

MEMENTO **PRÁCTICO**
FRANCIS LEFEBVRE

Penal Económico y de la Empresa

2016-2017

Actualizado a 7 de julio de 2016



Esta es una obra colectiva, realizada por iniciativa y bajo la coordinación de

Francis Lefebvre

COORDINADORES

AYALA GÓMEZ, Ignacio [Prof. titular de Derecho penal en la Universidad Complutense. Socio director, Oliva-Ayala Abogados]
ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo [Prof. de Derecho Penal y Criminología en la Universidad Complutense. Oliva-Ayala Abogados]

AUTORES

Alcácer Guirao, Rafael [Prof. titular de Derecho penal, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Oliva-Ayala Abogados]: Cap. 1, Secc. 9 Apdos. I, IV y V; Cap. 2, Secc. 3
Ayala Gómez, Ignacio [Prof. titular de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid. Socio director, Oliva-Ayala Abogados]: Cap. 27
Boldova Pasamar, Miguel Ángel [Catedrático de Derecho penal, Universidad de Zaragoza. Consultor, despacho Salvanés Durán]: Cap. 30
Bonilla Pella, José [Socio, Investigaciones y Delitos Económicos, Jones Day Madrid Abogado]: Caps. 12, 16, 18, 20 y 21
Cancio Meliá, Manuel [Catedrático de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid]: Cap. 5, Secc. 2
Cardenal Montraveta, Sergi [Prof. titular de Derecho penal. Universidad de Barcelona]: Cap. 4, Secc. 1, apdo. B
Carpio Briz, David [Prof. de Derecho penal, Universitat de Barcelona. Consultor Melero & Gené Advocats y MBC-IURIS, Abogados y Consultores]: Cap. 4, Secc. 2
Castro Moreno, Abraham [Catedrático de Derecho penal, Universidad Carlos III de Madrid]: Cap. 23, Secc. 1 y 2
Cerezo Domínguez, Ana Isabel [Prof. titular de Derecho penal y Criminología, Universidad de Málaga]: Cap. 3, Secc. 1
Coca Vila, Ivó [Profesor de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra]: Cap. 9
Corcoy Bidasolo, Mirentxu [Catedrática de Derecho penal, Universitat de Barcelona. Consultora González Franco Abogados Penalistas]: Cap. 1, Secc. 6, Apdos. C, D y E; Cap. 29, Secc. 2
Dopico Gómez-Aller, Jacobo [Catedrático acr. de Derecho penal, Universidad Carlos III de Madrid. Abogado]: Cap. 1, Secc. 5
Estrada Cuadras, Albert [Prof. de Derecho penal, Universitat Pompeu Fabra]: Cap. 13; Cap. 15
Felip i Saborit [Prof. titular de Derecho penal, Universitat Pompeu Fabra. Consultor Melero & Gené Advocats]: Cap. 1, Secc. 7; Cap. 17; Cap. 35, Secc. 5 y 6
Fernández Teruelo, Francisco G. [Catedrático acr. de Derecho penal. Universidad de Oviedo]: Cap. 25
Fuentes Osorio, Juan Luis [Prof. Contratado Doctor de Derecho penal, -prof. titular acr.- Universidad de Jaén]: Cap. 7; Cap. 28
Gallego Soler, Ignacio [Prof. titular de Derecho penal, Universitat de Barcelona.]: Cap. 1, Secc. 1, Apdo. A
García del Blanco, Victoria [Prof. titular (I.) de Derecho penal, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid]: Cap. 1, Secc. 1, Apdo. B; Cap. 1, Secc. 9, Apdo. II; Cap. 3, Secc. 1
Gascón Inchausti, Fernando [Catedrático acr. de Derecho procesal, Universidad Complutense de Madrid. Consultor Académico en Herbert Smith Freehills Spain]: Cap. 2, Secc. 4
Gómez Martín, Víctor [Catedrático acr. de Derecho penal, Universitat de Barcelona.]: Cap. 1, Secc. 8; Cap. 14; Cap. 34; Cap. 37
Gómez Pomar, Fernando [Catedrático de Derecho civil, Universitat Pompeu Fabra. Abogado, Uría-Menéndez]: Cap. 3, Secc. 2
González Gugel, Jaime [Oliva-Ayala Abogados]: Cap. 26
Gutiérrez Rodríguez, María [Prof. titular (I.) de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid. Abogada, Oliva-Ayala Abogados]: Cap. 38
Iñigo Corroza, Elena [Prof. de Derecho penal, Universidad de Navarra]: Cap. 33
Llobet Angli, Mariona [Prof. de Derecho penal, Universitat Pompeu Fabra]: Cap. 17
Martín Lorenzo, María [Prof. titular de Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid. Letrada del Tribunal Constitucional]: Cap. 29, Secc. 1
Martínez-Sanz Collados, Laura [Oliva-Ayala Abogados]: Cap. 4, Secc. 3
Miró Llinares, Fernando [Catedrático acr., Universidad Miguel Hernández de Elche. Director del Centro de Investigación Criminal]: Cap. 13
Molina Fernández, Fernando [Catedrático de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid]: Cap. 3, Secc. 3; Cap. 4, Secc. 1, A
Montaner Fernández, Raquel [Prof. de Derecho penal, Universitat Pompeu Fabra]: Cap. 1, Secc. 3; Cap. 1, Secc. 4; Cap. 32
Morales Martínez, Sergi [Departamento de Derecho civil, Universitat Pompeu Fabra]: Cap. 3, Secc. 2
Nieto Martín, Adán [Catedrático de Derecho penal, Universidad de Castilla-La Mancha.]: Cap. 23, Secc. 3
Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo [Prof. de Derecho penal y criminología. Universidad Complutense de Madrid]: Cap. 2, Secc. 1; Cap. 7; Cap. 29, Secc. 1; Cap. 35, Secc. 1, 2, 3 y 5
Otero González, Pilar [Catedrática acr. de Derecho penal, Universidad Carlos III de Madrid]: Cap. 6
Parada Cano-Lasso, Sofía [Oliva-Ayala Abogados], Cap. 35, Secc. 1 y 2
Pastor Muñoz, Nuria [Investigadora Ramón y Cajal -prof. titular acr.-, Universitat Pompeu Fabra: Cap. 9; Cap. 10; Cap. 11; Cap. 19; Cap. 22; Cap. 24
Pozuelo Pérez, Laura [Prof. titular de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid]: Cap. 35, Secc. 4
Ragués i Vallès, Ramón [Catedrático de Derecho penal, Universitat Pompeu Fabra]: Cap. 1, Secc. 1, Apdo. C; Cap. 1, Secc. 6, Apdos. A y B; Cap. 2, Secc. 2
Robles Planas, Ricardo [Catedrático acr. de Derecho penal, Universitat Pompeu Fabra]: Cap. 1, Secc. 2
Ropero Carrasco, Julia [Prof. titular de Derecho penal, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid]: Cap. 36
Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier [Catedrático acr. de Derecho penal. Universidad Complutense de Madrid. Oliva-Ayala Abogados]. Cap. 2, Sec. 1
Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, Marina [Prof. Contratada Doctora de Derecho penal -prof. titular acr.-, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid]: Cap. 1, Secc. 9, Apdo III; Cap. 1, Secc. 10
Yáñez Vega, Ana [Prof. de Derecho administrativo, Universidad Complutense de Madrid.]: Cap. 31

