijar la de un sujeto concreto y, además, hacerlo sólo para el caso de pena por multa, excluyendo la de clausura o cierre, por ejemplo. Como lógica derivada de esto, cuando en un sujeto individual concreto concurren las causas excluyentes de culpabilidad o de punibilidad (por ejemplo, por no tener la formación o el conocimiento necesario para saber que las instrucciones que dictaba eran lesivas para el interés de la sociedad filial y provocaban fraudulentamente su vaciado patrimonial), esto no se extiende necesariamente a la persona jurídica (la sociedad dominante que ordena directa o indirectamente estas actuaciones) como pusieron de manifiesto MATA, N. y HERNÁNDEZ, L. (2013: 237).

El importe de la cuota diaria oscila entre los 30 y los 5.000 euros (art. 50.4 del CP) y dado que los ilícitos analizados en el ámbito de la insolvencia punible están castigados con penas que van desde los 6 meses hasta los 5 años, el importe de la multa para la persona jurídica se moverá en un rango que comprende desde un mínimo de 5.400 euros (6 meses multiplicado por la cuota diaria mínima de 30 euros) hasta un máximo de 9.000.000 de euros (5 años multiplicado por la cuota diaria máxima que es de 5.000 euros). En este sentido, ROCA, L. (2014: 386-387) realiza un análisis muy interesante de esta pena con comparativa internacional y una crítica al valor de la cuota diaria sobre la base de que su *ratio* es inferior a la de las personas físicas. La

multa se satisface de una sola vez, pero excepcionalmente (ver art. 53.5 del CP) cuando se ponga probadamente en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo o lo aconseje el interés general, se puede diferir el pago hasta un período de 5 años. La antigua Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado señalaba que la expresión de “*interés general*” era demasiado ambigua y que quizás había que interpretarla en términos de la naturaleza o la trascendencia que pudiera tener la concreta actividad de la persona jurídica condenada. Esta mención desaparece en la Circular que con el mismo objetivo emitió la Fiscalía en 2016 y a la que antes hemos hecho alusión. En todo caso, añade el apartado ahora analizado, si la multa no se paga en el plazo señalado, el Tribunal *podrá* (de nuevo la discrecionalidad judicial) acordar su intervención hasta el pago total de la misma. Se trata de una especie de administración judicial (al modo previsto en los arts. 630 y siguientes de la LEC) que permite mayores garantías para recuperar su importe, al menos hasta que la misma prescriba al cabo de 10 años (art. 133.1 por remisión implícita del art. 33.7 del CP).

Todas las restantes penas incluidas en el art. 33.7 del CP tienen carácter facultativo y accesorio respecto de la pena de multa y nos ocupamos de las mismas de forma abreviada en la medida que interesan complementariamente a los fines de nuestro trabajo.

La disolución o auténtica *pena capital*, en acertada expresión de la Fiscalía General del Estado (ver Circular 1/2011: 65), supone la muerte civil de la persona jurídica y se reserva, como es natural, para los casos más graves. Otra cosa es que se entienda que son graves aquellos supuestos en los que hay un perjuicio a un grupo muy numeroso de personas (delito masa) o incluso, por buena parte de la doctrina, en el caso de sociedades instrumentales, de fachada o cuando haya multirreincidencia (véase, entre otros DÍEZ, J., 2012, BOLDOVA, M.A. y RUEDA, M.A., 2011 y, en sentido crítico, FERNÁNDEZ, J.: 2011). En las insolvencias punibles por actuaciones de la sociedad dominante en la compañía filial puede operarse un perjuicio a un número elevado de terceros y, entonces, podría entrar en su radio de actuación. También nos preocupa el cierto abuso legal de la referencia a las sociedades instrumentales o de pantalla como algo indiciariamente sospechoso, por las implicaciones que para un grupo de empresas podría tener.

