

EL CONCEPTO DE PERSONAS JURÍDICAS PENALMENTE RESPONSABLES

NORBERTO MIRAS MARÍN

Abogado

RESUMEN: La entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio reformó el Código Penal introduciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este estudio trata exhaustivamente, como concepto penal en blanco, el concepto de persona jurídica, y discute la idoneidad de la utilización de la persona jurídica por parte del legislador como entidad colectiva penalmente responsable. Así, en este artículo se muestra como el Common Law y la Ley Austriaca sobre responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos han extendido esa responsabilidad a organizaciones sin personalidad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal, personas jurídicas, reforma, Código Penal español, derecho comparado.

ABSTRACT: The new Law 5/2010, of 22 June, came into force, reforming the Penal Code and introducing criminal corporate liability. This essay contains an exhaustive study of the concept of a juridical person based on private law and challenges that reform and contends that where it seeks to charge a corporation criminally, the legislature should bear the burden of establishing a new concept of subject not based in legal personality. The decision to hold legal person solely liable impeded prosecution of corporate crime. Indeed, this article shows how Common Law and Austrian Law treat the problem extending criminal liability to non legal personality collectives.

KEYWORDS: Criminal corporate liability, legal person solely liable, reform, Spanish Penal Code, comparative law.

SUMARIO: **I.-** Introducción. **II.-** Posible concepto de persona jurídica penalmente responsable. **III.-** Tipología de personas jurídicas incluidas en el régimen del 31 bis del Código Penal. **1.** Corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. **1.1.** Corporaciones y Asociaciones. **1.2.** Fundaciones. **2.** Asociaciones de interés particular, civiles o mercantiles, a las que la Ley conceda personalidad propia e independiente de la que de cada uno de sus asociados. **2.1.** Sociedades Civiles. **2.2.** Sociedades Mercantiles. **VI.-** Exclusiones al régimen del artículo 31 bis del Código Penal. **1.** Excepciones recogidas en el párrafo primero del artículo 31 bis 5 del Código Penal. **1.1.** El Estado y otros entes de los artículos 53 y siguientes de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. **1.2.** Las Agencias y Entidades Públicas

Empresariales, las organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas y las sociedades mercantiles estatales que presten servicios de interés económico general. **1.3.** Partidos políticos y sindicatos. **2.** La excepción de la excepción recogida en el párrafo segundo del artículo 31 bis 5 del Código Penal. **3.** Exclusiones por carecer de personalidad jurídica. **V.-** Conclusiones.

*Quien puede concluir contratos,
también puede concluir contratos fraudulentos*

Von Liszt

I. INTRODUCCIÓN.

El presente estudio versa sobre la cuestión de la delimitación de la noción de persona jurídica penalmente responsable. Concepto penal en blanco que nos remite al derecho privado, lo que suscitará, a buen seguro, importantes problemas en la aplicación del régimen del 31 bis del Código Penal, que deberán salvarse por vía interpretativa.

Quizá, como veremos, habría sido preferible acudir a una formulación penal del concepto, que de manera sintética y en consonancia con el resto del Código y del Ordenamiento nos señalara con claridad cuáles son los entes a los que realizar las imputaciones penales, pues no parece muy sensato, por poner un ejemplo, que una agrupación de empresas o *holding* empresarial, por carecer de personalidad jurídica, se vea abocado al régimen del artículo 129 del Código Penal imponiéndosele “*motivadamente*”¹ y de forma exclusiva consecuencias accesorias. Porque si de trasponer Directivas y aplicar convenios se trata, el *holding* empresarial, como entramado de empresas, es una de las formas más usuales, de realizar blanqueo de capitales, que forma parte de la lista tasada de delitos del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En cuanto a la aludida consonancia y armonización del nuevo régimen de responsabilidad es necesario resaltar la relación de las llamadas personas jurídicas con

¹ Algo que según creo ya exige la Constitución en su artículo 120.3 para todas las sentencias.

las sociedades a las que hace referencia el citado Código en su artículo 297, en el que nos enumera una serie de entidades de una manera tan casuística como carente de rigor. En dicho artículo, además, se establece como elemento definitorio: “*o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado*”. Esta nota de permanencia ¿es trasladable a las personas jurídicas? La respuesta como sostendremos será negativa pues en puridad sólo se exige a las personas jurídicas que la Ley les otorgue capacidad de obrar sin mencionar la temporalidad en ningún momento.

