

Actualidad Jurisprudencial

Por Antonio Caba Tena, abogado, doctor en Derecho y socio de Dictum Abogados¹

Sobre la extinción de la responsabilidad penal de una persona jurídica (sociedad de capital) por su disolución real²

INTRODUCCIÓN

Desde que, por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, se introdujera en nuestro Ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas, erradicándose así el tradicional principio “societas delinquere non potest”, han sido muchas las cuestiones que han suscitado polémica tanto en la doctrina científica como en sede judicial.

Algunas de ellas, como los requisitos mínimos que han de cumplir los modelos de organización y gestión (programa de prevención de delitos o compliance programs), fueron abordadas por el Legislador en la posterior reforma operada en el texto punitivo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (cfr. art. 31 bis.5 CP).

Otras, como las garantías procesales de las personas jurídicas, han sido concretadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (a veces sin criterio uniforme y en ocasiones con planteamientos enfrentados a los de la Fiscalía General del Estado), en las siguientes Sentencias:

(i) La núm. 154/2016, de 29 de febrero. Que afirmó la responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado como presupuestos sine qua non para proclamar la autoría penal de una persona jurídica, añadiendo que la responsabilidad de los entes

colectivos aparece ligada a lo que la propia resolución denomina "... la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos".

(ii) La núm. 221/2016, de 16 de marzo. Que, en relación al derecho a la presunción de inocencia de la persona jurídica, nos recordaba que "... sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el ius puniendi del Estado".

(iii) La núm. 516/2016, de 13 de junio. Que confirmó la línea jurisprudencial favorable a la autorresponsabilidad, indicando que "... en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad (cfr. auto de aclaración), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad".

(iv) La núm. 455/2017, de 21 de junio. Que negó la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre la persona jurídica y la persona física, recordando la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica frente a la del directivo o empleado que comete el delito en beneficio directo o indirecto de la primera.

(v) La núm. 583/2017, de 19 de julio. Que recalca la necesidad de preservar cualquier conflicto de intereses entre la dirección letrada de la persona jurídica investigada y la persona física autora del delito de referencia, exponiendo que "... dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación". También descartaba la vulneración del derecho de defensa que alegaba el recurrente a la vista del no ofrecimiento por el Tribunal a quo del derecho a la última palabra a la persona jurídica investigada, además de a la persona física, en base que la coincidente estrategia defensiva de ambos sujetos acusados, descartaba en el caso sometido a su enjuiciamiento cualquier vulneración con trascendencia constitucional.

(vi) Y la núm. 668/2017, de 11 de octubre. Que, repasando previamente las garantías procesales de la persona jurídica, declaró que, más allá de las disquisiciones doctrinales, independientemente de que se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio (autorresponsabilidad), ya por uno de heterorresponsabilidad, cualquier condena a una persona jurídica debe estar basada en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal, entre los que se encuentra el principio de culpabilidad del artículo 5 del Código Penal, o el de presunción de inocencia; los cuales apreció que no se conculcaban en

el supuesto examinado, por la ausencia de todo hilo argumental que avalase una base fáctica, ligada a la ausencia de alusión a las medidas de control eficaz para evitar la actividad del concreto ilícito por el que había sido enjuiciada la entidad.

Pero otras cuestiones relevantes, como la posibilidad de extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica por causa de disolución de la misma, ha sido objeto de poca atención doctrinal, así como, que sepamos, tampoco existen resoluciones al respecto en la práctica forense.

Daremos una opinión al respecto en las líneas que siguen.

II. AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL EN SEDE PENAL

El Legislador, en el artículo 130.2 del Código Penal, aborda la cuestión de forma negativa, disponiendo que la responsabilidad penal de la persona jurídica no se extingue por el mero hecho de que se fusione, sea absorbida o se escinda de otra; al igual que establece que tampoco se extingue en los casos en que la disolución de la misma sea aparente y no real (encubierta), es decir, que posteriormente continúe con su actividad económica y mantenga una identidad sustancial de clientes, proveedores, empleados, etc. (cfr. el texto de la norma citada).