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00. Fax: 91 210 80 01
www.ef.les
Precio: 73,84 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-16612-35-2
Depósito legal: M-27130-2016
Impreso en España
por Printing'94
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

	número marginal
PARTE I. Cuestiones comunes	
Cap 1 Responsabilidad penal de las personas físicas	10
Cap 2 Responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	1300
Cap 3 Consecuencias jurídicas del delito y concursos	2000
Cap 4 Aspectos procesales y garantías.....	2450
PARTE II. Conductas delictivas	
Cap 5 Conductas de acoso.....	2750
Cap 6 Delitos contra la intimidad, derecho a la propia imagen e inviolabilidad del domicilio	2900
Cap 7 Delitos contra el honor.....	3200
Cap 8 Estafa	3500
Cap 9 Administración desleal.....	3800
Cap 10 Apropriación indebida.....	3950
Cap 11 Frustración de la ejecución e insolvencias punibles.....	4100
Cap 12 Alteración de precios en subastas y concursos públicos.....	4350
Cap 13 Cibercrímenes económicos y patrimoniales	4400
Cap 14 Delitos contra la propiedad intelectual e industrial.....	4850
Cap 15 Violación de secretos empresariales	5050
Cap 16 Detracción de materias primas y productos de primera necesidad	5300
Cap 17 Delito publicitario	5350
Cap 18 Fraude de inversores	5550
Cap 19 Facturación de cantidades superiores mediante alteración o manipulación de aparatos automáticos.....	5650
Cap 20 Maquinaciones para alterar el precio de las cosas	5750
Cap 21 Abuso de información privilegiada.....	5800
Cap 22 Acceso a servicios de radiodifusión o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica	5900
Cap 23 Corrupción en los negocios	6050
Cap 24 Delitos societarios	6300
Cap 25 Blanqueo de capitales.....	6650
Cap 26 Financiación ilegal de partidos políticos	6800
Cap 27 Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social	6850
Cap 28 Delitos contra los derechos de los trabajadores.....	7150
Cap 29 Protección penal de la seguridad en el trabajo.....	7650
Cap 30 Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo	7900

	número marginal
Cap 31 Delitos contra el patrimonio histórico.....	8200
Cap 32 Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.....	8300
Cap 33 Delitos contra la salud pública.....	8550
Cap 34 Falsedades.....	8800
Cap 35 Delitos contra la Administración pública.....	9100
Cap 36 Acusación y denuncia falsas.....	9450
Cap 37 Denegación discriminatoria de prestación de servicio en el ámbito privado.....	9600
Cap 38 Contrabando.....	9650
Tabla de disposiciones.....	9900
Tabla Alfabética	

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
Circ	Circular
Const	Constitución Española
CP	Código Penal (LO 10/1995)
CP/1973	Código Penal (D 3096/1973)
Dir	Directiva
disp.adic.	disposición adicional
disp.derog.	disposición derogatoria
disp.final	disposición final
disp.trans.	disposición transitoria
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
ET	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015)
FGE	Fiscalía General del Estado
JP	Juzgado de lo Penal
JGTS	Junta General del Tribunal Supremo
JI	Juzgado de Instrucción
L	Ley
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal (RD 14-9-1882)
LMV	Ley del Mercado de Valores (RDLeg 4/2015)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985)
LSC	Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010)
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
Rec	Recurso
TCo	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia



PARTE I

Cuestiones comunes

Capítulo 1. Responsabilidad penal de las personas físicas.....	10
Capítulo 2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	1300
Capítulo 3. Consecuencias jurídicas del delito y concursos	2000
Capítulo 4. Aspectos procesales y garantías.....	2450

CAPÍTULO 1

Responsabilidad penal de las personas físicas

Sección 1. Autoría.....	20	10
Sección 2. Participación en delitos comunes y especiales. Conductas neutras.....	160	
Sección 3. Concepto jurídico-penal de administrador.....	290	
Sección 4. Delegación de funciones.....	310	
Sección 5. Comisión por omisión.....	400	
Sección 6. Imputación subjetiva.....	570	
Sección 7. Error.....	740	
Sección 8. Justificación e inexigibilidad.....	850	
Sección 9. Circunstancias atenuantes.....	950	
Sección 10. Reincidencia.....	1160	

SECCIÓN 1

Autoría

A. Criterios de determinación de la autoría.....	25	20
B. Actuación en nombre de otro.....	60	
C. Testaferro.....	100	

A. Criterios de determinación de la autoría

Determinar quién es el autor (y en su caso partícipe) cuando un delito se ha cometido en el seno de una sociedad o empresa tiene ciertas peculiaridades con respecto a la comisión de un delito en otros ámbitos. Algunas de esas particularidades tienen que ver con las propias características estructurales y organizativas que presentan una empresa: división del trabajo (diferenciación por división horizontal), coordinación (criterios jerárquicos, integración, delegación de competencias), descentralización, deslocalización, sometimiento a políticas de grupo... Otras de esas peculiaridades tienen que ver con que toda empresa genera, por sí misma, riesgos que pueden tener relevancia penal en ámbitos diferenciados en función de los productos o servicios que ofrezca, de los propios procedimientos productivos, y de la configuración de las áreas administrativas y comerciales.

Cuando hay que determinar, a la vista de un resultado lesivo, quién debe responder penalmente en la empresa y conforme a qué criterios, existen al menos dos posibilidades de actuación:

a) Entender que los criterios (tradicionales) de autoría y participación son válidos y que, en su caso, es preciso efectuar algunas reformulaciones a la vista de las citadas peculiaridades.

b) Sostener que hay que cambiar de criterios de fundamentación de la responsabilidad penal, y con ello, de atribución de responsabilidad, llegándose incluso a hablar de un «injusto de organización» distinto al injusto personal.

Precisiones Tanto doctrina como jurisprudencia mantienen de forma prácticamente unánime criterios tradicionales de autoría y participación en la delimitación de las formas de intervención delictiva en la empresa.