Resulta curioso, asimismo, que también en sede de delitos societarios se haya previsto tanto la sociedad en formación como la irregular (artículo 290) y que el régimen del artículo 31 bis no las tenga dentro de su ámbito al carecer de personalidad jurídica. Teniendo, eso sí, patrimonio separado y administradores desde la firma del contrato. En la práctica una sociedad en formación y la llamada irregular pueden realizar determinado tipo de operaciones en el tráfico mercantil que podrían derivar en ilícitos penales ¿Por qué si el legislador nos dice que existe sociedad desde el contrato fundacional a unos efectos y a los efectos del 31 bis no? El mismo razonamiento se puede aplicar a la situación en que quedan las fundaciones no constituidas en escritura pública y las asociaciones sin inscribir.

En este capítulo se realizará de igual manera una tipología de los entes incursos y excluidos del régimen del 31 bis, con especial mención y comentario de los entes excluidos en el 31.5 bis en su primer párrafo y la excepción a la excepción contenida en el segundo párrafo. Entendemos que no existen razones político-criminales suficientes para excluir a determinados entes como los partidos políticos y sindicatos, sobre todo en lo tocante a delitos contra la Hacienda Pública y Blanqueo de Capitales, como más adelante analizaremos en las observaciones conclusivas.

Por último, establecemos un ensayo sobre las consecuencias de la exclusión de entidades que carecen de personalidad jurídica del régimen del 31 bis del Código Penal y su relación con el adoptado para este tipo de organizaciones en el artículo 129 del mismo cuerpo normativo.

II. POSIBLE CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA PENALMENTE RESPONSABLE

A la hora de restringir el ámbito de aplicación a determinados sujetos, el Código Penal se sirve de un concepto de persona jurídica con vocación omnicompreensiva, ya que abarcaría toda clase de personas jurídicas civiles, mercantiles y administrativas.

De esta forma, a los efectos que nos ocupan, se entiende por persona jurídica a *“un ente abstracto que persigue fines de utilidad colectiva, al cual, como medio para la consecución de éstos, concede la Ley capacidad jurídica patrimonial”* según la muy conocida la definición de Dusi². Más sintética es la de Kluber³ que la define como *“organización a la que el Ordenamiento ha concedido capacidad jurídica”*.

Se trata de unas definiciones abiertas, que se ven precisadas, con la afirmación de que, bajo cualquier condición, se considerarán personas jurídicas las recogidas *ex artículo 35 del Código Civil*⁴. Siendo estas: primero, las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas, y, segundo, las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia e independiente de la que de cada uno de sus asociados.

Contrapone el artículo 35 del Código Civil personas jurídicas de interés público y de interés particular, cosa distinta de la diferenciación de personas jurídicas públicas y privadas⁵. Para la distinción entre interés público y particular se han propuesto diversos

² Dusi, B., “Scritti Giuridici”, G. Giappiohelli Editore. Torino. 1956, pag 27.

³ Kluber, F., “Derecho de Sociedades” 5ª Edición revisada y ampliada, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2001, pg 72.

⁴ Siguiendo a Bacigalupo Saggese, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, Diario La Ley, Nº 7541, Sección Doctrina, 5 Ene. 2011, Año XXXII, Ref. D-5, Editorial LA LEY, pág. 5.

⁵ Como señala Díez Picazo, a las personas jurídicas públicas que alude el artículo 35 del Código Civil cuando dice que “son personas jurídicas”:.. “Las Corporaciones de interés público reconocidas por la ley”.. , con ello las diferencia de las Asociaciones que, si bien son de interés público, en el sentido de que persiguen una finalidad no lucrativa, permanecen en el área del derecho Privado, jerárquicamente independientes de la Administración. Así se deduce además del artículo 37 del Código Civil que señala que las Corporaciones se rigen por las leyes que las hayan creado o reconocido y las asociaciones por sus estatutos. Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Sistema de Derecho Civil (VOL. I), Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

critérios. El mayoritario opina que serán de interés particular cuando persigan fines de utilidad privada y no general, pero sin ceñirse a la idea de lucro, pues existen asociaciones que no lo persiguen y sin embargo son de interés particular.

Entendemos que existen dos rasgos definitorios de las personas jurídicas, estructura y capacidad jurídica. Esto supone que el rasgo definitorio utilizado como cláusula de cierre en el artículo 297 del Código Penal, esto es, la participación permanente en el mercado, la temporalidad, no es aplicable al régimen de responsabilidad de las personas jurídicas. En suma, podríamos definir persona jurídica a los efectos de este estudio y muy concisamente como organización jurídicamente capaz.

