

**LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE
EMPRESAS TRANSNACIONALES COMO
REQUISITO DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL DEL ART. 31 BIS CP
Consideraciones en el contexto de la Unión
Europea***

Marta García Mosquera

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad de Vigo

Resumen: Teniendo en cuenta que los tribunales internacionales carecen de competencia para imponer sanciones penales a las personas jurídicas, la responsabilidad penal de las empresas únicamente puede imponerse a través de los sistemas jurídicos nacionales. El artículo analiza el criterio formal de atribución de personalidad jurídica como presupuesto

Recibido: julio 2013. Aceptado: noviembre 2013

* El presente trabajo se inserta en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación bajo el título “Violaciones graves de Derechos humanos y responsabilidad social corporativa” (ref.: DER2010-17048), del que actualmente es investigador principal el Prof. Dr. Javier Maseda Rodríguez (con anterioridad, la Prof. Dra. Marta Requejo Isidro). El trabajo ha sido realizado en su mayor parte durante la estancia de investigación de la autora, entre los meses de septiembre y noviembre 2012, en el Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Friburgo (Alemania).

de la responsabilidad penal, prestando especial atención a los actores empresariales transfronterizos dentro de la UE. Se estudia la regulación española sobre determinación de nacionalidad de las personas jurídicas y la doctrina del TJCE sobre libertad de establecimiento de las sociedades mercantiles en Europa (reconocimiento mutuo de personalidad jurídica dentro del mercado único). El trabajo llega a la conclusión de que las decisiones de ubicación, movilidad o traslado de actividades mercantiles de los entes societarios pueden influir en la atribución (o exclusión) de su condición de personas jurídicas según los ordenamientos jurídicos nacionales, y en consecuencia, en su condición de sujetos de Derecho penal. **Palabras clave:** responsabilidad penal de las personas jurídicas, corporaciones transnacionales, libertad de establecimiento, reconocimiento mutuo

Abstract: Considering that the international courts are not vested with criminal jurisdiction over legal entities, corporate criminal responsibility can only be held under national legal systems. The present paper aims at examining the legal personality as the basis for the possibility of imposing criminal liability to a corporation, paying special attention to cross-border business actors within the EU. The paper considers the Spanish regulation of nationality regarding legal persons and the jurisprudence of the ECJ relating to the freedom of establishment of companies in Europe (mutual recognition of the legal capacity within the single market). The paper concludes that location decisions, mobility or transfer of business activities may determine the attribution (or exclusion) of the companies' legal personality according to national law, and therefore, as criminal law subjects.

Keywords: corporate criminal liability, cross-border corporations, freedom of establishment, mutual recognition

Sumario: I. Introducción. II. El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia en relación con el castigo penal de empresas y entes colectivos. III. La personalidad jurídica como requisito de la responsabilidad penal en el art. 31 bis CP. A. Introducción. B. El criterio formal de atribución de personalidad jurídica. C. La personalidad jurídica de las formas societarias europeas. D. Entes societarios dotados de personalidad jurídica en el ordenamiento jurídico nacional: primera aproximación a la situación española. E. El reconocimiento de personalidad jurídica y la libertad de establecimiento de las sociedades mercantiles en Europa. F. Soluciones

de Derecho español ante la movilidad transnacional de entes societarios.
IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

Nadie pone hoy en duda que la estricta división jurídica y política del poder punitivo en compartimentos estancos representados por los respectivos Estados nacionales constituye un modelo insuficiente como respuesta a la criminalidad transnacional¹, y ello afecta especialmente (por lo que aquí interesa, y entre otros múltiples enfoques) a la eventual reacción punitiva frente a entes colectivos o corporaciones con presencia simultánea en el territorio de varios países². Especial interés representan en este sentido las empresas multinacionales³, respecto de las cuales puede

- 1 Como ya señalaba PERRON, W., „Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen der Angleichung und Vereinfachung unterschiedlicher Strafrechtssysteme“, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 109 (1997) Heft 2., p. 297, refiriéndose a las exigencias de aproximación y unificación del Derecho penal, „...la presión por la adaptación que surge de las organizaciones internacionales y especialmente de la Comunidad Europea crecerá en la misma medida en que los Estados nacionales vayan perdiendo su autonomía, debido a la interdependencia económica y cultural mundial“. En opinión de SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.^a ed., Madrid, 2011, pp. 83 s., el Derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional será un Derecho crecientemente unificado, aunque menos garantista.
- 2 Sobre la situación de indefensión de los ordenamientos jurídicos estatales frente a las grandes corporaciones de estructura descentralizada y capaces de ubicar su actividad en cualquier lugar del mundo, escapando a la relación existente entre ley y territorio, incluyendo el conocido como *forum shopping*, vid. entre otros, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, pp. 55 ss.
- 3 Sobre la dificultad de definición y posibles criterios de delimitación del concepto “empresa multinacional”, con vistas a su posible identificación como sujeto de un eventual derecho penal empresarial internacional, vid. THURNER, G. W. B., *Internationales Unternehmensstrafrecht. Konzernverantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen*, Mörlenbach, 2012, pp. 59 ss.

reconocerse abierto el debate en torno a su posible consideración como sujetos de responsabilidad (penal) internacional pasiva.

La implicación cada vez más frecuente de grandes empresas multinacionales en graves violaciones de derechos humanos⁴ viene siendo objeto de atención explícita en el marco de Naciones Unidas desde hace tiempo⁵, aunque la evolución de la cuestión en la última década en dicho contexto no parece sino confirmar la imposibilidad por ahora de llegar a resultados concretos en la pretensión de imponer obligaciones internacionales directas a las empresas. En el año 2003, la Subcomisión de Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó las llamadas *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los Derechos Humanos*⁶. Esta iniciativa, pese a su inicial enfoque prometedor, no pasó de ser entonces el motivo de un debate entre la comunidad empresarial y las agrupaciones de defensa de los derechos humanos, finalmente infructuoso ante la general pasividad de los Gobiernos, y que acabó por motivar que la Comisión de Derechos Humanos se abstuviese de actuar en relación con la propuesta, frustrándose consecuentemente cualquier pretensión de que las normas adquiriesen carácter vinculante mediante su conversión en Derecho positivo. Con posterioridad se abre un nuevo proceso consistente en el nombramiento de John Ruggie como Representante Especial del Secretario General para la cues-

-
- 4 Recientemente han cobrado enorme importancia los casos relacionados con proyectos de la industria extractiva en América Latina y África. Una aproximación a casos significativos puede consultarse en ZAMORA CABOT, F. J., “La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos: práctica reciente”, en *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 1, 2012, pp. 10 ss.
 - 5 Cfr. FEENEY, P., “Empresas y derechos humanos: la lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agenda de la incidencia”, en *SUR: Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 11, diciembre 2009, pp. 178 ss.; CAMPOS SERRANO, A., “Derechos humanos y empresas: un enfoque radical”, en *Relaciones Internacionales. Revista académica cuatrimestral de publicación electrónica*, núm. 17, junio 2011, pp. 54 ss.
 - 6 Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto 2003.

ción de los Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, cuya labor entre los años 2005 y 2011 culmina con un informe final presentado en la Asamblea de Naciones Unidas⁷ que tiene por objeto el establecimiento de unos denominados *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos* configurados como meras orientaciones carentes de obligatoriedad tanto para empresas como para Estados. El propio informe, tras reconocer el fracaso de las antiguas *Normas sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales* en su pretensión de imponer a las empresas directamente, conforme al Derecho internacional, la misma gama de obligaciones de derechos humanos que han aceptado cumplir los Estados en virtud de los tratados que ratifican, manifiesta expresamente que “*la aportación normativa de los Principios Rectores no radica en la creación de nuevas obligaciones de Derecho internacional, sino en precisar las implicaciones de las normas y métodos actuales para los Estados y las empresas...*”. En definitiva, tales *Principios Rectores* no pasan de ser meras directrices u orientaciones sin fuerza vinculante. Frente a ello se han alzado algunas voces críticas, que no dudan en calificar la propuesta de John Ruggie como sumisa obediencia a las exigencias de las grandes empresas transnacionales⁸, principales interesadas en

7 *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*, doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011. Sobre esta evolución en el marco de la ONU, vid., entre otros, los trabajos de REQUEJO ISIDRO, M., “La responsabilidad de las empresas por violaciones de Derechos Humanos. Deficiencias del marco legal”, en *Scientia Juris*, 2011, pp. 18 ss.; CAMPOS SERRANO, A., “Derechos humanos y empresas: un enfoque radical”, en *Relaciones Internacionales. Revista académica cuatrimestral de publicación electrónica*, núm. 17, junio 2011, pp. 53 ss. y LÓPEZ HURTADO, C., “Empresas y Derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional”, en *Aportes DPLF, Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, núm. 15, 2011, pp. 7 ss.

8 Así TEITELBAUM, A., “Observaciones al Informe final del Relator Especial John Ruggie sobre los Derechos Humanos, las empresas Transnacionales

verse únicamente concernidas por planteamientos propios del denominado *soft law*⁹.