La suspensión de actividades es una pena temporal y, por ello, su plazo no podrá exceder de 5 años (art. 33.7 c) del CP), aunque a la vista del art. 66 bis, regla 2ª, párr. 2º del CP, el criterio general es que las penas temporales, como ésta, no excedan de 2 años salvo casos de reincidencia y de personas jurídicas utilizadas para delinquir. Se discute cuál debe ser su objeto material, es

decir, qué actividades deben ser objeto de suspensión. El precepto alude a “*actividades*” en plural, por lo que a la lógica de sólo aquella que tiene relación con el ilícito se contraponen la literalidad de la expresión que, de esta forma, podría derivar en una disolución de hecho, pues la suspensión de actividades, aunque temporal, terminaría por arruinar su cartera de clientes y proveedores, su estructura de personal... Imaginemos que la línea de negocios de una compañía matriz que se ocupa de los negocios a través de internet, provoca, con los requisitos exigidos, la insolvencia de una sociedad del grupo que se ocupa de los contenidos a incluir en este canal. Si se ordena esta pena accesoria, la discusión tiene que ver con ordenar la suspensión temporal de las actividades de esta línea de negocios en la compañía matriz o de toda la actividad de la sociedad dominante. Esta cuestión es si cabe de mayor calado en empresas transnacionales, por lo que convenimos con el criterio de la Fiscalía General del Estado y de buena parte de la doctrina de admitir una suspensión parcial de actividades más garantista con el principio *favor libertatis* y de seguridad jurídica, pues en el auto que la decreta habría que concretar exactamente las actividades que se suspenden (ROCA, L., 2014: 393-394).

El art. 33.7 d) del CP prevé también la clausura de locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. Se suele entender por establecimiento el instrumento de la actividad empresarial, mientras que los locales tienen una connotación más física como emplazamientos donde se desarrolla la actividad de la persona jurídica. La discusión acerca de si el concepto de establecimiento encierra elementos intangibles es interesante, porque hoy en día muchas empresas desarrollan buena parte de su negocio a través de comercio electrónico. En todo caso, se trata de una pena temporal (en el antiguo art. 129.1 a) del CP podía ser definitiva) que puede afectar a uno o varios locales o establecimientos, e incluso a su totalidad, en cuyo caso estaríamos posiblemente ante una suspensión temporal de la actividad de la persona jurídica. Damos por reproducido lo antes observado para las penas temporales acerca del criterio general de no exceder los 2 años. En el plazo acordado por la autoridad judicial no se podrá acceder a estas instalaciones ni tampoco utilizarlas.

También se puede imponer “*la prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito*” (véase art. 33.7 e) CP) que, a diferencia de la pena anterior, que recae sobre el conjunto de la actividad empresarial desarrollada en uno, varios o la totalidad de sus locales y establecimientos, en este caso sólo afecta a las actividades conectadas con el delito que deben ser concretadas en la resolución judicial. En el caso que nos ocupa, creemos que es una pena difícilmente aplicable, pues la actividad en cuyo ejercicio se comete o favorece el delito es la de gestión, de

hecho o de derecho, notoria u oculta, de la sociedad dependiente ¿Suspender implicaría vender la participación en la compañía filial? Es un tema que sería interesante analizar más en detalle pero que ahora, por las lógicas limitaciones impuestas, no le podemos dedicar mucha más atención. Baste recordar finalmente en relación con esta pena, que puede ser temporal, sin que en principio pudiera exceder de 15 años, o definitiva. Insistir que, en el caso de acordarse su aplicación temporal, el criterio general es que ésta no debe exceder de 2 años.