Este punto de vista será más adecuado cuanto más pequeña y menos complejidad organizativa tenga la empresa o cuando no exista en una organización empresarial un superior (empresario y/o administrador) que detenta en exclusiva la capacidad de decisión. En esos casos no debe existir problema en recurrir a las teorías clásicas y tradicionales de autoría y participación, y considerar autor a quien tenga el dominio del hecho –quien tiene dolosamente en sus manos el curso del devenir típico o del artificio delictivo– (TS 15-4-16, EDJ 38922) o la pertenencia del hecho (AP Lleida 17-3-16, EDJ 55049). Considerar cooperador necesario a quien colabore con el autor realizando una aportación sin la cual no se habría realizado el delito cuando su aportación constituya un bien escaso para el autor; y finalmente el cómplice como

25

26

cooperador no necesario cuya aportación constituye un favorecimiento o facilitación de segundo grado (TS 20-4-16, EDJ 53194).

La cuestión de la delimitación entre **autores y partícipes**, que en muchos casos ha sido considerada de menor entidad, fundamentalmente porque la diferencia punitiva, en caso de condena, no existe –salvo en el caso de la complicidad–, sin embargo, tiene enorme relevancia. En algunos casos, porque sí que existe diferencia punitiva –p.e. en caso de delitos especiales, donde a la participación se le aplica el CP art.65.3 (AP Baleares 19-1-16, EDJ 8470; AP Barcelona 7-12-15, EDJ 254944)– y, en otros casos, porque existen consecuencias jurídicas que dependen de si la responsabilidad del sujeto es autónoma (autoría) o accesoria (participación).

1. «Crime in the suites»

- 30** Alguna jurisprudencia acepta, de modo genérico, que cuando se trata de delitos cometidos a través de una persona jurídica, la orientación de la acción hacia la misma afecta de igual manera a todos los que están en relación directa con la empresa criminal, teniendo en cuenta que la verdadera responsabilidad no está en la base sino en el vértice que tiene capacidad de decisión (TS 29-7-02, EDJ 28164) o, en el mismo sentido que la **organización jerárquica** de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico-penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima –especialmente si se trata de quienes detentan el **control efectivo de la empresa** o, como en este caso, la jefatura en el proceso de producción– (TS 25-10-02, EDJ 54109).

En ocasiones será correcto afirmar que el penalmente responsable se encuentra en los planos **directivos** (*crime in the suites*), pero vulneraría los principios básicos del Derecho penal (culpabilidad, responsabilidad por el propio hecho...) aceptar que en todo caso los directivos son penalmente responsables por los resultados lesivos cometidos en la empresa, por el mero hecho del lugar que ocupan en la estructura empresarial.

- 31** En algunos casos, los comportamientos delictivos se sitúan en decisiones de *management* de nivel medio e incluso inferior, puesto que una característica propia de la delincuencia empresarial es la **fragmentación en las decisiones** y en la ejecución de las actividades. Es por ello que las construcciones clásicas de autoría y participación, siendo válidas e incuestionables en sus premisas, no sirven para entender en toda su dimensión el fenómeno delictivo empresarial en el ámbito de la autoría, donde unos sujetos son los que tienen conocimiento de la situación, otros tienen la capacidad de decisión y otros tienen la capacidad de ejecución típica.

En el ámbito de la delincuencia empresarial se han defendido prácticamente todas las soluciones imaginables (autoría, coautoría, autoría mediata, así como –en menor medida– las diversas formas de participación) para calificar el comportamiento de directivos y/o empresarios.

La **determinación individual** de la **responsabilidad penal** en la delincuencia empresarial sólo suscita dudas cuando nos encontramos ante una pluralidad de personas y cuando concurren las siguientes notas:

- un sujeto que se encuentra «detrás», alejado formalmente de la comisión del delito; y
- un sujeto que inicialmente está en una situación de proximidad con el delito.

Si nos ubicamos en la **cúspide jerárquica** de la estructura organizativa, es posible que la dirección tenga responsabilidad penal directa por bien que aparentemente no realice ninguna conducta que parezca delictiva. Las estructuras básicas de imputación en los casos en que se produce un alejamiento de la ejecución material de la conducta delictiva son la autoría mediata y, sobre todo, la estructura de la autoría en comisión por omisión.

2. Responsabilidad en la empresa por comportamientos activos

- 33** **Autoría mediata** La autoría mediata es un supuesto en el que la **persona de atrás** (autor mediato), pese a estar alejada formalmente del delito es quien tiene el dominio normativo de la situación, porque la persona que tiene delante opera como un mero **instrumento** en sus manos en la medida en que actúa sin libertad o sin conocimiento de la situación: desconoce el carácter delictivo de su conducta. Elemento definitorio de esta situación es que el autor mediato coloca frente al delito a una persona que conforme a las reglas de responsabilidad penal no puede tener responsabilidad penal.

Uno de los casos de autoría mediata es la denominada «autoría mediata en virtud de los **aparatos organizados de poder**». En estos casos el «dominio de organización» es lo que permite afirmar el dominio de la voluntad del autor mediato, del hombre de atrás. En este caso resul-

taría que –a diferencia del resto de casos de autoría mediata– el instrumento es plenamente responsable (normalmente como partícipe), si bien es plenamente fungible. Esta teoría se puede aplicar incluso cuando la organización (o empresa) no opere al margen del Derecho.

En otras palabras, si bien se concibió originariamente para aplicarse en «aparatos al margen del Derecho» –y solucionar los problemas de imputación en actos de genocidio– hoy es mayoritaria la doctrina que entiende que también es aplicable a nuevas formas de criminalidad organizada que no se encuentran en sentido estricto al margen del Estado, incluyendo expresamente la **delincuencia empresarial**. Sin embargo, no existe aún ninguna resolución de nuestros tribunales en la que se aplique dicha solución.

Conforme a lo expuesto, puede ser autor mediato tanto quien está en la cúspide empresarial, como cualquiera que en la estructura transmite la instrucción delictiva siempre que ostente poder de mando autónomo. Si bien es posible que esos «mandos intermedios» pudieran responder como coautores con el autor mediato, o incluso como cooperadores necesarios

Esta institución permite que responda como autor quien, con voluntad de realizar un delito, **da las órdenes** oportunas aunque exista una distancia espacio-temporal entre el momento de dar la orden y el de ejecución, que es precisamente uno de los elementos que define a la delincuencia empresarial (fragmentación de la comisión delictiva). De este modo se toma en consideración, a todos los efectos, que la organización «funciona automáticamente» sin que importe la persona individual del ejecutor, porque si uno no cumple la orden no se puede impedir el hecho, porque siempre existirá una persona que cumpla la orden. Es decir, lo determinante es el poder dar órdenes a subordinados.