Consecuentemente puede afirmarse que las empresas carecen por el momento de la condición de sujetos de responsabilidad (jurídica) internacional pasiva, y en su lugar únicamente parecen estar llamadas a una eventual responsabilidad social voluntariamente asumida¹⁰.

Los tribunales internacionales, y muy particularmente la Corte Penal Internacional, carecen de competencia para imponer sanciones penales a las personas jurídicas, y ello como consecuencia del expreso rechazo, en el proceso de elaboración del Estatuto de Roma, de la propuesta en tal sentido planteada por el Gobierno francés¹¹. No existe por tanto para las personas jurídicas en cuanto tales un poder punitivo supraestatal.

y Otras empresas”, en *La Alianza Global Jus Semper. Breviario Temático LISDINYS*, mayo 2011. Igualmente crítico, BILCHITZ, D., “El marco Ruggie: ¿Una respuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?”, en *SUR: Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 7, n. 12, junio 2010, pp. 209-241.

- 9 NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente”, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 2011/3-4 (Vol. 82), p. 481.
- 10 Como ejemplo del fomento y estímulo de dicha responsabilidad social de carácter voluntario desde instancias europeas, vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, de 25.10.2011, COM(2011) 681 final.
- 11 Vid., entre otros, BAIGÚN, D., “El Estatuto de Roma y la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. I, Cuenca, 2001, pp. 85-104; HARTAN, C. C., *Unternehmensstrafrecht in Deutschland und Frankreich. Ein Rechtsvergleich angesichts europäischer Harmonisierungsbestrebungen*, Hamburg, 2006, pp. 57 ss.; NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente”, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 2011/3-4 (Vol. 82), pp. 496 s. Ampliamente, sobre los debates previos en torno a la eventual inclusión de las empresas en el marco jurídico del Estatuto de Roma, THURNER, G. W. B., *Internationales Unternehmensstrafrecht. Konzernverantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen*, Mörlenbach, 2012, pp. 234-242.

A la vista de ello resulta, pues, obligado acudir a las jurisdicciones penales domésticas y explorar la viabilidad de esta opción nacional como respuesta a los retos planteados por la globalización económica y los potenciales abusos de grandes corporaciones.

La creciente incorporación en los respectivos ordenamientos penales de numerosos países de la llamada “responsabilidad penal de las personas jurídicas”¹² —o, según otras denominaciones, “responsabilidad penal de personas colectivas”¹³ o de “agrupaciones (*Verbänden*)”¹⁴— responde básicamente a la motivación de prever una respuesta punitiva específica al fenómeno de la criminalidad empresarial¹⁵, entendiendo por tal la protagonizada por formas organizativas dedicadas a actividades de carácter comercial, industrial o económico¹⁶.

12 Ésta es la expresión empleada en el Código penal francés (art. 121-1).

13 Así en Portugal, art. 11 del Código Penal portugués: “*Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas*”.

14 Así en Austria, a través de la Ley de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos (*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz- VbVG*). Vid. ROBLES PLANAS, R., “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad penal de las agrupaciones por hechos delictivos”, en *InDret* 2/2006.

15 En palabras de GÓMEZ-JAR A DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, núm. 7534, 23 diciembre 2010, “(...) *el legislador español, si bien formalmente ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene en mente la responsabilidad penal empresarial o corporativa, en la que los actores corporativos son el objetivo principal de su política criminal*”. Vid. asimismo, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática”, en *Otrosí*, núm. 6, 2011, p. 8 s.

16 Esta idea ya estaba presente en los precedentes de la actual regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas en Francia. Como señala HARTAN, C. C., *Unternehmensstrafrecht in Deutschland und Frankreich. Ein Rechtsvergleich angesichts europäischer Harmonisierungsbestrebungen*, Hamburg, 2006, pp. 42 ss., los proyectos penales de 1943 y 1978 en Francia preveían la responsabilidad penal de entes colectivos cuya actividad fuese de naturaleza *comercial, industrial, económica o financiera*. En sentido similar, vinculando la responsabilidad penal de personas jurídicas con la

Desde la perspectiva de este trabajo interesa analizar aquellos supuestos en los que cabe plantearse la eventual aplicación del Derecho penal nacional a personas jurídicas de dimensión internacional, tratando de profundizar en los problemas que pueden derivarse de la coexistencia de ordenamientos individuales en relación con esta cuestión.

II. El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia en relación con el castigo penal de empresas y entes colectivos

A diferencia de lo que ocurre en los sistemas jurídicos del *common law* (que reconocen ampliamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el siglo XIX), los ordenamientos jurídicos de la Europa continental (países europeos del *civil law*) han ido incorporando progresivamente la responsabilidad penal de entes colectivos a medida que esta demanda comenzó a incluirse en la agenda de diversos foros internacionales desde la década de los 80 del siglo pasado, plasmándose gradualmente en diversos instrumentos normativos. Pero este origen común, a partir de acuerdos de mínimos, ha derivado en una disparidad de regulaciones de los respectivos ordenamientos individuales en función de los amplios márgenes de decisión permitidos por la norma internacional a los legisladores nacionales.

En el ámbito regional de la UE, sin embargo, los avances de armonización alcanzados en relación con la creación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia marcan unas coordenadas concretas en las que situar la operatividad del

criminalidad de empresa, entre otros, BACIGALUPO, S., “La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 67, 1999, p. 13; MARINUCCI, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático”, en: GARCÍA VALDÉS, C./CUERDA RIEZU, A./MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ALCÁ CER GUIRAO, R./VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, pp. 1175 y 1187 s.

patrón nacional de respuesta punitiva frente a empresas y entes colectivos¹⁷.

La creación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE ejerce influencia de diversas maneras en cada uno de los tres ámbitos básicos del Derecho penal (en este caso, del Derecho penal de personas jurídicas): el derecho penal material, el derecho procesal penal y el derecho de ejecución de penas.

Como observación preliminar de alcance general puede señalarse que las normas de armonización europeas han dejado libertad a los Estados miembros para sancionar a las personas jurídicas por la vía penal o administrativa, lo cual dentro del ámbito de la UE podría predisponer a las empresas hacia comportamientos propios de lo que se conoce como *forum shopping*¹⁸ (interés por someterse a los ordenamientos que ofrezcan a la empresa la mayor protección y las menores obligaciones). Las empresas elegirían como países preferentes para su constitución aquellos cuyos ordenamientos jurídicos no establezcan como principio general la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁹. Ésta es una preocupación ya recogida en el *Libro verde sobre la*

-
- 17 GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Madrid, 2009, p. 118, señala que: “*aun con más motivos que en el ámbito internacional, en el ámbito de la Unión las soluciones nacionales se muestran impotentes para responder a los delitos con elementos de extranjería*”. También sostiene GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, 16 (2011), p. 6, que el mercado único dentro de la UE es un argumento de peso para afrontar una armonización en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, con vistas a erradicar posibles paraísos para la criminalidad de las empresas en un mercado globalizado.
- 18 Sobre el riesgo de este fenómeno en el ámbito europeo como consecuencia de una excesiva fuerza del principio de territorialidad en el ámbito penal, QUINTERO OLVARES, G., “Derecho penal y Unión Europea: territorio y competencia. El espacio judicial europeo”, en: VVAA, *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 155, CGPJ, 2009, p. 662.
- 19 MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Pamplona, 2011, pp. 404 ss.

*aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea*²⁰, donde se afirma que “*si este tipo de medidas (scil. penas aplicables a personas jurídicas) no existe en todos los Estados miembros, se corre el peligro de que estas personas jurídicas localicen sus actividades y/o sus activos en el Estado miembro en el que el riesgo de pena sea menor, si no inexistente*”.

Pero entrando en cuestiones concretas —y dejando por ahora los posibles conflictos positivos de jurisdicción penal sobre empresas entre distintos Estados miembros²¹— son varios los aspectos particulares en los que la regulación estatal de sanción penal a entes o corporaciones (en aquellos países donde así se prevé, como es el caso de España) se verá directa o indirectamente afectada por desarrollos comunitarios previamente alcanzados o en vías de implantación.

Así cabe señalar, en primer lugar, que la posibilidad de castigo penal de empresas por parte de los ordenamientos jurídicos estatales de los Estados miembros coexiste en el contexto europeo con la competencia sancionadora directa de la UE sobre las empresas por prácticas contrarias al derecho de la competencia. Esta potestad sancionadora supranacional (de naturaleza discutida²²)

20 Presentado por la Comisión en abril de 2004. COM(2004)334 final.

21 Sobre esta cuestión puede consultarse el interesante trabajo de CUGAT MAURI, M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y bis in idem”, en *Revista General de Derecho Penal*, 17 (2012), pp. 1-19.

22 SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en: *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 584, considera que las elevadas multas impuestas en el ámbito de la CEE deben considerarse penas en sentido amplio. BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 339 ss., parece atribuirle directamente naturaleza penal a las sanciones que la Comisión puede aplicar a las empresas por prácticas contrarias a la libre competencia. Expresamente, según ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas”, en: VVAA, *Criminalidad organizada: Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Almagro, 1999, pp. 76, “no sería arriesgado afirmar que en el ámbito comunitario, la persona jurídica está sujeta a sanciones de naturaleza formalmente administrativa, pero sustancialmente idéntica a las de

generará problemas de *ne bis in idem* cuando coincida con el poder punitivo estatal sobre empresas, por hechos similares a los que motivan la imposición de la multa comunitaria²³.