III. Tipología de personas jurídicas incluidas en el régimen del 31 bis del Código Penal.

1. Corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley.

1.1. Corporaciones y Asociaciones.

Con “asociaciones y fundaciones” se refiere el legislador a las de los artículos 22 y 34 de la Constitución.

La diferencia entre Corporaciones y Asociaciones de interés público radica según la opinión doctrinal más extendida en que las Corporaciones son creadas por Leyes especiales que establecen su regulación propia en cada caso, mientras que las Asociaciones son creadas por la voluntad individual y reconocidas por el Derecho en la forma que la Ley general en la materia determina.

A las asociaciones de fines no lucrativos se refiere el artículo 22 de la Constitución, desarrollado por la Ley de asociaciones de 22 de Marzo de 2002.

Su inclusión en el régimen del 31 bis del Código Penal es clara pues en ambos casos tienen personalidad jurídica si se cumple lo preceptuado, es decir, en el primer

caso la entrada en vigor de una Ley y en el segundo su acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, y habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el simple otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10 de la citada Ley⁶. Resulta sencillo, entonces, que las asociaciones sean responsables penalmente por el régimen del artículo 31 bis del Código Penal dadas las escasas formalidades a las que las sujeta su regulación: contrato fundacional.

En este punto merece la pena ser recordado que el artículo 297 del Código Penal no recogía en su enumeración las asociaciones, siendo incluidas por la mayoría de la doctrina⁷ y jurisprudencia como “entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

1.2. Fundaciones.

A las fundaciones se refiere el artículo 34 de la Constitución, desarrollado por la Ley de 26 de diciembre de 2002, que señala que se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley.

Las Fundaciones son entidades jurídicas distintas de las sociedades. Así, mientras que las sociedades toman como base una colectividad de sujetos, las Fundaciones se constituyen en torno a un conjunto de bienes destinados a la realización de unos fines concretos.

En otros países, sin embargo, como Estados Unidos o Canadá se permite que las Fundaciones se constituyan bajo la forma de sociedades anónimas⁸. Existiendo también

⁶ En el artículo 10 de la Ley de asociaciones de 22 de Marzo de 2002, se indica que las asociaciones deberán inscribirse en el Registro de asociaciones, pero solo a efectos de publicidad, es decir, que no es constitutiva como en las sociedades de capital, derivando una responsabilidad directa frente a terceros hacia los promotores (y asociados si actuaron en su nombre) de asociaciones no inscritas.

⁷ Moreno Canoves A. y Ruiz Marco, F., “Delitos socioeconómicos”. Ed. Edijus, Zaragoza, 1996, pág. 351. Aunque existe una parte de la doctrina que se opone. Así, Qüeral Jiménez, “Parte Especial”, Editorial Atelier, 6ª Ed., 2011, pág. 440.

⁸ Sobre la constitución de las fundaciones como sociedades y la cuestión de las fundaciones-empresas, Serrano Chamorro, M. E., “Fundaciones: dotación y patrimonio”, Ed. Civitas, 2003, pág. 235 y La Casa García, R., “La fundación-empresa”, Ed. Marcial Pons. 2009. pgs. 132 y ss.

Fundaciones comerciales en países como Luxemburgo, Dinamarca, Noruega o Suecia; en donde la Fundación se nutre de la empresa nodriza, que tiene por objeto, no la obtención de beneficios, sino el proveer de fondos a la Fundación para que sin ánimo de lucro realice las actividades que le son propias.

De igual modo, se puede producir el fenómeno inverso; es decir, que las empresas creen Fundaciones para fines sociales, a la vez que se hacen publicidad con las actividades de ésta y se benefician de los incentivos fiscales que son propios a este tipo de entidades.

En España, sin embargo, las Fundaciones no pueden adoptar formas societarias, pues ya se ha dicho que se trata de entidades diferentes. No obstante, en ocasiones las Fundaciones pueden actuar en el tráfico mercantil como si fueran auténticas empresas. Así, el artículo 28 del Reglamento de Fundaciones Culturales permite a estas entidades la realización de actividades mercantiles o industriales que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, siempre que se dé cuenta de ellas al Protectorado, sin que, en los demás casos, estas Fundaciones puedan ejercer por sí mismas estas actividades, sin previa y expresa autorización de aquél. Y es aquí donde reside su equiparación a las sociedades a efectos de la aplicación de los preceptos penales.