Existen algunas **críticas** a la **aplicación automática** de estas tesis a la delincuencia empresarial:

- Hay un elemento esencial que diferencia las estructuras empresariales (o al menos a muchas de ellas) de las organizaciones desligadas del ordenamiento jurídico: la existencia de férreas **reglas de conducta** en éstas, ausentes generalmente en la mayoría de aquéllas donde, todo lo más, el máximo riesgo que asume el disidente es el del despido.
- Que el **ejecutor** no siempre es alguien fungible, sino que en muchos casos se trata de profesionales cualificados, con conocimientos técnicos especiales.

Coautoría Una parte (minoritaria) de la doctrina ha recurrido a la operatividad de la coautoría en los supuestos de aparatos organizados de poder, afirmando que no cabe hablar en estos casos de autoría mediata porque el **ejecutor material** se encuentra en una situación de plena responsabilidad, de tal modo que deben responder como coautores tanto el ejecutor material como «el hombre de atrás». Se ha llegado incluso a decir que para la coautoría basta la «conjunción de quien impone la orden y quien la ejecuta», de tal modo que se puede hablar de hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad.

A pesar de ello es discutible que se pueda aceptar la coautoría en los casos en los que falta la decisión de realizar conjuntamente el hecho (o **acuerdo previo**). Se ha tratado de superar esta objeción modificando las premisas de la coautoría: tradicionalmente para ser coautor hay que realizar una intervención esencial en la fase de ejecución del delito, por lo que se ha llegado a afirmar que, en la criminalidad de empresa, la acción ejecutiva hay que entenderla como «poner en marcha la decisión de un hombre de atrás que es que realmente la controla y la domina». La principal crítica a estas tesis son que llegarían a un concepto unitario de autor (que no permitiría la diferenciación entre autor y partícipe), lo que no parece tener encaje en CP art.27 y 28.

Sin embargo, el recurso a la coautoría en la jurisprudencia resulta bastante habitual, en relación directamente proporcional a la dificultad de la prueba de la aportación individual de cada interviniente –p.e. en un delito de trata de personas (TS 15-12-15, EDJ 244092).

Participación Si el delito cometido por los subordinados se encuentra en el «plan diseñado por los órganos de dirección» o, ha sido favorecido por éstos, es posible el recurso a las diferentes formas de participación. De conformidad con el concepto de autoría del que se parta, y en la medida en que no se acepte la solución de los aparatos de poder organizados, habrá que afirmar que la conducta del superior (en su caso, órgano directivo) generalmente deberá calificarse como **cooperador necesario**, pudiendo ser el ejecutor directo en los delitos comunes el autor.

La principal paradoja que se advierte en muchos de estos últimos casos es que hay que afirmar que es estructuralmente un partícipe, quien tiene pleno control sobre los medios y los instrumentos y precisamente por eso es por lo que se plantea por un considerable sector doctrinal el recurso a la **autoría mediata** (nº 33). La **diferencia** entre una y otra solución es de tipo valorativo, pero no cuantitativo: en nuestro modelo legal el autor mediato tiene la misma penalidad que el cooperador necesario.

35

37

39

La jurisprudencia viene declarando que existe **cooperación necesaria** cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho).

Precisiones Se condena como cooperador necesario a quien, siendo administrador de una sociedad, hizo que ésta, que se encontraba inactiva, interviniese como **sociedad interpuesta** aparentando ser compradora de otra sociedad para, posteriormente, vendérsela a una tercera, por lo que sin su concurso no se hubiera llevado a cabo la defraudación consumada en la compra ficticia y posterior venta, igualmente simulada, por una cantidad mucho mayor, no resultando verosímil por sus facultades y funciones que desconociera el fraude (AP Pontevedra 9-11-15, EDJ 233951).

3. Responsabilidad por comportamientos omisivos

- 45** En la dogmática actual de la autoría en la delincuencia empresarial, la verdadera cuestión controvertida es la referida a la responsabilidad omisiva atribuible al órgano directivo por el comportamiento de los subordinados. Con carácter general, la estructura del **tipo objetivo** de la comisión por omisión requiere acreditar:
- Una situación típica de la que surge el deber de realizar una determinada acción, pero sólo para quien se encuentre en **posición de garante**. La cuestión de la posición de garante da respuesta al interrogante de quiénes pueden responder del resultado no evitado que ocasiona el resultado típico (especial condición de autoría).
 - La **ausencia** de la **conducta debida**.
 - La **capacidad** (individual) de realizar esa acción.
- 47** **Garante** El especial deber de actuar sólo concurre en el garante, esto es, en quien ostenta una específica **función de protección** del bien jurídico afectado (estrecha vinculación familiar, comunidad de peligro) o quien tiene una función personal **de control** de una fuente de peligro que opera en el propio ámbito de dominio –se crea el peligro (actuar precedente) o se tiene su vigilancia (cosas, animales o personas)– en ciertas condiciones. La empresa mercantil es generadora de diversos peligros que provienen, a su vez, de distintas **fuentes de riesgos**, como pueden ser los riesgos que afectan a las personas que trabajan dentro de la propia estructura empresarial (integridad física de los trabajadores, riesgos laborales...) así como los riesgos que puedan generarse por la misma estructura organizativa, productiva, o del consumo de los productos que eventualmente se puedan generar.
- 49** **Empresario** El titular de una actividad empresarial tiene que asegurar la legalidad, de modo que debe no sólo observar personalmente la ley penal, sino que también tiene que impedir que se conculque por los sujetos que cooperan con él. En otras palabras: el titular de la empresa tiene una **posición de garantía originaria** en relación con los procesos de riesgo que él mismo desata (injerencia) y respecto a los cursos de peligro que proceden de los animales, objetos, procedimientos o personas sin margen relevante de autonomía que se encuentran o que actúan en su empresa, porque constituyen procesos o factores peligrosos que el empresario domina o debe dominar y que parten de su círculo de organización o se ubican en él. La posición inicial de garante se puede fundamentar en el «**riesgo de empresa**», en cuya virtud el empresario debe asumir todos los riesgos derivados o generados por su explotación en la medida en que genera daños estadísticamente previsibles y son evitables (de otro modo no se permitiría esa concreta actividad empresarial), dado que por regla general se encuentra en las mejores condiciones para distribuir socialmente el costo de estos daños (sistema de seguros, sistema de precios...). Quien tiene facultad de control de otro puede ser responsable cuando, por faltar el control o ejercerse éste inapropiadamente, el dependiente ha causado un daño. La responsabilidad penal tiene que implicar posibilidad de actuación conforme a la norma, de tal modo que el **deber de control de riesgo** sólo puede generar responsabilidad penal cuando un adecuado control del riesgo hubiese evitado el resultado.
- 51** **Órgano de administración** El empresario, como tal, es responsable de la organización primaria de la empresa, pero en la medida en que la organización empresarial se configure conforme a lo dispuesto legalmente, de tal modo que exista un órgano de administración, será este órgano el que se coloque en situación de obligado al cumplimiento de los deberes (posición de garante). Es el órgano de administración el que establece las políticas, presupuestos y **estrategias empresariales**, y establece las normas de funcionamiento y configuración empresarial. Serán, por tanto, los administradores o los miembros del consejo de administración los

que ostentan la posición inicial de dominio material sobre los eventuales cursos lesivos para diversos bienes jurídico-penales.