En segundo lugar, dentro de la construcción del espacio judicial europeo debe aclararse cómo opera el principio de reconocimiento mutuo de sentencias penales cuando las resoluciones se refieran a condenas impuestas a personas jurídicas. Y ello desde una doble perspectiva. La primera, referida a la eventual consideración, por parte de los tribunales penales de un Estado miembro, de condenas penales anteriores dictadas en otro Estado miembro contra la misma persona jurídica, en orden a la apreciación de la reincidencia internacional²⁴. La segunda, relacionada con la

naturaleza penal". TAVARES DE PINA, M., "A criminalização dos cartéis pelo direito de União Europeia", en *Revista portuguesa de ciência criminal*, año 20, núm. 3, Julho-Setembro 2010, p. 408, sugiere que tales sanciones tienen naturaleza penal o cuasi-penal. También ABANTO VÁSQUEZ, M. A., "Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares", en *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico*, 2011, p. 27, con ulteriores referencias, parece asimilar las sanciones europeas a sanciones penales a empresas cuando afirma (al hilo del modelo de responsabilidad penal propia) "El TJCE también ha desarrollado un modelo similar en el ámbito del Derecho de cárteles con su reproche de «culpa organizativa» a las empresas: omisión de medidas previsoras que eran necesarias para garantizar un desarrollo ordenado no delictivo de los negocios...".

- 23 Por ejemplo, en el caso español, cuando el hecho sea susceptible de ser calificado como delito, con arreglo al Capítulo XI del Título XIII del Libro II CP ("De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores"), teniendo en cuenta que el art. 288.1 CP prevé expresamente para estas figuras delictivas la aplicación del sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas contemplado en el art. 31 bis CP.
- 24 En este sentido debe señalarse que, si bien la responsabilidad penal de personas jurídicas se regula expresamente en España por la LO 5/2010, de 22 de junio (en vigor desde el 23 de diciembre de 2010), no es hasta la entrada en vigor del RD 1611/2011, de 14 de noviembre, cuando se hacen efectivas las disposiciones necesarias para hacer constar en los registros de antecedentes penales las condenas impuestas a las personas jurídicas, siendo éste un requisito esencial para la eventual comunicación por parte de España a otros Estados miembros de los antecedentes penales existentes en relación con personas jurídicas. Por su parte, el reconocimiento en España de las condenas firmes

posibilidad de atribuirles efectos, a las condenas penales que recaigan sobre personas jurídicas, fuera del territorio del Estado miembro que las hubiere dictado. Hasta ahora, la cuestión de la extensión comunitaria de los efectos de la pena se ha planteado sobre todo en relación con las penas de inhabilitación impuestas a personas físicas, en la pretensión de ampliar determinadas privaciones de derechos a la totalidad del territorio de la Unión. Pero no está descartado un desarrollo similar para las penas privativas de derechos que recaigan sobre personas jurídicas (prohibiciones de contratar, de obtener subvenciones o ayudas... etc.).

Pero además de los problemas anteriores, que han quedado aquí meramente enunciados, existe otra cuestión (quizá previa) que considero esencial y a la que en particular se dedica el ulterior desarrollo de este trabajo. Me refiero a la determinación de la “persona jurídica” como destinataria de la norma penal española, a partir del reconocimiento, en los distintos Estados miembros, de la personalidad jurídica de entes societarios que operan en el mercado interior.

Esta cuestión está íntimamente vinculada en el contexto europeo con la creación del espacio de libertad, en lo que afecta y beneficia a las empresas y su libertad de establecimiento. El proceso de integración económica y la aspiración de creación de un mercado único europeo han sido el germen de la progresiva integración política hasta la actual configuración de la UE. Desde esa perspectiva debe observarse si el favorecimiento del mercado único interior (particularmente, algunos desarrollos concretos referidos al Derecho de sociedades) puede incidir directa o indirectamente en un debilitamiento del control (en este caso penal) de las actividades de las empresas y corporaciones, propiciando

de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea a los efectos de apreciar la circunstancia agravante de reincidencia, no se encuentra hasta ahora expresamente recogido en el CP vigente, si bien se contempla en el Proyecto de Ley de reforma del Código Penal que actualmente se está tramitando en las Cortes (Proyecto de Ley 121/000065, BOCG 4 de octubre de 2013).

espacios de impunidad a través de la deslocalización, la libertad de establecimiento, el favorecimiento de movilidad de las sociedades en el espacio europeo, etc. Interesa en este sentido hacer una aproximación a la evolución que ha seguido el proceso de armonización europea del Derecho (privado) de sociedades y observarlo a la luz de las posibilidades de sanción penal por parte de los ordenamientos particulares²⁵. Ya de entrada parece advertirse un desarrollo en cierto modo paradójico entre la trayectoria europea del Derecho de sociedades —con una tendencia progresiva hacia la desregulación—, y la creciente aspiración en el seno de la UE por estimular la sanción penal de personas jurídicas a partir de los ordenamientos jurídicos nacionales. Resulta aquí de especial interés la aproximación a las formas societarias europeas y, en términos más generales, el estudio sobre el reconocimiento (o negación) por parte de los ordenamientos particulares, de la personalidad jurídica de los entes sociales que operan libremente en el mercado interior, en la medida en que ello puede afectar al ámbito de aplicación de la respectiva ley nacional²⁶ (en concreto, al ámbito de aplicación subjetivo en función de cómo se hayan definido, en el marco estatal, los destinatarios de la sanción penal).

- 25 Según la Confederación Europea de Sindicatos (Resolución: “¿Qué futuro para el derecho europeo de sociedades? Hacia una gobernanza sostenible”, Adoptada por el Comité ejecutivo, 6 y 7 de marzo 2012), “*el derecho europeo de sociedades dedica una importancia excesiva a las necesidades de las empresas y de los accionistas en detrimento de los intereses de los trabajadores y otras partes implicadas*”. Y como indica ESTEBAN VELASCO, G., “La sociedad europea: un instrumento al servicio de la reestructuración empresarial”, en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 8, 2003, pp. 214 s., parece que, superada una fase de intensa armonización (entre los años 1968 y 1983), la nueva estrategia en la UE se orienta hacia una política de desregulación y simplificación legislativa que se inserta en el marco de la globalización económica y la desregulación del mercado.
- 26 SÁNCHEZ LORENZO, S. A., “La unificación del Derecho privado en Europa”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 11/2011, 2ª. época, p. 8, afirma que: “*la armonización del derecho europeo de sociedades enfrenta a dos grandes modelos ideológicos de concebir las relaciones económicas: uno, abiertamente neoliberal, representado por el modelo anglosajón y la teoría de la constitución; el otro, más marcadamente social o intervencionista, inspirado en la teoría de la sede*”.

III. La personalidad jurídica como requisito de la responsabilidad penal en el art. 31 bis CP

A. Introducción

Cuando se aborda la cuestión general del ámbito de aplicación o de vigencia de la ley penal suele ser frecuente hacer referencia al ámbito de aplicación espacial y al ámbito de aplicación temporal. No es tan habitual, en cambio, detenerse en el ámbito de aplicación subjetivo, y ello por razones (al menos hasta ahora) comprensibles. Hasta fechas recientes el único sujeto destinatario de la norma penal era la persona física individualmente considerada (independientemente de la trascendencia que, para el ámbito de aplicación espacial, pudiera tener su ulterior consideración como nacional o extranjero, y dejando asimismo de lado otras cuestiones puntuales, como la distinción por razones etarias entre los destinatarios del Derecho penal de menores y el de adultos, o supuestos excepcionales de inviolabilidades personales).

Pero la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas altera sustancialmente el entendimiento tradicional de todas las cuestiones referidas al ámbito de aplicación —temporal, espacial, subjetivo y objetivo— de la ley penal, y que son básicamente cuestiones sustantivas de legalidad y de extensión del *ius puniendi* (aun cuando puntualmente parecen haber sido tratadas como meramente procesales). De todas ellas, este trabajo únicamente pretende arrojar luz sobre un aspecto concreto vinculado al ámbito de aplicación subjetivo.

La cuestión está en determinar quiénes son los destinatarios de la norma y/o de la sanción en el art. 31 bis CP, aspecto que resulta central y especialmente problemático. Lo es ya de principio desde el punto de vista dogmático. No en vano uno de los principales desarrollos que viene siendo objeto de atención por la ciencia jurídicopenal en orden a fundamentar la extensión de responsabilidad penal a entes colectivos es precisamente el replanteamiento de la idea del *sujeto* de Derecho penal²⁷. Pero el

27 Vid. BACIGALUPO, S., “La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*,

aspecto —mucho menos ambicioso— que aquí pretendo tratar es el referido a la determinación de los entes que quedan positivamente abarcados dentro del concepto mismo de “persona jurídica”²⁸, asumiendo que éste es un concepto normativo²⁹.