Tanto asociaciones como fundaciones son sujetos obligados por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁹. Su inclusión en esa relación nos indica que el legislador ve en la utilización de estas formulas asociativas cierta propensión a la ocultación y blanqueo de capitales.

2. Asociaciones de interés particular, civiles o mercantiles, a las que la Ley concede personalidad propia e independiente de la que de cada uno de sus asociados

2.1. Sociedades Civiles.

⁹ En su artículo 2.X.

Con respecto a las sociedades civiles según el artículo 1.665 del Código civil: *"la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias"*.

El Código Civil se refiere a la personalidad jurídica de la sociedad civil en los siguientes artículos: el citado 35 y el artículo 1.669 que señala que *"no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros"*.

Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Es decir que no tendrán personalidad jurídica. Que a una sociedad civil no se la inscriba en el pertinente registro y se mantenga, como dice el artículo citado, en secreto los pactos la priva de personalidad jurídica y, por tanto, no serían responsables penalmente mediante el régimen del 31 bis Código Penal sino con el del 129 del Código Penal¹⁰.

2.2. Sociedades Mercantiles.

Con respecto a la sociedad mercantil es persona jurídica que nace por consecuencia del contrato de compañía cuando se cumplen las formalidades señaladas al efecto por la Ley tal y como señala el artículo 116 Código de Comercio. Es decir, para tener personalidad jurídica deberá cumplir los requisitos de forma y de publicidad que prescribe el artículo 119 del Código de Comercio, esto es: escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

El artículo 122 del Código de Comercio, ofrece un cierto elenco, al decir: *"Por regla general, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes: la regular colectiva, la comanditaria, simple o por acciones, la anónima, la de responsabilidad limitada"*.

¹⁰ Sin embargo, si han sido mayoritariamente admitida por la doctrina su inclusión en los entes regulados en el 297 del Código Penal, relativo a delitos societarios, por medio de la cláusula de cierre, al igual que las Asociaciones.

La fórmula "por regla general" indica que la enumeración es ejemplificativa, existe además una variada tipología que nace de Leyes especiales, así: las sociedades laborales; las de capital riesgo, las de inversión colectiva, las sociedades profesionales, la sociedad cotizada y la sociedad europea.

El artículo 124 del Código de Comercio complementa el catálogo anterior con otros dos tipos sociales: las mutuas y las cooperativas, siempre que se den una serie de requisitos que el mismo precepto establece.

Ahora bien, sólo podrán ser calificadas de mercantiles las sociedades expresamente tipificadas por el legislador, sin que en ningún caso lo puedan ser, las sociedades atípicas¹¹.

III. EXCLUSIONES AL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 31 BIS CP DEL CÓDIGO PENAL

1. Excepciones de personas jurídicas recogidas en el párrafo primero artículo 31 bis 5 del Código Penal.

1.1. El Estado y las entidades de los artículos 53 y siguientes de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

En los Ordenamientos de corte más intervencionista se considera que las personas jurídico-públicas están exentas de esta responsabilidad porque el Estado¹²

¹¹ La cuestión de la personalidad jurídica de las sociedades es un tema tradicionalmente debatido, en el que las posturas oscilan entre aquellos que extienden dicho atributo a toda clase de sociedades (Lacruz Berdejo, J.L. Derecho de Obligaciones II, 9ª edición, ed. Dykinson, Madrid, 2009, pg.396), los que, a partir de un concepto estricto de personalidad, defienden la idea que sólo tienen personalidad jurídica las sociedades corporativas (Girón Tena, J., Tendencias generales en el derecho mercantil, Madrid, 1986. Pg. 168 y ss), pasando por aquellos autores que creen posible diferenciar entre personalidad perfecta e imperfecta en una tesis ecléctica (De Castro y Bravo, La persona jurídica, Madrid 1981, pg 267).

¹² Siguiendo el artículo 1 de la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado que ya exceptúa a los Estados "Se entenderá por persona jurídica cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas".

tendría que condenarse a sí mismo o a partes de él, careciendo de sentido abundar en la exigencia de responsabilidad a entes corporativos públicos, sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que los integren. Sin embargo, esto no es así en los de corte más liberal, en concreto los que se rigen por el sistema del Common Law. Esto se debe a la teoría de la identificación o *alter ego*, en la que se origina una ficción de corte organicista¹³, igualando a la persona física con la jurídica, se aplica allí hasta las últimas consecuencias y a la restricción en privilegios y prerrogativas que tienen los Estados regulados por este sistema, que los arroja a un plano de “igualdad” con los administrados.