En el art. 33.7 f) del CP se incluyen una serie de penas relacionadas con el sector público: *“inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social”*. Se pueden imponer todas ellas o sólo algunas (FEIJOO, B., 2012: 252) y se pueden analizar bien con el objetivo de apartar del sector público a dicha persona jurídica, o bien como forma de compensar durante algún tiempo (se trata de una pena temporal) los beneficios que haya podido obtener fraudulentamente a consecuencia del delito cometido en su provecho. En todo caso, pensamos que estamos ante una de las medidas llamadas a tener más *“éxito”* en el futuro, pues pocas empresas, y menos los grupos de sociedades, se pueden sustraer a la acción del objeto de esta pena. La duración no podrá exceder de 15 años con el límite general situado en los 2 años, y su eficacia depende en buena medida de superar el cierto vacío legal que existe en cuanto a ejecución de penas para las personas jurídicas; es decir, para ser efectiva la inhabilitación, debe ser inscrita en el Registro Central de Penados, debe comunicarse para su inscripción en la Base de Datos Nacional de Subvenciones y en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (y el propio de las Comunidades Autónomas), así como informar a la Agencia Tributaria y a la Tesorería de la Seguridad Social (ROCA, L., 2014: 399).

Por último, queda la intervención judicial prevista *“para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”* (art. 33.7 g) del CP), que es la única en la que aparece expresamente la defensa de los intereses de terceros. Recuérdesse que en los criterios relativos a la necesidad y merecimiento de la pena y que resultan de aplicación para todas estas penas complementarias (la de multa es obligatoria), se dice que habrá que considerar especialmente las consecuencias económicas y sociales para los trabajadores (art. 66 bis del CP regla 1ª), aunque sólo en esta pena se alude expresamente a esta cuestión. En línea con lo previsto en el art. 48 del CP para las personas físicas, se trata de una garantía, más que una pena propiamente dicha, para las personas a las que alude el precepto (ROCA, L., 2014: 400). Puede tener por objeto la totalidad de la organización o sólo una parte e insistir en el criterio general de no

exceder de 2 años salvo en las situaciones de reincidencia o instrumentalidad. Se trata de una medida con mucho margen de actuación para el órgano judicial, quien, en la propia sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará el contenido de la intervención, quién se hace cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial (vid art. 33.7 g) del CP). En principio cabría pensar que su objeto es posibilitar la continuidad de la empresa en la medida que la parte legal es más relevante que la ilegal (que por su naturaleza no debe continuar) o al menos, si la parte legal tiene autonomía propia y puede ser interesante su mantenimiento con la vista situada en la protección de esos terceros. En otro supuesto, la intervención tendría por objeto una disolución ordenada de su patrimonio.

En el tema que nos ocupa, esta medida adquiere todo su interés porque se aplicaría para atender los intereses de la sociedad filial sin admitir interferencias dañinas para su patrimonio en beneficio único de la sociedad dominante, porque, si la intervención es total, se sustituirían los administradores sociales por otros designados por el juez o tribunal que, naturalmente, serían ajenos a influencias de la compañía dominante. Por ello, en la práctica esta medida será de mucha utilidad y normalmente llevará aparejada la administración de la empresa en su conjunto, por lo que serían de aplicación los arts. 630 y siguientes de la LEC relativos a la “*administración judicial*”. Por este motivo, algunos autores critican el nombre dado a esta medida en el CP, pues no es tanto “*intervención*” sino “*administración*” judicial (DÍEZ, J., 2012: 53). Por último y sobre esta pena, recordar que, de acuerdo con el art.33.7 del CP, la “*intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones*”.

No queremos finalizar sin realizar un par de reflexiones acerca de las penas.

En primer lugar, nos hacemos eco de la fuerte crítica que existe en cuanto a la falta de reglas claras para la determinación de la pena. En efecto, el art. 66 bis del CP que remite al art. 66.1 del CP (excepto la regla 5ª que queda para plazos superiores y algunas penas permanentes) parece ser aplicable a todas las penas (comienza señalando “*En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas (...)*”) aunque como bien indica, entre otros, ROCA, L. (2014: 406-407), esta remisión solo afecta a la pena de multa y, más concretamente, a la que se cuantifica por el sistema de días-multa y no por el sistema de multa proporcional, pues todas las demás penas interdictivas previstas en el art. 33.7 del CP no admiten una graduación. En