Cuando se hayan **delegado competencias** –facultades y medios– en favor de comisiones especiales o determinadas personas, deberían ser éstas las que asumieran materialmente el deber de evitación del resultado, conforme a los principios de delegación de competencias que se exponen en el nº 310, sin perjuicio del deber de control que ostenten los miembros del consejo de administración.

La jurisprudencia acepta incluso que el **superior jerárquico** tiene una posición de garantía en relación con los riesgos emergentes que pudieran derivarse de sus subordinados –e incluso de terceros sobre los que el omitente tuviera la posibilidad de ejercer una vigilancia y ejerciera cierta autoridad que le permitiera evitar el resultado–, de tal modo que el superior jerárquico puede responder como garante porque tiene «poder de dominio sobre la causa del resultado» [TS 30-3-09, EDJ 31702; 11-3-10, EDJ 21708].

La jurisprudencia se ha cuestionado incluso la existencia de un deber de **vigilancia recíproca** de los **miembros del consejo** de administración entre sí que permitiría, en determinadas circunstancias –p.e. cuando los miembros del consejo tuvieran conocimiento de la actividad delictiva desarrollada por uno de ellos– la atribución de responsabilidad omisiva a los miembros que no han evitado el resultado, responsabilidad que se añadiría a la propia responsabilidad «activa» del miembro que ha desarrollado la conducta típica (TS 11-3-10, EDJ 21708). A pesar de esta limitada admisión, la mencionada resolución negó que existiera un deber general de vigilancia de los miembros del consejo de administración sobre todas las actividades de otros miembros que se desarrollen en el marco del objeto social.

Ahondando en esta misma línea, y con base en RDLeg 1/2010 art.237 (responsabilidad solidaria de los miembros del órgano de administración, con exoneración si demuestran su diligencia), se viene aceptando con carácter general la posibilidad de establecer **responsabilidad penal del superior** que conoce la ejecución del acto jurídico del inferior cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de éste como dentro de las facultades de supervisión del superior y, pudiendo hacerlo, ni ejerce sus facultades de control ni actúa para evitarlo (TS 24-2-11, EDJ 9610).

Conducta típica Los criterios indicados hasta ahora no suplen la verificación de la realización de la conducta típica y el resultado típico en términos de imputación objetiva –esto es, que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal (TS 25-4-16, EDJ 52059)–, ni la atribución del respectivo tipo subjetivo de cada figura delictiva. En otras palabras, que se pueda ser autor de un delito no supone que se tenga que responder del resultado lesivo producido automáticamente. Es por ello que, una vez comprobada la concurrencia de la posición de garantía en el empresario y/o en el órgano de administración, habrá que verificar en el caso concreto la realización de la conducta típica, entendida como **creación de un riesgo típico desaprobado**.

A estos efectos habrá que valorar criterios de **delegación de competencias** para ver si el delegado es quién ha realizado la conducta típica y si el «delegante» ha actuado correctamente o, por el contrario, también puede ser responsable penalmente.

B. Actuación en nombre de otro

[CP art.31 redacc LO 1/2015]

1. Delitos especiales propios	65
2. Sujeto activo	70
3. Conducta típica	90
4. Ausencia de los requisitos específicos típicos para ser autor	95

Los delitos perpetrados en un ámbito organizativo o empresarial no suelen responder, por regla general a **comportamientos criminales individuales** de una sola persona, sino que más bien, son el resultado de la conjunción de **numerosas acciones**, así como de **diversas personas**, entre las que se reparten decisiones y omisiones.

Frente a este tipo de fenómenos, el Derecho penal se encuentra en la práctica con **dificultades inmanentes al sistema**, ya que, a menudo deberá responder a la cuestión de quién, como sujeto individual, debe ser el **responsable penal** de las infracciones en el ámbito de una empresa. La respuesta a esta cuestión de la imputación individual de hechos realizados en el

53

55

60

61

ámbito de una sociedad hace que el recurso a la tradicional «parte general» del Derecho penal plantee problemas y soluciones no del todo satisfactorias.

Uno de los problemas que se plantean habitualmente deriva de actuaciones de **representantes de hecho o de derecho** de la persona (física o jurídica) que no encajan en la tipificación penal, puesto que dicho representante no reúne los requisitos propios de la persona representada.

[Precisiones] Con anterioridad a la reforma operada por la LO 8/1983, la doctrina puso de manifiesto que considerar autores a tales sujetos podía vulnerar el principio de **legalidad** (tipicidad) y **culpabilidad**, puesto que el CP/1973 sólo contenía preceptos aislados en orden a la responsabilidad de quienes actuaban en nombre de una persona jurídica, pero carecía de una regulación general. Para salvar la laguna legal, la LO 8/1983, introdujo en el Código un precepto, el CP/1973 art.15 bis, que se traspasó posteriormente al CP art.31 y se mantiene actualmente vigente.

- 62** El CP art.31 establece una cláusula de **extensión de la tipicidad** para abarcar en la categoría de autores del delito a aquellos sujetos que, siendo representantes de una persona física (representantes legales o voluntarios) o de una persona jurídica (administradores de hecho o de derecho), realicen la acción descrita en el tipo, pero sin concurrir en ellos los requisitos exigidos para ser el sujeto activo, siendo así que, esa cualificación subjetiva sí concurre en su representado.

[Precisiones] Aunque una lectura apresurada, que incluso dio lugar a una inicial e inadecuada jurisprudencia, pudiera hacer pensar que se está incorporando una **responsabilidad penal objetiva** del representante por los hechos de la persona física o jurídica representada, ésta evidentemente sería una interpretación contraria al principio de culpabilidad y para nada coincidente con los objetivos del precepto. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, negando la responsabilidad objetiva por el cargo (TS 25-6-10, EDJ 145126). También el Tribunal Constitucional ha apuntado insistentemente que la introducción de este precepto en el Código Penal (refiriéndose al CP/1973 art.15 bis, precedente del actual), no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los **auténticos responsables** de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto.

Lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes (TCO 253/1993; 150/1989). En esta línea, se ha negado cualquier interpretación que vulnere el principio de culpabilidad (TS 22-5-00, EDJ 11381; 25-10-02, EDJ 54109).

- 63** Así, por tanto, son **requisitos** para la aplicación de esta figura:
- Que el hecho delictivo se realice en el marco de un **delito especial** que requiera ciertas condiciones, cualidades o relaciones para la autoría (nº 65).
 - Que el **sujeto activo** sea administrador, de hecho o de derecho, de una persona jurídica o representante legal o voluntario (nº 70).
 - Que el administrador o representante realice la **conducta material** que constituye el núcleo de la figura típica (nº 90).
 - La ausencia de los requisitos específicos típicos para ser **autor** (nº 95).

1. Delitos especiales

- 65** Se exige, en primer lugar, la realización de un hecho en el marco de un delito especial que requiera ciertas **condiciones, cualidades o relaciones** para la autoría. Se trata de evitar el obstáculo formal a la responsabilidad de la persona que materialmente resulta responsable de un hecho típico en aquellos delitos que exigen determinadas circunstancias típicas para poder realizar la conducta prohibida, cuando éstos concurren únicamente en el representado. Por ello, resulta de aplicación a los denominados delitos especiales propios, es decir, aquellos que exigen la **concurrencia de determinadas características** en el sujeto activo y que no cuentan con un correlativo tipo común que pueda ser cometido por quien no cumpla esos requisitos.

De esta forma el CP art.31 otorga la categoría de *intraanei* a los que actúan en lugar de aquel en el que concurren los requisitos típicos, posibilitando de esta forma su calificación como autor o partícipe del delito correspondiente (TS 25-6-10, EDJ 145126)

El Tribunal Supremo ha declarado que no cumple función alguna en el **resto de delitos** en los que el sujeto no cualificado puede ser autor por sí mismo: la aplicación de este precepto requiere que el tipo penal subsumible a los hechos prevea en su redacción típica la concu-

rrencia de unos elementos especiales de autoría (TS 29-9-89; 18-12-00, EDJ 67033; 23-1-01, EDJ 2886; 25-10-02; 7-2-07; 17-2-10).

Sin embargo, nada impide que pueda darse en un **delito especial impropio** si los elementos de la especialidad fueran precisamente el tipo de condiciones, cualidades o relaciones a los que se refiere el CP art.31. En este caso, el representante respondería por el delito especial, como los *intranei*, ya que en realidad lo es según el CP art.31.

Por ejemplo:

a) Las **estafas** previstas en el CP art.251 (nº 3500 s.), que exigen gozar de la facultad de disposición como presupuesto típico.

b) La **apropiación indebida** del CP art.253 (nº 3950 s.), que requiere que el sujeto activo se halle en una relación jurídica que puede no concurrir en él y sí en cambio en la persona jurídica en cuyo nombre actúa;

c) El CP art.282, cuando exige en el **delito publicitario** (nº 5350 s.) la condición de fabricante o comerciante.

d) El **alzamiento de bienes** del CP art.257.1.1º (nº 4100 s.) que exige como presupuesto que el autor sea propietario y, además, deudor.

Con relación a este último tipo, es cierto que la Ley de cooperativas, bajo el epígrafe de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, establece que, salvo que los estatutos sociales dispongan lo contrario, los socios han de responder de las deudas sociales, de forma limitada a las aportaciones al capital social suscritas, tanto si son desembolsadas como si no (L 18/2002 art.54). Si no existiera el CP art.31, habría que concluir que el delito de alzamiento de bienes, en la medida en que exige en el sujeto activo la condición jurídica de deudor, nunca podría cometerse en el ámbito de las personas jurídicas, que, por definición, cuentan con un patrimonio propio y separado del que es titularidad de cada uno de los socios. Se daría la paradoja, además, de que quedaría excluida la respuesta penal en acciones claramente reprochables, ejecutadas en el ámbito de la empresa y con el amparo que proporciona el principio de responsabilidad social (TS 30-11-07).

e) En el caso del **delito fiscal** (nº 6850 s.), es preciso comprobar que el representante del sujeto tributariamente obligado ha infringido la ley fiscal que completa el tipo penal en blanco del CP art.305, es decir, el agente debe haber infringido el deber fiscal eludiendo el pago de tributos correspondientes a su representada.

El Tribunal Supremo, en un supuesto de delito fiscal, ha declarado que se trata de un delito cuya conducta típica se asienta sobre una relación jurídica tributaria preexistente lo que le lleva a decir que los potenciales sujetos activos son aquellos sobre los que recaen obligaciones tributarias, y para imputar a los acusados conforme al CP art.31, ya que los sujetos tributariamente obligados eran personas jurídicas, establece que esa responsabilidad recae en quienes ostenten **funciones directamente ejecutivas** y, a la vez, tengan concedidas amplias facultades respecto de la disponibilidad de medios económicos y de administración de la entidad. Les imputa además por **omisión**, puesto que la operativa era conocida, consentida y asumida por los directivos al más alto nivel. Si bien era una práctica que provenía de ejercicios anteriores, quedó acreditado que dichos directivos eran quienes tenían poder suficiente en la empresa para mantenerla o evitarla –como sucedió tras las denuncias–, ordenando por ello implícitamente su continuación y ejecución campaña tras campaña (TS 25-6-10, EDJ 145126).

2. Sujeto activo

Esta cláusula se refiere tanto a los **representantes de personas físicas** (representación legal y voluntaria) como a los **representantes de personas jurídicas** (sus administradores de hecho o de derecho), pero es precisamente en esta segunda categoría donde la previsión legal ha tenido una mayor incidencia por diferentes motivos.

Precisiones El CP art.31.2, derogado por LO 5/2010, servía para posibilitar, antes del reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la **responsabilidad solidaria** respecto de la pena de multa que fuera impuesta a la persona física. Ante las dudas existentes sobre el ámbito de aplicación de esta previsión, la Fiscalía General del Estado había entendido que sólo sería aplicable en aquellos delitos cometidos a través de personas jurídicas en los que hubiera sido necesaria la aplicación del primer párrafo para resolver los problemas de tipicidad, esto es, en los delitos especiales propios (FGE Circ 2/2004). El legislador ha considerado, correctamente, que el precepto carece de sentido tras el reconocimiento de la responsabilidad penal directa de la persona jurídica en los términos previstos en el CP art.31 bis, de ahí su derogación.