B. El criterio formal de atribución de personalidad jurídica

La determinación de los entes a los que resulta de aplicación la responsabilidad penal de personas jurídicas consagrada

-
- nº. 67, 1999, pp. 11-36; idem, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 148 ss.; idem, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, 2001, pp. 147 ss.; idem, “La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2006 (art. 31 bis)”, en: VVAA, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, 2007, pp. 214 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, pp. 118 ss.; idem, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 7 ss.
- 28 Porque más allá de que el art. 31.bis.5 CP (redacción dada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre) excepciona del ámbito de aplicación a determinadas personas jurídicas, se intuye que resulta insuficiente establecer el ámbito subjetivo de aplicación de la responsabilidad de las personas jurídicas exclusivamente en sentido negativo, tal y como afirma (entiendo que en sentido crítico) URRUELA MORA, A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXII, 2012, p. 448.
- 29 NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, en *Revista Xurídica Galega*, nº. 63, 2009, p. 63. MIRAS MARÍN, N., “El concepto de personas jurídicas penalmente responsables”, en *Anales de Derecho*, núm. 28, 2010, p. 220, habla de un “concepto penal en blanco” que remite al derecho privado. Por su parte, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en: *Memento experto. Reforma Penal 2010*, Madrid, 2010, p. 14; idem, “Aproximación al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: POZUELO PÉREZ, L. (Coord.), *Derecho Penal de la Construcción*, 2012, p. 599, sostiene que, faltando en el art. 31 bis CP una definición *positiva* de “persona jurídica”, “se estará al concepto extrapenal de persona jurídica, sin que quepan interpretaciones extensivas ni mucho menos analogías para aplicar el régimen

en el art. 31 bis CP es una de las cuestiones que ha dado lugar a pronunciamientos doctrinales dispares, a falta de definición en el Código Penal de un concepto de persona jurídica a estos efectos. Así un sector doctrinal entiende que habrá que acudir a otras ramas del ordenamiento jurídico (interno) para determinar los entes que están dotados de personalidad jurídica, siendo éstos los únicos a los que se podrá imponer responsabilidad penal (concepto o concepción formal)³⁰. Entretanto, otros autores defienden que el concepto jurídicopenal de persona jurídica no puede derivarse automáticamente de lo previsto en otras ramas del ordenamiento jurídico, admitiendo matizaciones propias orientadas a los fines del Derecho penal³¹. Pese a todo, lo que este último sector doctrinal viene a poner de manifiesto es que existen motivos para advertir en la legislación española la existencia de un ulterior criterio (restrictivo) de carácter organizativo-material como fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica, sin negar por lo demás

de responsabilidad penal de personas jurídicas a realidades sociales o económicas similares pero carentes de personalidad jurídica".

- 30 MIRAS MARÍN, N., "El concepto de personas jurídicas penalmente responsables", en *Anales de Derecho*, núm. 28, 2010, p. 220; FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*", Pamplona, 2011, pp. 71 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: *Memento práctico penal económico y de la empresa 2011-2012*, Madrid, 2011, p. 155. También DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Aproximación al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: POZUELO PÉREZ, L. (Coord.), *Derecho Penal de la Construcción*, 2012, p. 637 ss., —aun mostrándose crítico con la regulación legal en este extremo— asume precisamente la concepción formal para justificar su interpretación de aplicabilidad del art. 31 bis CP a los grupos de empresas y no, en cambio, a las uniones temporales de empresas.
- 31 GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, 2010, pp. 36 s.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en: BANACLOCHE PALAO, J./ZARZALEJOS NIETO, J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2011, pp. 54 s. En contra, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: *Memento práctico penal económico y de la empresa 2011-2012*, Madrid, 2011, p. 155.

que la personalidad jurídica se establece en el texto legal como presupuesto de la imputabilidad³². Consecuentemente, partiendo de que el criterio (o primer filtro) por el que opta el legislador español para definir a los destinatarios de la norma en el nuevo sistema de sanción penal autónoma a entes colectivos es el criterio formal de ostentación de personalidad jurídica³³ (criterio que también es asumido por la FGE³⁴), es necesario aclarar algunas cuestiones particulares que, en relación con la atribución o el reconocimiento de dicha personalidad jurídica, pueden suscitarse desde la perspectiva de los actores empresariales transfronterizos dentro de la UE³⁵.

Debe tomarse como punto de partida que, a diferencia de lo que sucede con la persona física, la “persona jurídica” es tal y cobra existencia en virtud de una ley (en principio nacional) que la define y le da vida. Los entes colectivos resultan dotados de personalidad jurídica por el Derecho, por un concreto ordenamiento jurídico.

32 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 479 s.; ídem, en: BANACLOCHE PALAO, J./ZARZALEJOS NIETO, J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2011, pp. 55 s.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *InDret* 1/2012, p. 10.

33 Críticos con la concepción puramente formal de las empresas que se sustenta exclusivamente en el criterio de la personalidad jurídica, entre otros, GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, 16 (2011), p. 42; BACIGALUPO, 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) (1)”, en *Diario La Ley*, núm. 7541, 5 enero 2011, p. 4.

34 Circular FGE 1/2011.

35 Aunque sin referirlo específicamente al contexto europeo, advierte de los problemas que el criterio formal de atribución de personalidad jurídica puede comportar para la aplicación del art. 31 bis CP a unidades organizativas de producción radicadas en España que carezcan de personalidad jurídica o que tengan personalidad jurídica extranjera, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 479 s.

En el contexto de la UE, con anterioridad al Tratado de Lisboa, las numerosas Decisiones Marco³⁶ que sugerían a los Estados miembros la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas optaron por remitir a la ley nacional del correspondiente Estado miembro la definición de las personas jurídicas que en su caso resultasen sancionables. Prácticamente todas esas DM incorporaron previsiones específicas sobre lo que debía entenderse —a los efectos de la correspondiente DM— por “persona jurídica”, estableciendo en todos los casos (con inesenciales variaciones en el tenor literal) que tendrían tal consideración *las entidades que gozasen de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable*. En todo caso —se decía— quedarían excepcionados de dicho régimen *los Estados u otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública así como las organizaciones internacionales públicas*³⁷. En consecuencia, cada Estado miembro que decidiese implantar

36 En adelante, DM.

37 Así, la DM 2000/383/JAI del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro (art. 1); DM 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (art. 1); DM 2002/629/JAI del Consejo, de 19 julio 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (art. 4.4); DM 2003/80/JAI del Consejo, de 27 enero 2003 relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal (art. 1); DM 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (art. 1); DM 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constituidos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (art. 1); DM 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, (art. 1); DM 2008/841/JAI del Consejo, de 24 octubre 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (art. 5.4) y la DM 2008/913/JAI del Consejo, de 28 noviembre 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (art. 5.4). Excepcionalmente, la DM 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información (art. 1.c), considera “persona jurídica” a todo entidad a la cual *el derecho vigente* —sin expresa referencia al carácter nacional— reconoce este estatuto, salvo los Estados y otros organismos públicos que ejercen prerrogativas estatales y las organizaciones internacionales de derecho público.

la responsabilidad penal de personas jurídicas sancionaría por esta vía a los entes que, conforme a ese mismo sistema nacional, gozasen del reconocimiento de personalidad jurídica. No se pre-determinaba por tanto un concepto supranacional (europeo) de persona jurídica a efectos penales.

Con posterioridad al Tratado de Lisboa, las Directivas que sugieren la eventual sanción penal de personas jurídicas por parte de los Estados miembros³⁸ han suprimido (para la definición a estos fines del concepto de persona jurídica) la referencia al derecho *nacional*, remitiendo únicamente de forma genérica al derecho *aplicable*³⁹. Esta nueva redacción, si bien no parece comportar cambios esenciales, resulta más adecuada porque permite con mayor claridad reconocer directamente como “ordenamiento-fuente” de atribución de personalidad jurídica al ordenamiento jurídico comunitario, teniendo en cuenta que en el contexto europeo actual, junto a los respectivos legisladores nacionales, también la propia UE puede “dar vida” a personas jurídicas. Hay que referirse aquí concretamente a las formas societarias europeas que han surgido en el marco del llamado Derecho europeo de sociedades (aspecto que se desarrolla en el siguiente apartado⁴⁰).

Fuera de estos supuestos excepcionales serán los contextos jurídicos nacionales los encargados de atribuir o reconocer personalidad jurídica a determinados entes colectivos. Refiriéndome aquí especialmente a la personalidad jurídica de formas societarias que operan en el tráfico mercantil, el principal problema será la determinación estatal conforme a normas de Derecho privado (y

38 Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (art. 5.4), y Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011 del parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (art. 2.f).

39 Manteniendo, por lo demás, la excepción de aplicación del concepto de persona jurídica a los Estados u otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública, así como a las organizaciones internacionales públicas

40 *Infra C.*

de Derecho internacional privado) de los entes a los que se reconoce tal capacidad en el respectivo derecho interno, a los efectos de resultar eventualmente destinatarios de una sanción penal. A esta cuestión se dedica el ulterior desarrollo de este trabajo⁴¹.