concreto, señala: “*No tiene sentido hablar de aumentar o disminuir la duración de una pena (superior o inferior en grado) cuando sólo se establece la duración máxima de la pena (dos años, duración máxima de la pena privativa de libertad para la persona física, cinco años o quince años), que es lo que se ha previsto en las restantes penas para las personas jurídicas. Tampoco tiene ningún sentido respecto de aquellas penas indivisibles, como la disolución o la prohibición permanente para realizar actividades relacionadas con el delito. Para estas penas las operaciones aritméticas de división en mitades o de cálculo de grados superior o inferior carecen de sentido*”. Otras críticas tienen que ver con la falta de un análisis completo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad (en el sentido de dar entrada no solo a los atenuantes y agravantes sino también al grado de ejecución, de intervención, etc.) y relativas al problema de la multirreincidencia que cuenta con un régimen propio aparte del previsto en la regla 5ª del art. 66.1 del CP (véase, entre otros, ZUGALDÍA, J.M., 2006, BOLDOVA, M., 2013 y BAUCCELLS, J., 2013).

En segundo lugar, la interesante discusión acerca de si las penas previstas para las personas jurídicas se pueden sustituir o suspender. El fundamento de este debate se podría situar en los arts. 80 y 88 del CP, que se refieren a los requisitos para suspender o sustituir las penas de prisión a las personas físicas y bajo el principio de no tratar peor a las personas jurídicas y a las físicas (BANACLOCHE, J., ZARZALEJOS, J. y GÓMEZ-JARA, C., 2011: 125 y ss.). No obstante, la imposición de estas penas interdictivas viene precedido del análisis que a buen seguro debe haber hecho el propio juzgador, por lo que será muy reticente a sustituir las o suspenderlas salvo la facultad de revisión por el juzgado de ejecuciones penales o por el tribunal superior que puede realizar un análisis distinto.

#### **IV. CONCLUSIONES Y POSICIONAMIENTO PERSONAL DE LOS AUTORES**

A modo de resumen queremos llamar la atención sobre algunas de las cuestiones que han sido objeto del presente trabajo. Bien entendido que, al menos a nosotros, no nos corresponde la tarea de analizar si procede o no la responsabilidad penal de las personas jurídicas más allá de fundamentar este hecho. Nos apuntamos más bien a la opinión de ZUÑIGA, L. (2009: 1154) cuando dice que se supera “*la etapa del sí de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para adentrarnos en el cómo hacerlo*”.

Se trata de un tema muy interesante para la comunidad investigadora, pues admite su estudio, y casi, si se nos permite, exige su análisis desde una

perspectiva multidisciplinar, pues debe tomar en consideración varios aspectos jurídicos (mercantiles, procesales y penales, básicamente) junto con temas propios del mundo financiero (de organización de empresas, contabilidad y finanzas), que deben ser correctamente fusionados para adquirir una perspectiva de conjunto.

Nos hemos ocupado inicialmente de establecer unos fundamentos económicos y jurídicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para justificar el papel de las combinaciones de negocios en general como mecanismos para generar valor que queda como objetivo fundamental en la moderna gestión de empresas. Esa creación de valor constituye el nexo de unión entre grupos de intereses que conviven en las sociedades con fines diferentes. Así, los grupos de empresas resultan idóneos para lograr este objetivo aunque multiplican los conflictos. Surge de esta forma el problema de unas personas jurídicas que administran a otras personas jurídicas.

De los ilícitos previstos en el CP nos hemos detenido en el análisis de las insolvencias punibles originadas por decisiones, premeditadas o no, que dimanen de la sociedad dominante y que buscan descapitalizar la compañía filial en provecho (directo o indirecto a través de alguna otra entidad del grupo) de la sociedad matriz. La solución prevista hasta ahora parece que pasa por imponer las medidas accesorias establecidas en el art. 129 del CP. En nuestra opinión, esta solución no es correcta, pues la fundamentación realizada nos permite concluir que existe un responsable claramente identificable que normalmente va a coincidir con la sociedad que tiene el control del grupo.