Se advierte una laguna legislativa al excluir las sociedades estatales, pero no indicar nada al respecto de las sociedades autonómicas, provinciales y municipales. Una interpretación teleológica y garantista podría hacernos considerar que dichas sociedades se encuentran igualmente excluidas del ámbito de aplicación del artículo 31 bis, toda vez que son instituciones incardinadas en la administración pública, de igual naturaleza que las estatales, y defienden, al igual que estas, intereses generales.

Como argumento adicional que apoya esta interpretación contamos con que en el resto de los países de nuestro entorno que han introducido regímenes de reprochabilidad penal a personas jurídicas, las entidades públicas territoriales y locales han sido excluidas¹⁴.

1.2. Las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas y las sociedades mercantiles estatales que presten servicios de interés económico general.

Dentro de este apartado nos encontramos entes muy heterogéneos desde las Cámaras de Comercio a las diversas Comisiones de regulación, los Colegios

¹³ Y casi diríamos que orgánica porque en numerosísimas sentencias, y siguiendo al “leading case”, se utiliza un símil en el que se va comparado partes de la entidad con partes del cuerpo humano.

¹⁴ Por ejemplo, el Código Penal Francés sostiene en su art. 121-1 que: “Las personas morales, con la exclusión del Estado, son responsables penalmente, de acuerdo a las distinciones de los arts. 121-4 a 121-7 y dentro de los casos previstos por la ley o el reglamento de las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o representantes. Sin embargo, las colectividades territoriales y sus agrupaciones tampoco son responsables penalmente salvo de las infracciones realizadas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de delegación de servicios públicos.” Exceptuando a los organismos territoriales y sus agrupaciones.

profesionales, etc. Su carácter público y la defensa de intereses generales las hace acreedoras de la exclusión. Sin embargo, se podría puntualizar que no siempre actúan en defensa de intereses generales, porque también tienen una dimensión empresarial en determinados aspectos de su funcionamiento, por ejemplo, en materia de contratación de servicios por los Colegios Profesionales. Esto queda patente en diversas regulaciones administrativas como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal y su normativa de desarrollo, en la que se da diferente tratamiento a los ficheros de datos personales generados a partir del ejercicio de funciones públicas que tienen atribuidas estos entes, dejando sometidos a un régimen orientado a empresas privadas los ficheros originados por su contratación en el tráfico mercantil o en el ámbito laboral¹⁵.

Más discutible es la exclusión de la entidades públicas empresariales¹⁶ “*que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*” por su naturaleza mercantil. Si bien, estas sociedades se encuentran muy vinculadas a intereses generales y siempre que tengan asignadas legal o estatutariamente o que les sean encomendadas por las Administraciones Públicas competentes tales funciones deberían excluirse¹⁷.

1.3. Partidos políticos y sindicatos.

La exclusión de partidos políticos y sindicatos, resulta una decisión político-criminal más que discutible. La propia Exposición de Motivos de la Ley no hace mención alguna de esta excepción en la aplicación del régimen del 31 bis. Y en este caso no es trasladable el argumento utilizado en el caso de la Administración General del Estado, al ser entes autónomos, con independencia de las funciones Constitucionales que se les atribuyen¹⁸.

¹⁵ Tal y como repetidamente ha dictaminado la Agencia Española de Protección de datos en sus informes. https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/common/pdfs/2009-0298_Requisitos-de-creaci-oo-n-c--notificaci-oo-n-e-inscripci-oo-n-de-ficheros-de-Colegio-Profesional.pdf, entre otros que tratan la materia.

¹⁶ Sociedades mercantiles con participación mayoritaria estatal, a las que se refiere la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado –Ley 6/1997 disposición adicional duodécima–.

¹⁷ Este tipo de entidades son, por ejemplo, RENFE, ADIF y AENA

¹⁸ Artículos 6 y 7 de la Carta Magna.

Aunque los partidos políticos poseen un régimen exclusivo para ellos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, no es entendible que se les excluya por esta razón, dado que las únicas referencias al orden penal se dan en la constitución de los mismos (artículo 2 de la citada Ley) por personas incursoas en delitos contra la Constitución y en la declaración de ilegalidad (artículo 9), en relación con el delito de terrorismo y siempre desde un punto de vista personalista. De delitos contra la hacienda pública y de blanqueo de capitales, no se hace referencia alguna en su estatuto jurídico.