Representante legal y representante voluntario Cuando la cualidad subjetiva exigida por el tipo recae en una **persona física** puede transmitirse al que haya ejercido su representación legal o voluntaria. La representación crea una relación jurídica entre repre-

66

70

72

sentante y representado que puede provenir del ordenamiento jurídico o de la voluntad del representado, si es mayor de edad y en pleno uso de sus facultades.

La representación legal deriva de la necesidad de suplir la **incapacidad** de ejercer el derecho por parte del representado (como en el caso de los padres y tutores que representan los derechos del menor), mientras que la representación voluntaria surge de un **acuerdo de voluntades** o de un negocio jurídico celebrado entre representante y representado. Así pues, en la representación voluntaria deben tenerse en cuenta los requisitos, de existencia y de validez, del contrato de otorgamiento de la representación.

- 74 Administrador de hecho y administrador de derecho** El CP art.31 se refiere al «administrador de hecho o de derecho». La misma referencia encontramos en algunos tipos delictivos, como por ejemplo en los delitos societarios (nº 6300 s.).

La referencia a estas dos figuras, y su equiparación a efectos penales, es fácilmente comprensible sobre todo si se tiene en cuenta que el Derecho penal no debe centrarse en categorías formales, más propias de otras ramas del Derecho, sino que debe profundizar en el **sustrato material** para determinar qué personas han intervenido de hecho en la realización de la conducta delictiva. Sólo entonces podrá determinarse su grado de participación, como autores o como partícipes (CP art.27 a 30).

También puede devenir *intraneus*, en virtud de esa transferencia del CP art.31, quien sea **administrador de hecho**, aunque no se haya producido la investidura formal del cargo. Esta previsión legal conjura el riesgo de impunidad para quienes, eludiendo la investidura formal, deciden de hecho la actuación de la persona jurídica, bien en ausencia de administradores formales, bien porque existiendo éstos, influyen decisivamente sobre los mismos (AP Madrid 23-3-15, EDJ 47196).

- 76** A efectos penales, en el concepto **administrador de derecho** se incluyen aquellas personas que administran la sociedad en virtud de un título jurídicamente válido, perteneciendo al órgano de administración de la entidad y estando debidamente inscritos en el Registro Mercantil. También quedan abarcadas las personas que han recibido funciones delegadas (consejeros delegados y miembros de comisiones ejecutivas) o a las que gozan de un nombramiento específico para la realización de determinadas actuaciones (administradores concursales, judiciales, etc.). Este concepto coincide con el del Derecho mercantil (TS 19-1-98; 15-6-05; 26-7-06; 7-2-07).

Así, deberían considerarse responsables, en primera línea a los **directivos** de la empresa y, sólo excepcionalmente, a los subordinados. La valoración penal debe realizarse siguiendo dos pasos: en primer lugar, las actividades y formas de actuar de la empresa se consideran comportamientos penalmente relevantes (acciones u omisiones); en segundo lugar, éstos se imputan penalmente a los directivos de la empresa u organización como acciones propias, siguiendo el orden interno de atribución de responsabilidad.

En los supuestos de **órganos colegiados** (p.e. consejo de administración) hay que tener en cuenta que la responsabilidad penal, como ya se ha mencionado, es de naturaleza personal, de tal forma que no puede pregonarse una responsabilidad solidaria y conjunta de todos los integrantes del órgano colegiado por la mera pertenencia al mismo. Más bien al contrario, es preciso analizar de forma individualizada la actuación de cada uno de ellos y su repercusión en la adopción del acuerdo. Además, en relación con los delitos de resultado, no sólo el comportamiento activo resulta sancionable desde un punto de vista penal; también la omisión, bajo determinadas condiciones (CP art.11), puede ser equiparada a la acción.

- 78** En el caso de la persona jurídica, la inclusión en el precepto de la **administración de hecho** permite hacer responsable también a quien sin tener nombramiento formal de administrador, ejerce de facto sus funciones –apoderados, directores generales o gerentes, etc.–. Cualquier otra interpretación restrictiva –que a veces se ha mantenido– contravendría la finalidad del precepto sin que la letra de la ley lo exija. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia: los términos representante o administrador que utiliza el CP art.31 son conceptos valorativos, expresando **control y dirección** de las actividades de una empresa, que en modo alguno se constriñen a la significación literal de los términos en cuestión (TS 25-10-02, EDJ 54109).

El concepto de administrador de hecho es, sin embargo, más amplio en Derecho penal que en **Derecho mercantil** (nº 1681 Memento Sociedades Mercantiles 2016), pues no sólo engloba a aquellos que hayan sido nombrados como tales aunque exista alguna irregularidad en su nombramiento, sino a toda persona, que por sí sola o conjuntamente con otras, ejerza el control sobre la gestión de la sociedad, tomando decisiones e imponiéndolas –dirección efectiva de la sociedad–, incluyendo por tanto a quien en efecto gobierna la entidad, aunque sea desde la sombra –administradores ocultos– (TS 19-4-12, EDJ 90328).

Abarca a todos los que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, por si sola o conjuntamente con otras, adoptando e imponiendo las **decisiones de la gestión de una sociedad**, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra.

Precisiones 1) La figura se introdujo en la reforma del Código Penal de 1983, para cubrir la laguna de punibilidad puesta de manifiesto por la jurisprudencia (p.e. TS 12-2-09 que absuelve a un **apoderado**, administrador de hecho, que no encaja en el CP/1973 art.15).

2) El Tribunal Supremo considera que el condenado por **delito fiscal** era administrador de hecho porque presidió durante todo el tiempo de gestación de las operaciones la junta de accionistas de la sociedad anónima, que puso a la sociedad a disposición de la operación en la que se generó el hecho imponible y que estaba autorizado a disponer de la cuenta corriente de la sociedad (TS 20-1-06).

3) Se extiende la responsabilidad criminal al **directivo** u órgano directivo de una persona jurídica que actuaba en su representación (TS 15-3-03).

El debido respeto al principio de legalidad lleva a erradicar extensiones del ámbito subjetivo más allá del sentido del texto legal, no solamente del penal, sino del mercantil. Bajo esta perspectiva resulta diferenciable la función de administración mercantil de las personas jurídicas, de las funciones de gestión de empresa propias de factores, gerentes, directores generales, etc. No resulta razonable que en el ámbito penal se adopte una interpretación más laxa de la que rige en el **ámbito tributario**, en el que, para poder responsabilizar al administrador de hecho de una sanción tributaria, se exige que no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependen o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones (LGT art.43.1).