Así las cosas, el proceso deberá comportar todas las garantías para la compañía dominante (entre otras, pero no menor, el daño reputacional). Nos hemos mostrado muy críticos con la posibilidad de exigir esta responsabilidad cuando la acción parte del personal de la compañía y, a pesar de lo expuesto por la norma, creemos que debe ser objeto de revisión y profunda matización. Las características de los modelos de organización y gestión, muy mejoradas respecto a la redacción anterior exige, de nuevo, un análisis poliédrico para lograr eficazmente el fin perseguido: la prevención de estos delitos.

Creemos que va a ser necesaria una importante labor pedagógica para cambiar los procedimientos aplicables en las auditorías externas obligatorias así como en las actuaciones complementarias de ciertas operaciones corporativas (fusiones, escisiones o compras), conocidas con el término anglosajón, pero ampliamente utilizado en el mundo financiero, de “*due diligence*”, pues la extensión de responsabilidad introduce unas contingencias que deberán ser correctamente valoradas.

El estudio de los aspectos materiales nos ha llevado a analizar los eximentes, las atenuantes, las relaciones entre la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, así como las penas, bajo la óptica de la responsabilidad de la sociedad dominante del grupo que incurre en un delito que trae como consecuencia la insolvencia de una compañía filial.

Nos parece de sumo interés continuar el análisis de la responsabilidad penal que podría resultar para una sociedad dominante en el caso de otros ilícitos. Parece también necesario un estudio más profundo acerca de la configuración, con las garantías que exige el ámbito penal, de la figura del administrador de hecho e incluso del administrador “*oculto*”.

Es necesario profundizar en el estudio de las decisiones que hemos denominado “*extractivas*” para intentar trazar una casuística que nos permita diferenciarlas de las llamadas decisiones “*productivas*” y proporcionar las características que deben tener para adquirir una mayor seguridad. La información que facilita la Contabilidad a través de las cuentas anuales, individuales y consolidadas, debe servir para este fin y, de nuevo, el auditor externo refuerza su papel de garante en este nuevo escenario. La doctrina contable debe acometer sin demora un análisis global de las operaciones con partes vinculadas como herramienta idónea para detectar transacciones que puedan poner en riesgo la solvencia de las sociedades dependientes, y que en estos momentos está aún sin hacer. Desde luego el estudio de los modelos de organización y gestión es una tarea de sumo interés que debe aunar investigadores de áreas diferentes que deberán combinarse adecuadamente en la búsqueda de criterios sólidos.

Llamamos la atención finalmente por los problemas de competencias judiciales que deberán ser encarados a la mayor brevedad posible para no ir a “*remolque*” de una situación que puede tener consecuencias de difícil pronóstico.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ, S., y CORONA, E., *Cuentas anuales consolidadas*, Pirámide, Madrid 2016.
- BACIGALUPO, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)”, en *Diario La Ley*, 7541 (2011) 1-8.
- BAJO, M., “Hacia un nuevo derecho penal: el de las personas jurídicas”, en IGLESIAS (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Civitas, Madrid 1996.

- BAJO, M.; FEIJOO, B., y GÓMEZ-JARA, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Civitas, Madrid 2012.
- BANACLOCHE, J.; ZARZALEJOS, J., y GÓMEZ-JARA, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. La Ley, Madrid 2011.
- BAUCCELLS, J., “Las penas previstas para las personas jurídicas en la reforma penal de 2010 (un análisis crítico)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 33 (2013) 175-218.
- BOLDOVA, M., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 33 (2013) 219-263.
- BOLDOVA, M. A., y RUEDA, M. A., “La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal español”, en *Corporate Criminal Liability*, spring, (2011) 271-288.
- CHULIÁ, F., “Grupos de sociedades y conflicto de intereses”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 280 (abril-junio 2011) 19-43.
- CUERVO, A., *Rentabilidad y creación de valor en la empresa*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras. Publicaciones de RACEF, Barcelona 1991.
- CUESTA, J. L., y MATA, N., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi, Pamplona, 2013.
- CUGAT, M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, y bis in idem”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 17 (2012) 1-19.
- DIAZ, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*. Aranzadi, Pamplona 2002.
- DÍEZ, J., “Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 73 (2012) 48-64.
- EMBID, J., “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284 (abril-junio 2012) 25-52.