C. La personalidad jurídica de las formas societarias europeas

Dicho de modo resumido, el Derecho europeo de sociedades ha ido avanzando en la pretensión de dar respuesta a las necesidades de las empresas para operar en el mercado único, tratando de potenciar la movilidad transfronteriza de las entidades dentro de la UE y facilitando el aprovechamiento de oportunidades de competitividad en un entorno global. Su objetivo se centra en fomentar la consecución de la libertad de establecimiento, eliminando los impedimentos que los ordenamientos jurídicos nacionales puedan establecer para la actividad transfronteriza de las sociedades. Sin detenerme ahora en la complejidad que ha seguido la evolución de armonización en este sector —aun hoy en viva elaboración⁴²— interesa aquí señalar que uno de los avances en este sentido ha sido la creación por parte del legislador europeo de formas societarias europeas (entes especialmente diseñados para operar en el mercado único) dotadas de personalidad jurídica plena. Junto a los ordenamientos nacionales de los veintisiete Estados miembros, surge por tanto el ordenamiento comunitario como fuente de atribución de personalidad jurídica a los entes societarios de carácter genuinamente europeo.

Así ocurre en primer lugar con la Sociedad Anónima Europea⁴³, regulada en el Reglamento (CE) n.º. 2157/2001 del

41 *Infra D.*, E. y F.

42 Para una aproximación al estado de la cuestión vid. solamente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2012, sobre el futuro del Derecho europeo de sociedades (2012/2669(RSP)).

43 En adelante, “SE”, que es la sigla que impone el Reglamento (art. 11) para esta forma societaria.

Consejo de 8 de octubre de 2001⁴⁴. Se trata de un nuevo tipo de sociedad (anónima), pero de carácter supranacional, que pretende facilitar un marco jurídico comunitario para llevar a cabo procesos de cooperación y concentración de empresas (fusión, creación de grupos, creación de filiales comunes, cambio de sede, etc.) evitando tener que acudir a las vías complejas e indirectas de las legislaciones de los diversos Estados miembros, con sus consiguientes obstáculos y costes de diverso orden⁴⁵.

Con acierto se ha señalado que, después de tres décadas de propuestas y trabajos preparatorios para la creación de la Sociedad Anónima Europea, el resultado finalmente plasmado en el Reglamento de 2001 —en vigor desde el 8 de octubre de 2004— no ha sido el de una forma societaria sometida exclusivamente al Derecho comunitario. El Reglamento no contiene un estatuto unitario comunitario de la SE, sino que en virtud del complejo sistema de fuentes previsto en su art. 9 acaba configurándose como un híbrido comunitario-nacional, pues en los ámbitos jurídicos no cubiertos por el Reglamento (tales como el Derecho fiscal, el Derecho de la competencia, el Derecho de propiedad intelectual y el Derecho concursal), la SE se regirá por el Derecho interno del Estado miembro donde establezca su domicilio⁴⁶. Sin embargo se establece la naturaleza comunitaria en lo referente a los modos de constitución de la SE⁴⁷.

El art. 1.3 RESE establece que la SE “tendrá personalidad jurídica propia”, aun cuando ello no suponga en todos los casos la extinción de la personalidad jurídica propia de los entes societarios

44 En adelante, RESE.

45 ESTEBAN VELASCO, G., “La sociedad europea: un instrumento al servicio de la restructuración empresarial”, en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 8, 2003, pp. 216 ss.

46 Considerando 20 y art. 9.1c) del Reglamento CE n° 2157/2001 de la SE.

47 La SE podrá constituirse mediante fusión (arts. 17 ss. RESE), mediante la creación de una SE *holding* (arts. 2.2 y 32 ss. RESE), mediante la constitución de una SE filial (arts. 2.3, 35 y 36 RESE), o mediante transformación de una sociedad anónima existente en SE (art. 37 RESE).

que la integran⁴⁸. La SE (art. 16 RESE) adquirirá personalidad jurídica a partir del día en que se haya inscrito en el registro correspondiente del Estado miembro de su domicilio social⁴⁹.

La segunda de las figuras societarias que surge en el ámbito comunitario con la pretensión de servir de instrumento jurídico a actividades transfronterizas es la Sociedad Cooperativa Europea⁵⁰, regulada en el Reglamento (CE) n° 1435/2003, del Consejo, de 22 de julio de 2003⁵¹, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea⁵². El objetivo esencial del RSCE es permitir la constitución de SCE por particulares residentes en distintos Estados miembros o por entidades jurídicas sujetas a las legislaciones de Estados miembros distintos, permitiendo asimismo que se constituya una SCE mediante la fusión de dos cooperativas existentes o mediante la transformación de una cooperativa nacional en SCE sin mediar disolución, siempre que dicha cooperativa tenga su domicilio social y su administración central en un Estado miembro y un establecimiento o filial en otro⁵³. El art. 1.5 RSCE establece que la SCE tendrá personalidad jurídica, la cual se adquirirá (art. 18 RSCE) el día de su inscripción, en el Estado miembro de su domicilio social, en el registro señalado por dicho Estado⁵⁴.

48 Así el art. 32.1 RESE recoge expresamente que las sociedades que promuevan la constitución de una SE *holding* conservarán su personalidad jurídica.

49 Toda SE deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social. Precisamente debido al carácter mixto (comunitario-nacional) de la regulación de la SE, se hacía necesario que los Estados miembros adoptasen todas las disposiciones necesarias para garantizar la aplicación efectiva del RESE. En España, el cumplimiento de tal mandato contenido en el art. 68 RESE tuvo lugar con la aprobación de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España.

50 En adelante, SCE.

51 En vigor desde el 21 de agosto de 2003, pero aplicable a partir del 18 de agosto de 2006.

52 En adelante, RSCE.

53 Considerando 13 del RSCE.

54 De forma similar a lo ocurrido con el RSE, el RSCE, remitía en varios aspectos al desarrollo de los Estados miembros en relación a la legislación aplicable a las SCE. En España, el mandato contenido en el art. 78 RSCE

Mención aparte merece la Agrupación Europea de Interés Económico, establecida por el Reglamento (CEE) n° 2137/85 del Consejo de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico⁵⁵ (AEIE). Parece tratarse aquí de una figura a medio camino entre sociedad y asociación. Se prevé como una forma jurídica que está presidida por la idea de unión con carácter de vinculación contractual de titulares de derecho sin merma de autonomía jurídica, en la idea de coordinar los esfuerzos comunes de sus miembros para la obtención de resultados económicos particulares más favorables. La finalidad de la agrupación será facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, mejorar o incrementar los resultados de esa actividad, pero no realizar beneficios para sí misma⁵⁶. La idea de colaboración que está en la base de la AEIE se plasma en una figura muy cercana a la societaria, aunque aquí —a diferencia de lo que ocurre con la SE y con la SCE— el Derecho comunitario no define claramente tal carácter societario, y parece dejar al arbitrio de los Estados la determinación de la personalidad jurídica y su impronta civil o mercantil⁵⁷. En una primera aproximación no resulta muy claro, de la lectura conjunta de los apartados 2 y 3 del art. 1 RAEIE, si la AEIE está dotada ya de personalidad jurídica propia en virtud del Reglamento comunitario, o si son los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de inscripción de la Agrupación los que tienen potestad para otorgar personalidad jurídica a la misma. Porque el RAEIE, después de establecer en el art. 1.2 que *“la agrupación así constituida, a partir del registro previsto en el artículo 6, tendrá la capacidad, en nombre propio, de ser titular de derechos y obligaciones de toda especie, celebrar contratos o llevar a cabo actos jurídicos, y de litigar”* —lo cual parece presuponer el reconocimiento

tuvo cumplimiento con la aprobación de la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España.

55 En adelante RAEIE.

56 Art. 3 RAEIE.

57 MARTÍN REYES, M^a. Á., “Las agrupaciones de interés económico”, en *Cuadernos de ciencias económicas y empresariales*, Vol. 17, 1993, p. 14 s.

automático directo de personalidad jurídica a la AEIE en virtud del Reglamento— prevé sin embargo en el art. 1.3 que “*Los Estados miembros determinarán si las agrupaciones inscritas en sus registros en virtud del artículo 6, tienen o no personalidad jurídica*”. Ello ha dado lugar a interpretar que la AEIE puede estar o no dotada de personalidad jurídica dependiendo de la decisión del Estado en que se encuentre registrada. Este hecho se explicaría en atención a que una de las características esenciales que configuran el régimen de las AEIE es el de la transparencia fiscal prevista en el art. 21 RAEIE (atribución de los beneficios de la agrupación a sus miembros, y no a aquélla), la cual, en algunos países de la Comunidad (concretamente, en Alemania e Italia) sólo es aplicable a entidades que no gocen de personalidad jurídica⁵⁸.

En el caso de España la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico prevé expresamente en el art. 22.1 que “*las Agrupaciones europeas de interés económico, regidas por el Reglamento CEE 2137/1985, de 25 de julio, que tengan su domicilio en España, tendrán personalidad jurídica*”.