Menos explicable aun es la exclusión de los sindicatos que tal como recoge el artículo 3 de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical son meras asociaciones, con, eso sí, funciones importantes con respecto a los conflictos colectivos, pero con una naturaleza parecida a las asociaciones patronales, que no han sido incluidas en esta excepción.

2. Excepción a la excepción recogida en el inciso segundo del artículo 31.5 bis segundo párrafo.

En este punto el legislador intenta prevenir la instrumentalización de la creación de partidos políticos o sindicatos con el fin de “eludir” una eventual responsabilidad penal y establece que los órganos jurisdiccionales –no dice cuales– podrán efectuar declaración de responsabilidad penal. Como asociaciones esta declaración supondrá la aplicación del régimen de responsabilidad del 31 bis, aunque en estos casos, importaría poco porque desde un primer momento del juzgador debería motivar la decisión y lo más probable a aplicar tanto en el artículo 31 bis como en el 129 sería la disolución.

3. Exclusiones por carecer de personalidad jurídica.

No poseen personalidad jurídica las Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas¹⁹ que son según nuestra legislación meros sistemas de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro; las comunidades de bienes a las que se refiere el Título III del Libro II del Código Civil²⁰ –que incluyen comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, reguladas por la Ley 49/1960, de 21 de julio²¹–; las comunidades titulares de montes vecinales en mano común, conforme a la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, o la normativa de las Comunidades Autónomas que en cada caso les resulte aplicable; las herencias yacentes²²; las sociedades civiles sin personalidad jurídica; determinados fondos financieros²³; las mencionadas asociaciones y fundaciones que no cumplan las formalidades legales (por ejemplo, una fundación no constituida en escritura pública) y las denominadas sociedades en formación como sociedades irregulares²⁴. Estas últimas en sentido amplio, pueden definirse como aquellas que o no se han constituido en escritura pública, o habiéndose otorgado la escritura de constitución, ésta no se ha inscrito en el registro mercantil²⁵. En sentido estricto, el concepto de sociedad irregular²⁶ requiere además que la misma actúe en el

¹⁹ Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional. En su artículo 7.2 claramente indica “la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia”.

²⁰ Según el artículo 1669 del Código Civil, ya mencionado, las comunidades de bienes no tienen personalidad jurídica.

²¹ La propia LPH establece que ella misma es una emanación del Artículo 396 del Código Civil y, en consecuencia, las Comunidades de Propietarios son una de las formas de Comunidades de Bienes incluidas en el Título III de dicho Código, y ello con todas sus consecuencias en cuanto a tales comunidades de bienes, en especial la carencia de personalidad jurídica.

²² Nuestro Derecho positivo las considera como un patrimonio con titular interinamente indeterminado, permitiendo que dicho patrimonio subsista, sin convertirse en res nullius, a la vez que adopta las medidas oportunas para la conservación del patrimonio, pero sin personalidad jurídica.

²³ Haciendo una enumeración exhaustiva, estos fondos financieros son: los fondos de inversión previstos en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva; los fondos de capital-riesgo, regulados por la Ley 1/1999, de 5 de enero; los fondos de pensiones, que se rigen por lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre; los fondos de regulación del mercado hipotecario previstos en la Ley 2/1981, de 25 de marzo; los fondos de titulación hipotecaria, regulados en la Ley 19/1992, de 7 de julio; los fondos de titulación de activos a los que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril; los fondos de garantía de inversiones previstos en el artículo 77 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

²⁴ Todas estas entidades entrarían en lo que denominaríamos entes que constituyen una unidad económica y un patrimonio separado susceptibles de un tratamiento tributario, pero carentes de personalidad jurídica, tal como indica el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

²⁵ Contraviniendo con ello el artículo 119 Código de Comercio.

²⁶ Siguiendo el concepto dado por Farias Battle, M. que sostiene que “*irregular es toda aquella sociedad que desarrolla su actividad dentro del sector mercantil del tráfico jurídico, pero cuyos miembros han prescindido deliberadamente de las reglas formales de constitución de los tipos sociales mercantiles, no obstante lo cual se presentan en el tráfico jurídico bajo la apariencia de regularidad, es decir, actuando como sociedad.*” La sociedad irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1970-1992). Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid: Centro de Estudios

tráfico como tal sociedad es decir una publicidad de hecho, y la intención de los socios de operar como tal sociedad sin haber cumplido los citados requisitos. Ello permite su distinción de la sociedad de formación, que se diferencia de la irregular en que si bien no se ha inscrito aun la sociedad los socios no tienen la voluntad de actuar en el tráfico sin la debida publicidad. Simplemente se encuentra en trámite.