- FEIJOO, B., “*Las consecuencias jurídicas del delito*”, en BAJO, M.; FEIJOO, B., y GÓMEZ-JARA, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Civitas, Madrid 2012.
- FERNÁNDEZ, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español (una visión crítica)”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25 (2011) 7-42.
- GALÁN, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 16 (2011) 1-49.
- GÓMEZ-JARA, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Edisófer, Madrid 2010.
- GÓMEZ-JARA, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: hacia una nueva regulación de las personas jurídicas en la reforma del Código penal”, en *Diario La Ley*, 7534 (2010b) 7-13.
- GÓMEZ-JARA, C. (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Aranzadi, Pamplona 2006.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010”, en *La Ley*, núm. 7541 (2011) 201.
- GUERRAS, L., y NAVAS, J., *La dirección estratégica de la empresa. Teoría y aplicaciones*. Thomson Civitas, Madrid 2007.
- HERNÁNDEZ, L., “El nuevo artículo 31 bis del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica”, en CUESTA (dir.), y MATA (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- HERNANDO, L., “¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 280 (abril-junio 2011) 133-168.
- LAMPÓN, J.M., y otros, “Deslocalización en el sector auxiliar del automóvil ¿Con quién compite su planta de producción?”, en *Economía Industrial*, núm. 376 (2010) 67-74.
- LATORRE, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*. Comares, Granada 2003.

- MAGRO, V., “Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales”, en *La Ley Penal*, 8 (2011) 20-28.
- MANZANARES, J.L., “Las penas de las personas jurídicas”, en *La Ley*, núm. 7920 (2012).
- MARTÍN, A., “La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 277 (2010) 835-898.
- MATA, N., “La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal”, en CUESTA (dir.), y MATA (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MATA, N., y HERNÁNDEZ, L., “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en CUESTA (dir.), y MATA (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MATA, N.; BILBAO, M., y ALGORTA, M., “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, en *La Ley*, 8 (2011) 5-19.
- MOLINA, C., y MOLINA, L., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: su estatus procesal. Especial consideración a las medidas cautelares”, en *La Ley Penal* (septiembre-octubre 2012) 96-97.
- NIETO, A., y ARROYO, L. (dirs.), *El derecho penal económico en la era de la Compliance*. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- OCTAVIO, E., “Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares en el Código Penal”, en DÍEZ (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Tecnos, Granada 2002.
- PÉREZ, A., “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en CUESTA (dir.), y MATA (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ROCA, L., “Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”, en ONTIVEROS (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

- ROSAL, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, núm. 1, del Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 103 (2011).
- ROSO, R., “Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa”, en *La Ley Penal*, núm. 81 (2011).
- SCHÜNEMANN, B., “La responsabilidad penal de las empresas: para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal”, en Ontiveros, M. (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Tirant lo Blanch, Valencia 2014.
- SILVA, J., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en *La Ley*, núm. 7464 (2010).
- URRUELA, A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de lege lata”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32 (2012) 413-468.
- WEEZEL, A., “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ONTIVEROS (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Tirant lo Blanch, Valencia 2014.
- ZUGALDÍA, J., “Contrarreforma penal (el annus horribilis de 2003) y el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006”, en AA.VV., *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Dykinson, Madrid 2006.
- ZUGALDÍA, J., “Societas delinquere potest (análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)”, en *La Ley Penal*, núm. 76 (2010).
- ZÚÑIGA, L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la criminalidad organizada. La problemática de las sanciones”, en *Cuadernos Penales José María Lidón* (Bilbao), núm. 6 (2009).