Pues bien, a la vista de todo lo anterior hay que concluir que, desde el punto de vista jurídicopenal, tanto las SE como las SCE resultan en cuanto tales abarcadas en el ámbito de aplicación subjetivo de la ley penal española, en la medida en que gozan de personalidad jurídica atribuida por el ordenamiento comunitario (de aplicación y reconocimiento directo en España a todos los efectos). Por consiguiente, una y otra forma societaria europea deben considerarse personas jurídicas a los efectos de lo dispuesto en el art. 31 bis CP, independientemente (en principio) del Estado miembro en que tengan su domicilio social y en el que hayan sido inscritas. Y ello ha de entenderse sin perjuicio de que, al menos en la SE (dependiendo de la forma de constitución), algunos de

58 En este sentido, GALINDO VÁCHA, J. C., *Derecho europeo de sociedades —con referencias a la legislación colombiana—*, Bogotá, 2002, pp. 538 s.; GALLEGO RODRÍGUEZ, E./RIVERO FERNÁNDEZ, D./RAMOS STOLLE, A., “La Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE) en las NIC”, en *Partida Doble*, núm. 174, febrero 2006, p. 72 s. (n. 2).

los entes societarios que la integran siguen conservando su propia personalidad jurídica, manteniendo en esa medida su capacidad para ser destinatarios también directos y autónomos de las normas penales.

Por su parte, en el caso de las AEIE, no habrá dudas para considerarlas igualmente destinatarias de eventuales sanciones penales conforme al CP español siempre que tengan su sede en España (o en algún otro Estado miembro que igualmente les reconozca personalidad jurídica) y hayan sido correspondientemente inscritas en el Registro designado por el respectivo Estado miembro en los términos del RAEIE⁵⁹.

Pero, a diferencia de las otras dos formas societarias europeas, la inclusión de las AEIE entre los destinatarios del art. 31 bis CP dependerá de lo que dispongan los respectivos derechos nacionales.

El de las AEIE es uno de los supuestos en los que claramente se muestra disfuncional del criterio formal de ostentación de personalidad jurídica como vía (exclusiva) de definición de los destinatarios de la norma penal en el sistema español. Porque, como se ha señalado, en el caso de las AEIE la atribución o no de personalidad jurídica por parte del Estado de inscripción dependerá muy probablemente de motivos relacionados con el régimen fiscal aplicable a la entidad, circunstancia que nada tiene que ver con las razones políticocriminales que en su caso fundamenten la necesidad o conveniencia de sanción penal del ente colectivo. No resulta justificado un tratamiento penal diferenciado entre agrupaciones europeas de interés económico con y sin personalidad jurídica, porque el RAEIE, al establecer en el art. 1.2 que *“la agrupación (...) tendrá la capacidad, en nombre propio, de ser titular de derechos y obligaciones de toda especie, celebrar contratos o llevar a cabo actos jurídicos, y de litigar”*, viene a

59 En España, la inscripción en el Registro Mercantil de la AEIE está previsto en el art. 22 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.

reconocer que la falta de personalidad jurídica no privaría a la AEIE de la posibilidad de actuación en el tráfico jurídico⁶⁰, ni frustraría las finalidades pretendidas de intervención en el mercado único de esta clase de agrupaciones. Por tanto, siendo evidente que la titularidad de relaciones jurídicas no se identifica con la personalidad, resulta lógico pensar que las AEIE deberían tener un tratamiento punitivo unitario, y no supeditado a circunstancias que resultan a todas luces ajenas a la lógica del fundamento del castigo penal de entes colectivos. Esta injustificada disfunción se evitaría si, junto a la mención de las personas jurídicas, se hubiese incluido expresamente la referencia a las AEIE como destinatarios de la norma penal en el art. 31 bis CP⁶¹.

D. Entes societarios dotados de personalidad jurídica en el ordenamiento jurídico nacional: primera aproximación a la situación española

Volviendo ahora a los ordenamientos internos como fuente de atribución de personalidad jurídica a entes colectivos, interesa abordar el problema de la trascendencia que pueda tener

60 En este sentido, refiriéndose a la legislación austriaca (*Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung- Ausführungsgesetz*, BGBl. Nr. 521/1995) señala BOLLER, M., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden nach dem VbVG*, Wien, 2007, p. 107, que la AEIE según la opinión dominante no es una persona jurídica, aun cuando tiene capacidad jurídica y capacidad para ser parte.

61 Ésta es la opción por la que ha optado el legislador austriaco en la Ley de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos (*Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten- VbVG*). El § 1.2 VbVG incluye expresamente en el concepto de “corporaciones” abarcadas por la ley a las AEIE (junto a las personas jurídicas, las sociedades mercantiles personales y las sociedades patrimoniales registradas), lo cual debe considerarse un acierto, aun cuando los comentaristas austriacos de la VbVG no lo destaquen particularmente como tal. Vid. HILF, M. J., *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz. Textausgabe mit Anmerkungen*, Wien, 2006, pp. 33-39; ZEDER, F., *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz. “Unternehmensstrafrecht”*, Wien, 2006, pp. 48-52; STEININGER, E., *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz. Kommentar*, Wien, 2006, p. 29 y BOLLER, M., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden nach dem VbVG*, Wien, 2007, p. 107.

a estos efectos el fenómeno de la movilidad intracomunitaria de las empresas, con vistas a la posible inclusión dentro del ámbito de aplicación del CP español de entidades mercantiles que operan en el mercado interior europeo.

En principio, y con carácter general, tanto la FGE⁶² como la doctrina⁶³ han entendido que habrá que acudir básicamente al Código Civil (art. 35) y al Código de Comercio (art. 116) para la determinación de los sujetos destinatarios de la sanción penal contenida en el art. 31 bis CP.

Pero el reconocimiento de personalidad jurídica de sociedades mercantiles que actúan en el mercado interior plantea problemas particulares que de entrada nos remiten a las normas de Derecho privado y de Derecho internacional privado previstas para el tratamiento de entidades extranjeras que operan en el territorio español. Así, debe mencionarse en primer lugar el art. 9.11 Código Civil, según el cual *“La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción”*. La circular 1/2011 FGE parece confiar a esta norma la capacidad de solución de los problemas que pudieran suscitarse en relación con la eventual aplicación del CP español a entidades extranjeras, cuando afirma que *“para determinar pues la personalidad jurídica de las entidades extranjeras habrá que estar a la legislación nacional que les sea propia”*⁶⁴. Sin embargo, la cuestión resulta en realidad más compleja de lo que a primera vista pudiera parecer, porque presupuesto para el reconocimiento de personas jurídicas extranjeras (como potenciales destinatarias de la sanción penal española) es determinar qué entes en concreto, estando excepcionados de la aplicación de la ley (societaria) nacional española, resultan en cambio sometidos a otra legislación nacional en virtud

62 FGE, Circular 1/2011.

63 Díez Ripollés, J. L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *InDret* 1/2012, p. 10.

64 FGE, Circular 1/2011, p. 16.

de la cual se reconocen en España como tales personas jurídicas (extranjeras). Es decir —y aunque pueda parecer evidente— habrá que analizar en primer lugar, cuál es el criterio seguido por el legislador español para la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas (y consiguiente ley societaria aplicable a las mismas⁶⁵).

Dando un paso más en este sentido, y acotando la cuestión a las sociedades mercantiles, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁶⁶, prevé en el art. 8 (*nacionalidad*) que “*serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido*”⁶⁷. Y por su parte, el art. 9.2 prevé que “*las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España*”⁶⁸. Por tanto, el legislador español opta por el *criterio del domicilio social* de la sociedad en territorio español para someter a la ley española a la correspondiente entidad. Pero establece, además, que toda sociedad cuyo centro principal de actividades (*sede real*) radique en territorio español debe tener su domicilio en España y regirse, consecuentemente, por la ley española.

65 Porque, como afirma GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones de Derecho internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 232, abril-junio 1999, pp. 654 ss., “*la nacionalidad per se no es suficiente para identificar la lex societatis. El problema inmediato que surge es cómo se determina la nacionalidad de una sociedad: qué criterio determina que una sociedad tenga nacionalidad española o extranjera (...)*”.

66 En adelante, LSC.

67 Semejante previsión ya estaba contemplada, para las sociedades de responsabilidad limitada en el art. 6.1 de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad limitada (en adelante, LSRL), y para las sociedades anónimas en el art 5.1 del Real Decreto Legislativo por el que se prueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA).

68 Tal y como anteriormente se preveía ya en el art. 6.2 LSRL y en el 5.2 LSA.

Lo que se deduce de esta regulación es que únicamente serán reconocidas en España como auténticas sociedades extranjeras (con capacidad para actuar con su propia personalidad e invocando el régimen jurídico societario propio de la ley del país de su constitución⁶⁹) aquellas sociedades que no tengan ni su domicilio ni su actividad principal en España; es decir, aquellas que únicamente tengan en nuestro país una actividad comercial esporádica, o un establecimiento secundario (oficina, agencia o sucursal). Por el contrario, la sociedad originariamente extranjera (constituida conforme a un ordenamiento jurídico extranjero) que traslada su domicilio estatutario o su establecimiento principal a España deberá constituirse o re-constituirse con arreglo a la Ley española, previa inscripción en el Registro Mercantil español, pasando a regirse desde ese momento por la Ley sustantiva de nuestro país⁷⁰.