Este tipo de sociedades encaja perfectamente en la definición del 297 del Código Penal, pero no en el 31 bis, a no ser que, posteriormente, la jurisprudencia haga una interpretación extensiva a todas las sociedades. Resultaría coherente que lo hiciera porque si el legislador con el citado artículo 297 intentó abarcar la totalidad de la vida de las sociedades, que una sociedad en formación delinca y se vea derivada al régimen del 129 del Código Penal.

Todas estas organizaciones que hemos enumerado exhaustivamente en tanto no poseen personalidad jurídica se verán inmersas en el régimen del artículo 129 del Código Penal que contiene la exigencia de motivación para la imputación de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que carezcan de personalidad jurídica sancionándolas con una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7 del Código Penal. Esta forma de compartir parcialmente sanciones a aplicar por el artículo 129 y el artículo 31 bis y el tratamiento que se les da a los entes sin personalidad en el derecho comprado²⁷, nos llevan a considerar la posibilidad de aplicar requisitos de imputación semejantes²⁸.

Judiciales, Ministerio de Justicia, 1993, págs. 3 y 4. Más escueta es la definición de Valpuesta Gastaminza, E.M., que la señala como *“aquella respecto a la cual haya pasado un año tras el otorgamiento de las escritura sin haber solicitado su inscripción”*. “La Sociedad Irregular”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pg. 135. Hay que distinguir de la sociedad irregular y la sociedad en formación, la llamada sociedad de hecho (a veces identificadas por la jurisprudencia, así STS 6-10-1990) que es aquella sociedad afectada por un vicio de carácter sustantivo en su formación y que tendría su sede en las normas relativas a la nulidad de la sociedad.

²⁷ En el Reino Unido, que tradicionalmente ha responsabilizado penalmente a los entes colectivos, la primera sentencia cuyo pronunciamiento recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas data de 1842, para delitos sin “mens rea”, es decir delitos omisivos. Cuarenta años más tarde se extendería la responsabilidad penal a los entes sin personalidad jurídica y en 1915, la Cámara de los Lores, en un caso de derecho de daños, *Lennard Co. Ltd. v Asiatic Petroleum Co. Ltd.*, estableció un principio general de atribución de responsabilidad a una empresa “el principio de identificación” o del *alter ego* aplicable a todo tipo de delitos y tanto a entes sin personalidad como a personas jurídicas, con idénticos criterios de imputación.

²⁸ Tal como observa el profesor Gómez-Jara Díez, C., en *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”*, Diario La Ley, Nº 7534, Sección Tribuna, 23 Dic. 2010, Año XXXI, Ref. D-389, Editorial LA LEY, pág. 3.

Un problema existente y que no se ha contemplado tampoco en esta reforma ha sido la existencia de grupos de empresas. Si en la Exposición de Motivos se invocaban razones político-criminales para introducir el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas basadas en la difícil determinación de los responsables físicos respecto a determinadas fórmulas de delincuencia, no nos equivocaremos al pronosticar mayores tasas de dificultad cuando de lo que se trate sea de determinar cuáles son las personas jurídicas que pueden ser consideradas, también, como penalmente responsables del delito en un entramado de empresas.

V. CONCLUSIONES

En suma, los destinatarios del artículo 31 bis del Código Penal son entidades que tengan conferida personalidad jurídica conforme al concepto de persona jurídica del derecho privado. Las personas jurídicas instrumentales, es decir, aquéllas personas jurídicas con una estructura empresarial prácticamente nula, también se encuentran formalmente comprendidas por el artículo 31 bis al estar prevista su posibilidad de disolución. Por el contrario, toda organización, por más estructurada y voluminosa que sea, que no cuente con personalidad jurídica se verá derivada al régimen del artículo 129 del Código Penal.

Sin embargo, opinamos que:

1.- El artículo 31 bis del Código Penal debería ser interpretado armónicamente con el 297 que sí observa como sujetos a las sociedades irregulares o en formación, aunque sean sociedades carentes de personalidad jurídica.