Forzoso resulta establecer algunas pautas dirigidas a **delimitar el concepto** de administrador de hecho. Así, no será obstáculo para la transferencia de la calidad a efectos de ser considerados autores del delito:

a) Que los sujetos que hayan ostentado formalmente el cargo se vieran privados de su titularidad por **nulidad de la designación o finalización del mandato**, si, de hecho, siguen ejerciendo las mismas atribuciones.

b) También pueden ser tenidos por administradores de hecho los que actúen como tales **sin previo nombramiento** o designación, si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo. Obstará a dicha consideración la existencia de administradores formales que efectivamente desempeñan su función con autoridad sobre los gestores, pero lo que no se excluye la eventual concurrencia de responsabilidades si ambos actúan en colaboración sin jerarquía en su relación.

A tal efecto, será relevante la consideración de la concreta **organización interna de la persona jurídica** con la que se configura su específica estructura. Matizándola, en su caso, respecto de la empresa, de la que aquella persona jurídica es titular.

Conforme a esta perspectiva, han de diferenciarse las previsiones legales y estatutarias que determinan la posición de quienes forman parte de los correspondientes **consejos de administración** o de otros órganos en los que también se integran administradores en sentido propio: comisiones ejecutivas o delegadas, consejero delegado. Diversa es la posición de los directivos. Incluso de los altos directivos.

En principio los que componen el consejo son órganos de la persona jurídica. Los **directivos** lo son más exactamente de la empresa. De ahí que los ámbitos de incidencia de sus facultades sean diversos.

El **director general**, dependiente del consejo u órganos de gobierno de la persona jurídica titular de la empresa, se superpone jerárquicamente a los demás directivos de la empresa sectoriales.

En el plano formal cabe hacer alguna precisión. Así, los directivos de la empresa, cualquiera que sea su nivel, son dependientes de los órganos de la persona jurídica. Vienen reglamentariamente definidos como trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.

Ello ha de traducirse en la forma de actuar las denominadas **cláusulas de transferencia** (ver nº 90 s.). Todos los *extranei*, no vendrán *intranei* sin atender a la jerarquía y al ámbito de la actividad en que se produzca el comportamiento típico.

80

82

84

Precisiones En un supuesto se cuestionaba si a los acusados se les transfirió la calidad exigida para ser posibles autores criminalmente responsables del delito fiscal, un especial propio, atribuido a la persona jurídica obligada tributaria. Pone de relieve el tribunal que no se trata de una actuación delictiva realizada por sujetos horizontalmente «asociados», sino producido en el marco de una compleja organización en la que lo determinante es la competencia que dentro de la misma asume cada sujeto. Se entiende que la **competencia de cada sujeto** no ha de examinarse desde la perspectiva formal organizativa, sino desde la material del efectivo ejercicio de funciones.

Así se analiza cómo las personas jurídicas preveían en su organización un **consejo de administración**, una **comisión ejecutiva** y un **comité de dirección**. De la primera formaban parte miembros del consejo de administración. En la segunda, se atribuía la presidencia a quien la ostentaba en el consejo de administración y se integraba a cargos directivos. Tal estructura reflejaba la inequívoca dependencia de éstos respecto del consejo de administración y de la comisión ejecutiva, de modo que no podía entenderse que hubiera una equiparación en autonomía entre los administradores y los directivos, por lo que no podía atribuirse a los recurrentes la calidad de administradores de hecho a los efectos penales (TS 25-6-10, EDJ 145126).

3. Conducta típica

90

Es necesario que el administrador o representante realice la **conducta material** que constituye el núcleo de la figura típica.

No se trata de imputar responsabilidad por lo no realizado, sino de hacer responsable legal del delito a quien ya lo es materialmente. Por eso, el representante o administrador tiene que estar detrás de la conducta material que provoca la lesión o peligro típico para el bien jurídico. El agente, en todo caso, debe ser **autor** (TS 18-12-00, EDJ 67033).

Cuando el sujeto que reúne la condición sin la cual no puede ser tenido por autor ha sido representado por otro que no reúne dicha característica, la exigencia política criminal de evitar impunidades ha dado lugar al establecimiento de la denominada **cláusula de transferencia**. En virtud de esta cláusula, ésta se transfiere a un sujeto que no está revestido de ella, pero que actúa en lugar de quien sí la posee, la cualidad que se requiere para responder a título de autor.

Así, el CP art.31 otorga a los actuantes en lugar de otro (*extranei*), la categoría de *intranei*, posibilitando su imputación a título de autor (TS 25-6-10, EDJ 145126).

Pero, esa «posibilidad» no implica por sí sola «efectividad» de tal imputación por ese título. El CP art.31 no contiene una hipótesis que permita responsabilizar a una persona física por la acción de otras –p.e. la acción del empleado, órganos o representantes de una sociedad mercantil que hubieran actuado en nombre de la entidad–. El precepto legal implica necesariamente la ejecución de una **acción típica** de una merma directa o indirecta (en los casos en los que resulte posible la autoría mediata).

Se trata de una disposición que no compensa la falta de una acción, sino la ausencia de características cuando, en todo caso, el autor ha realizado la acción típica (en sentido semejante, TS 3-7-92, con relación al CP/1973 art.15 bis).

Para atribuir la responsabilidad penal se requiere atender, además, a los **criterios de imputación** o atribución de responsabilidad exigibles en Derecho penal.

91

Al respecto, desde la **jurisprudencia** se hacen dos consideraciones (TS 25-6-10, EDJ 145126; AP Bizkaia 4-4-11, EDJ 180440; AP Valencia 7-3-12, EDJ 132244):

1. No basta ser administrador para recibir la transferencia de esa responsabilidad.

2. Ni siquiera es necesario ser formalmente administrador para poder recibirla.

Confundir la extensión del ámbito de sujetos que pueden responder a título de autores, con las reglas de imputación objetiva y subjetiva, de responsabilidad penal provocaría una inaceptable **responsabilidad objetiva por el cargo**.

Ser administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica es calidad que sólo le convierte en autor posible del delito cuando la configuración típica de éste exija que el sujeto tenga las características que solamente la persona jurídica tiene. Para, además, ser efectivamente responsable, debe satisfacer el criterio de atribución de responsabilidad penal (p.e. TS 14-7-03).

Una vez superado así el escollo inicialmente existente para poderles considerar autores de la conducta típica, del citado precepto no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real **participación** en los hechos de referencia como la **culpabilidad** en relación con los mismos.

Para ser considerado autor del delito correspondiente no basta con ocupar el cargo de administrador o representante de la sociedad vinculada al hecho delictivo, sino que se requiere, además, que el imputado incurra en una acción u omisión –siempre que en este último caso ocupe la posición de garante y se den los restantes requisitos del CP art.11– que aparezca