A la vista de esto habrá que plantearse si la solución propugnada por la FGE puede resolver supuestos como el siguiente: *“la sociedad A, válidamente constituida conforme al Derecho búlgaro e inscrita en Bulgaria decide trasladar su establecimiento principal a España, pero conservando su domicilio social en Bulgaria, con la pretensión de seguir manteniendo como lex societatis la ley búlgara”*. Casos como el que se acaba de presentar, constituyen un ejemplo de lo que se conocen como sociedades ficticias: sociedades que se constituyen con arreglo al Derecho de un país, pero con la finalidad de desarrollar exclusivamente su actividad comercial en otro país (eventualmente España) distinto al de su constitución. Y ésta es la óptica desde la que hay que

69 Como señala ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, p. 1 (n.1), según la interpretación dominante, la nacionalidad prevista en el art. 9.11 Código Civil viene determinada por el país cuyas normas han sido observadas en la constitución de la sociedad.

70 MARTÍNEZ RIVAS, F., “Traslado internacional de la sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, n° 1 (2009), p. 135.

interpretar las normas de los arts. 8 y 9.2 LSC; concretamente, como normas restrictivas al establecimiento de sociedades ficticias en nuestro país. Se trata de reglas que persiguen evitar que la constitución de una sociedad en el extranjero pueda ser utilizada para eludir la aplicación del Derecho de sociedades español, cuando España resulta ser el Estado destinatario de la actividad principal de aquélla⁷¹. La elección de un lugar de constitución de la sociedad distinto a aquél en el que se pretende operar vendrá motivada por las condiciones de constitución más ventajosas de unas regulaciones en comparación con otras (por ejemplo, en lo que se refiere a exigencias de capital mínimo para la constitución de determinada forma societaria, o el sistema de administración —monista o dual— previsto para determinados tipos societarios, con obligada participación de los trabajadores en los órganos de administración... etc.).

En este contexto, y volviendo al ejemplo apuntado, tiene una importancia fundamental determinar si el incumplimiento por parte de la sociedad búlgara de la obligación de constituirse con arreglo al Derecho español acabará teniendo como consecuencia la negación de su personalidad jurídica —española o extranjera— en España a efectos societarios (y eventualmente penales).

E. El reconocimiento de personalidad jurídica y la libertad de establecimiento de las sociedades mercantiles en Europa

Los aspectos que se han señalado en el apartado anterior tienen que ver, por un lado, con el fenómeno de competencia entre ordenamientos que se produce en el panorama actual del Derecho de sociedades en la UE. A falta de una armonización positiva del Derecho de sociedades, acaba por permitirse a las empresas la libertad de elección de la legislación del Estado

71 ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, p. 2.

miembro por el que quieren regirse, en función de la que estimen más conveniente a sus intereses (lo que supone, en principio, una libertad de elección de su nacionalidad). Por otro lado, el problema se ve agravado por la coexistencia, dentro del entorno europeo, de criterios divergentes para la atribución y reconocimiento de personalidad jurídica societaria. En ello se enfrentan básicamente dos modelos⁷²: el modelo basado en la teoría del lugar de constitución (*Gründungstheorie*), según la cual la capacidad jurídica de la sociedad se determina con arreglo al Derecho del Estado en el que se ha constituido la sociedad; y el modelo basado en la teoría de la sede real (*Sitztheorie*), según la cual la capacidad jurídica de una sociedad se determina con arreglo al Derecho del Estado donde la sociedad tiene su domicilio social o su principal centro de actividades (exigiéndose normalmente, que coincidan uno y otro). Este estado de cosas determina que el conflicto esté servido cuando las empresas, en el ejercicio de la movilidad geográfica dentro de la UE, invocan la libertad de establecimiento (como una de las cuatro libertades fundamentales de la UE regulada en los arts. 49 a 55 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷³)⁷⁴ para reclamar el mantenimiento de la personalidad jurídica conforme al Derecho del Estado en virtud del cual fueron constituidas, con independencia del lugar al que trasladen su centro principal de actividades mercantiles.

Para la doctrina internacionaliusprivatista estos problemas no son nuevos, y han sido ampliamente analizados a raíz de una serie de pronunciamientos decisivos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁷⁵ en relación con la libertad de establecimiento, resolviendo distintos supuestos de traslado o movilidad

72 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones de Derecho internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 232, abril-junio 1999, pp. 645 ss.

73 En adelante, TFUE.

74 Con anterioridad al Tratado de Lisboa, la libertad de establecimiento estaba consagrada en los arts. 43 a 48 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

75 En adelante, TJCE.

transfronteriza de empresas. A continuación —y sin intención de profundizar en cada supuesto— se expondrán las líneas básicas de cada una de estas sentencias decisivas, a los efectos de valorar luego la trascendencia que puedan tener, observadas desde la óptica del ámbito de vigencia de la ley penal española (consideración de los entes afectados como eventuales destinatarios de la ley penal española). La doctrina interpretativa del TJCE que ha ido delimitando el contenido de la libertad de establecimiento consagrada en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea puede sintetizarse en los pronunciamientos siguientes: STJCE 27 de septiembre de 1988, Asunto C-81/87, Caso *Daily Mail and General Trust*; STJCE 9 de marzo de 1999, Asunto C-212/97, Caso *Centros*; STJCE 5 noviembre 2002, Asunto C-208/00, Caso *Überseering*; STJCE 30 septiembre 2003, Asunto C-167/01, Caso *Inspire Art* y STJCE 16 diciembre 2008, Asunto C-210/06, Caso *Cartesio*.

STJCE 27 de septiembre de 1988, Asunto C-81/87, Caso *Daily Mail and General Trust*. En este primer caso se trataba de la sociedad *Daily Mail and General Trust*, sociedad constituida con arreglo al Derecho de Reino Unido y con sede social en dicho país, que solicitó trasladar su domicilio social a Holanda, pero con intención de no perder su personalidad jurídica ni su condición de sociedad británica regulada por el Derecho inglés. La finalidad de la sociedad era dejar de tributar en Reino Unido por las plusvalías que se generarían por la venta de acciones, teniendo en cuenta que, siendo el criterio del domicilio de la sociedad en Reino Unido el decisivo para la aplicación de las leyes fiscales británicas, el traslado de sede social a Holanda permitiría a la sociedad someterse al régimen fiscal más beneficioso en este país de destino. La legislación británica condicionaba dicho traslado, con mantenimiento de la personalidad jurídica, a la previa obtención de una autorización por parte de la autoridad fiscal del Reino Unido.

En ese caso, el TJCE declaró que la regulación británica (imponiendo una condición de Derecho interno para permitir el traslado de sede social a otro Estado *con mantenimiento de perso-*

nalidad jurídica) era compatible con la libertad de establecimiento garantizada en el Tratado. El razonamiento se basaba en que el Tratado consideraba la disparidad de legislaciones nacionales en cuanto al vínculo de conexión exigido a las sociedades para su reconocimiento. En definitiva, las normas reguladoras de libertad de establecimiento del Tratado no conferían a las sociedades constituidas conforme a una legislación nacional, un derecho a trasladar su sede de dirección ni su administración central a otro Estado miembro conservando al mismo tiempo su condición de sociedades del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fueron constituidas⁷⁶. Por tanto, la sentencia del caso *Daily Mail* reconoce que el Estado de origen de la sociedad tiene derecho a fijar las normas de Derecho internacional privado que estime oportunas para decidir si una sociedad constituida conforme a su legislación conserva el mismo tratamiento de sociedad nacional una vez que traslada su sede de dirección efectiva o domicilio estatutario fuera de sus fronteras.

STJCE 9 de marzo de 1999, Asunto C-212/97, Caso Centros. En el asunto *Centros*⁷⁷ la cuestión se refería al establecimiento en Dinamarca de la sociedad *Centros Ltd.*, constituida en el Reino Unido, en cuyo territorio estaba situado el domicilio social, aunque no se ejercía en él actividad económica alguna. *Centros* —cuyas participaciones sociales pertenecían a un matrimonio danés residente en Dinamarca— pretendía crear una sucursal en Dinamarca para ejercer en ese Estado sus principales actividades económicas. Las autoridades danesas denegaban el derecho a constituir una sucursal en dicho país, en la comprensión de que lo realmente pretendido era constituir en territorio danés el establecimiento principal (y no una forma secundaria de

76 ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, p. 4.

77 Sobre este caso, ampliamente, SÁNCHEZ LORENZO, S. A., “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia “Centros”: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 0, 2000.

establecimiento) con el objeto eludir la aplicación de las normas danesas sobre constitución de sociedades, particularmente en relación con el desembolso de capital mínimo.