2.- También se debería interpretar conjuntamente con el artículo 130.2º, que regula la responsabilidad penal en casos de extinción de la personalidad jurídica, pero continuación de la actividad en el tráfico. Es decir, si la persona jurídica conserva como dice el citado 130.2º su actividad económica y se mantiene la identidad de la mayoría de clientes, proveedores y empleados, se entiende que existe una casi idéntica estructura

empresarial y, por tanto, subsiste la responsabilidad. El legislador parece indicar con esto que es posible una interpretación extensiva.

3.- Además, cabe argumentar que si se han incluido las sociedades instrumentales en el régimen del 31 bis, que carecen de ese sustrato estructural y son simples herramientas para la comisión del delito, deberían incorporarse las entidades carentes de personalidad jurídica con estructura organizativa establecida y un giro en el tráfico mercantil usual. Otra cosa es que la reforma no haya dejado claro lo que entiende por sociedad instrumental, dado que en el artículo 66 bis 2, el legislador, nos dice que estamos ante ella “*siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal*”. Lo cual no esclarece mucho, porque una persona jurídica con una amplia actividad legal, pero con una actividad ilegal más “relevante” puede ser disuelta o suspendidas sus actividades por instrumental. Sin embargo, las sociedades instrumentales siempre se han tenido por sociedades vacías de contenido o con muy poco, cosa a la que no hace referencia el precepto.

4.- Por tanto, entendemos que lo determinante para la aplicación de un régimen de responsabilidad penal a entidades o agrupaciones en general debería ser la existencia de una estructura orgánica -unidad económica- y de un patrimonio autónomo, tenga o no personalidad jurídica, tal y como tradicionalmente se ha considerado en países del Common Law²⁹ o, por ejemplo, en Austria, que ha adoptado un modelo parecido al nuestro³⁰. La utilidad práctica de extender el régimen de responsabilidad del artículo 31 bis a entes sin personalidad es obvia al poder, por ejemplo, imponer una pena de multa contra un fondo de inversión condenado por blanqueo de capitales, cosa que, con la regulación actual, sería imposible.

²⁹ Khanna, V.S., “*Corporate Criminal Liability: What Purpose Does it serve?*”, Harvard Law Review, Volume 109, Number 7, Mayo 1996. Pág 7.

³⁰ La *Ley austriaca sobre responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos* en su artículo 1 nos habla de “agrupaciones”, siendo estas personas jurídicas y otros entes carentes de personalidad que posteriormente enumera.

BIBLIOGRAFIA:

Bacigalupo Saggese, S., “*Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)*”, Diario La Ley, Nº 7541, Sección Doctrina, 5 Ene. 2011, Año XXXII, Ref. D-5, Editorial LA LEY, pág. 5; De Castro y Bravo, “*La persona jurídica*”, Ed. Cívitas, Madrid, 1981, pág. 267; Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Sistema de Derecho Civil (VOL. I), Ed. Tecnos, Madrid, 2003. pág 136; Dusi, B., “*Scritti Giuridici*”, G. Giappiohelli Editore. Torino. 1956, pág. 27; Farias Battle, M., “*La sociedad irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1970-1992)*”. Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid: Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, 1993, págs. 3 y 4; Girón Tena, J., “*Tendencias generales en el derecho mercantil*”, Madrid, Ed. Civitas, 1986. pág. 168 y ss; Gómez-Jara Díez, C., “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*”, Diario La Ley, Nº 7534, Sección Tribuna, 23 Dic. 2010, Año XXXI, Ref. D-389, Editorial LA LEY, pág. 3; Khanna, V.S., “*Corporate Criminal Liability: What Purpose Does it serve?*”, Harvard Law Review, Volume 109, Number 7, Mayo 1996. Pág 7; Kluber, F., “*Derecho de Sociedades*” 5ª Edición revisada y ampliada, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2001, pág. 72; La Casa García, R., “*La fundación-empresa*”, Ed. Marcial Pons. 2009. págs. 132 y ss; Lacruz Berdejo, J.L. Derecho de Obligaciones II, 9ª edición, ed. Dykinson, Madrid, 2009, pag. 396; Moreno Canoves A. y Ruiz Marco, F., “*Delitos socioeconómicos*”. Ed. Edijus, Zaragoza, 1996, pág. 351; Queral Jiménez, J.J., “*Parte Especial*”, Editorial Atelier, 6ª Ed., La Coruña, 2011, pág. 440; Serrano Chamorro, M. E., “*Fundaciones: dotación y patrimonio*”, Ed. Civitas, 2003, pág. 235; Valpuesta Gastaminza, E.M., “*La Sociedad Irregular*”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 135.