Esto es, en los casos de que se produzca una modificación estructural, se entiende que la persona jurídica que surja de la fusión, absorción o se beneficie de la escisión societarias sucederá procesalmente a la desaparecida como consecuencia de la modificación estructural operada y proseguirá el proceso en el mismo momento en el que se hubiera quedado antes de dicha modificación. Por tanto, de esta forma, el Legislador penal pone en conocimiento de los socios de la entidad que tales modificaciones de su estructura no suponen la extinción de las obligaciones procesales y penales que tuviera impuestas con anterioridad. Y de igual modo sucede cuando la persona jurídica no se haya disuelto realmente, sino que lo haya verificado de forma encubierta (disolución aparente).

Pero ninguna consecuencia del mismo tenor prevé el reseñado precepto para el caso de que la disolución no sea encubierta o meramente aparente sino real; de lo

que debe colegirse que, en estos supuestos, la disolución de la persona jurídica extingue necesariamente su responsabilidad penal³.

III. DIFERENTES CONSECUENCIAS DE LA DISOLUCIÓN EN EL ÁMBITO SOCIETARIO Y EL PENAL

Cierto es que, en el ámbito mercantil-societario, la disolución de una sociedad de capital no produce automáticamente su extinción, sino que conlleva la apertura del periodo de liquidación de la misma, fase durante la cual subsiste su personalidad jurídica (cfr. el art. 371 de la LSC), aunque muta su objeto para estar exclusivamente destinada a la realización de los bienes y derechos de que sea titular para, con su producto, atender a sus obligaciones.

Pero no es menos cierto que el Legislador penal anuda a la disolución de la persona jurídica otras consecuencias muy distintas. Así, al regular la pena de disolución, el artículo 33.7.b) del Código Penal (única norma del texto punitivo que concreta en qué consisten sus efectos) preceptúa que la disolución de la persona jurídica (en este caso la acordada por el juez o tribunal penal en sentencia) producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. Cuestión esta que también puede resultar controvertida, pero que, por la limitación de espacio, nos abstenemos de tratar en este trabajo.

IV. CONCLUSIONES

Por consiguiente, si una sociedad de capital investigada en un procedimiento penal se disuelve de forma real y no ficticia, pendiente el mismo, porque, por ejemplo, esté incurso en una de las causas legales de disolución establecidas en el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital (dejamos a un lado las eventuales causas de disolución adicionales que pudieran estar estatutariamente previstas), se abre ipso iure el periodo de liquidación de la misma. Esto ya sea ordenada la liquidación por el propio juez instructor (para no conculcar la norma mercantil y aun a riesgo de poder entenderse la decisión como la anticipación de la pena más grave que cabe imponer a una persona jurídica); o ya sea propuesta a la junta general por la

administración social o por un administrador judicial que haya sido nombrado cautelarmente en el proceso penal. De este modo, culminada la liquidación, la personalidad jurídica que resta a la sociedad sería la denominada “residual”⁴, con lo que no cabría sino declarar extinguida la responsabilidad penal de la misma, ex artículo 130.2-II del Código Penal, a contrario sensu; pues se habría tratado de una disolución y liquidación reales, acordadas válidamente y con apoyatura legal. Y ello incluso si la disolución pudiese afectar negativamente a los stakeholders de buena fe (trabajadores, acreedores, socios o incluso al propio Estado, como posible acreedor de una eventual pena pecuniaria a imponer en el procedimiento penal).

Finalmente, desde el punto de vista procesal, si admitimos que la disolución real de la persona jurídica es una causa de extinción de la responsabilidad penal, se trataría, al igual que la prescripción del delito, de una cuestión de orden público y, como tal, podrá ser alegada en cualquier estado de la causa e incluso deberá ser apreciable de oficio por los Tribunales, pues así lo exige la seguridad jurídica (vid., por todas – respecto a la prescripción–, la STS, Sala 2ª, núm. 793/2011, de 8 de julio).

¹ Profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Málaga y profesor de postgrado de Derecho Mercantil de la Universidad San Pablo-CEU de Madrid y de la Universidad de Málaga).

² Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto “Asignaturas pendientes del sistema procesal español” (DER2017-83125-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Gobierno de España); cofinanciado con FEDER.

³ Vid., en este sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”. *Diario La Ley* nº 7501, 3 noviembre 2010, pág. 6.

⁴ Cfr. Sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 324/2017, de 24 de mayo.