En su resolución, el TJCE viene a reconocer que la libertad de optar por la legislación de un Estado que establezca condiciones más favorables para la constitución de una sociedad constituye una libertad inherente a los objetivos del TCEE⁷⁸ y que, en consecuencia, no es contrario al Derecho comunitario que la sociedad no ejerza actividad alguna en el Estado de su constitución y dirija toda su actividad comercial al Estado de destino donde pretende establecer una agencia o sucursal. En consecuencia, el TJCE declara contraria a las normas del Tratado la denegación de la inscripción de la sucursal de *Centros* en Dinamarca.

La sentencia *Centros* dio lugar a un vivo e interesante debate doctrinal en torno a la postura del TJCE en relación con los modelos normativos de determinación de la *lex societatis*. Un importante sector de la doctrina interpretó que esta resolución del TJCE proclamaba la incompatibilidad con el Derecho comunitario de los sistemas nacionales basados en la teoría de la sede real⁷⁹. El art. 48 del Tratado CE establece que para beneficiarse de la libertad comunitaria de establecimiento es suficiente con que la sociedad se haya *constituido* conforme al Derecho de un Estado miembro y, además, que tenga su sede estatutaria, administración

78 De ahí que se haya señalado que la sentencia *Centros* abre la puerta a un sistema de “competencia entre ordenamientos jurídicos” (posteriormente confirmado en la sentencia *Inspire Art*). Vid. con ulteriores referencias, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “La sentencia “Centros” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 1, diciembre 2000, p. 18.

79 Cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones de Derecho internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 232, abril-junio 1999, pp. 645-686; ídem, con ulteriores referencias, “La sentencia “Centros” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 1, diciembre 2000, p. 8.

central o centro principal de actividades *dentro de la Comunidad*. En tal sentido, la opinión de este sector doctrinal es que el art. 48 TCE tendría el carácter de norma de conflicto estableciendo un principio de reconocimiento mutuo o recíproco de sociedades dentro de la Comunidad, el cual resultaría incompatible con las consecuencias del modelo de la *Sitztheorie*⁸⁰ (falta de reconocimiento, en el Estado de ubicación de la sede real, de aquellas sociedades constituidas conforme al Derecho de otro Estado).

Frente a esto, otro sector doctrinal entendió que la sentencia *Centros* no llevaba a tales conclusiones, sino que permitía defender la tesis de la compatibilidad entre la teoría de la sede y la libertad de establecimiento comunitaria⁸¹. Este segundo sector rechazó que el art. 48 TCE sea una norma de conflicto que imponga el reconocimiento mutuo y automático de sociedades que, habiendo sido constituidas conforme al Derecho de otro Estado, ubiquen en el territorio nacional su sede real. Se sostiene que la teoría de la sede no pone en duda la existencia de la subjetividad jurídica nacida conforme a otro ordenamiento, sino que únicamente obliga a la sociedad (constituida conforme a un Derecho extranjero) a adaptarse a alguna de las formas sociales nacionales. Y en caso de falta de adaptación voluntaria al Derecho de sociedades nacional, lo que se producirá generalmente es una adaptación forzosa, en el sentido de ser reconocida la sociedad como nacional pero produciéndose una degradación del tipo social que acabará con el principio de responsabilidad limitada, en su caso⁸².

80 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “La sentencia “Centros” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 1, diciembre 2000, p. 6.

81 En este sentido, SANCHO VILLA, D., “La teoría de la sede y el derecho comunitario: a propósito de la sentencia “centros”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 2, 2001, p. 206; ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, p. 11.

82 SANCHO VILLA, D., “La teoría de la sede y el derecho comunitario: a propósito de la sentencia “centros”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 2, 2001, pp. 204 s.

STJCE 5 noviembre 2002, Asunto C-208/00, Caso *Überseering*⁸³. En este caso, los hechos se refieren a la compañía holandesa *Überseering BV* que, tras adquirir en Alemania un terreno con fines empresariales, encargó a una sociedad alemana la realización de unas obras en el garaje construido en dicho terreno. Entretanto, las participaciones sociales de *Überseering* fueron adquiridas en su totalidad por dos nacionales alemanes residentes en Düsseldorf. Posteriormente, *Überseering* presentó demanda ante los tribunales alemanes por supuestos vicios contra la sociedad alemana encargada de las obras, siendo inadmitida la demanda (tanto en primera instancia como en apelación) por los órganos jurisdiccionales alemanes, alegando que la transmisión de las participaciones sociales a dos ciudadanos alemanes había supuesto el traslado del domicilio social efectivo o real de Holanda a Alemania, por lo que la sociedad holandesa carecía de capacidad jurídica y por ello, de capacidad para ser parte en el proceso. Según el modelo de sede real, seguido en Alemania, la sociedad debería haberse constituido conforme al Derecho alemán para gozar de capacidad jurídica en ese país⁸⁴.

83 Sobre el caso *Überseering*, vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “La sentencia del TJCE “Überseering”: se podrá decir más alto, pero no más claro”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 248, 2003, p. 663-682; ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, p. 5; ALMAGRO ESPUNYES, I., “El domicilio social en el Derecho comunitario: la *societas europea* a la luz de la sentencia *Überseering*”, en *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, núm. 25, 2004.

84 Como señala ALMAGRO ESPUNYES, I., “El domicilio social en el Derecho comunitario: la *societas europea* a la luz de la sentencia *Überseering*”, en *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, núm. 25, 2004, p. 286, “según se desprende de la doctrina alemana mayoritaria, así como de la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo alemán), desde la adquisición de todas las participaciones de *Überseering* por los dos particulares residentes en Düsseldorf, esta sociedad tiene su sede de administración real o efectiva en dicho lugar. De ello se deriva que, a partir de dicha adquisición, la sede real de *Überseering* se localiza en Alemania, y en tanto que sociedad inscrita en los Países Bajos, no tiene capacidad jurídica – y en consecuencia, tampoco procesal- en Alemania”.

En este caso, el TJCE consideró que los sistemas de determinación del Derecho aplicable a las sociedades basados en la sede real no pueden tener como resultado que se niegue la capacidad jurídica a una sociedad válidamente constituida en otro Estado miembro donde tiene su domicilio social estatutario —debe señalarse que este caso se refería a Holanda, que es un país que sigue la teoría de la constitución o *Gründungstheorie*—, pues una medida de ese tipo equivale a la negación de la libertad de establecimiento reconocida a las sociedades por los arts. 43 y 48 TCE. Cuando una sociedad, constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro en cuyo territorio se encuentra su domicilio social estatutario, ejerce su libertad de establecimiento en otro Estado miembro, la libertad comunitaria de establecimiento obliga a este último a reconocer la capacidad jurídica de dicha sociedad.

STJCE 30 septiembre 2003, Asunto C-167/01, Caso *Inspire Art*⁸⁵. *Inspire Art*, constituida como sociedad inglesa y con domicilio en Reino Unido, abre una sucursal en Ámsterdam, ejerciendo exclusivamente en los Países Bajos sus actividades comerciales. En el caso de Holanda, pese a ser un sistema que sigue la teoría de la constitución para la determinación de la ley aplicable a las sociedades, se estableció un régimen legal especial para las sociedades ficticias⁸⁶, en virtud del cual, aquellas sociedades que carecen de vinculación con el país de constitución y en cambio poseen una vinculación significativa con el territorio holandés, están sometidas a requisitos adicionales respecto de las restantes sociedades extranjeras. Estos requisitos se refieren a la inscripción de la sucursal en el Registro Mercantil neerlandés con la mención de “sociedad formalmente extranjera”, obligación de utilización de esa mención en el tráfico mercantil, acreditación de un capital mínimo, etc.

85 Ampliamente sobre la sentencia del caso *Inspire Art*, ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004.

86 Establecido en la Ley sobre sociedades formalmente extranjeras (*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, WFBV*) de 17 de diciembre de 1997.

En este supuesto, el TJCE concluye que la aplicación al caso de la Ley holandesa sobre sociedades formalmente extranjeras resulta incompatible con el Derecho comunitario, por ser tales medidas contrarias a la armonización llevada a cabo por la Undécima Directiva en materia de sociedades⁸⁷. En consecuencia, la sentencia *Inspire Art* sigue la misma interpretación que las anteriores *Centros* y *Überseering* en cuanto al contenido de la libertad de establecimiento dentro de la UE, declarando perfectamente compatible con tal libertad comunitaria el hecho de que una sociedad no ejerza ninguna actividad en el Estado miembro en que tiene su domicilio social y desarrolle sus actividades principal o exclusivamente en el Estado miembro de su sucursal⁸⁸.

STJCE 16 diciembre 2008, Asunto C-210/06, Caso *Cartesio*⁸⁹. La sociedad *Cartesio*, constituida conforme al Derecho húngaro y con domicilio social en Hungría, trasladó su domicilio a Italia, solicitando en Hungría inscripción en el registro mercantil de dicho traslado de domicilio social, con la intención de conservar su condición de sociedad sometida a la Ley húngara, invocando para ello la libertad de establecimiento consagrada en los arts. 43-48 TCE. Con arreglo a las normas de Derecho internacional privado húngaro, una sociedad constituida en Hungría no puede trasladar su domicilio al extranjero y al mismo tiempo seguir estando sujeta a la ley húngara como ley que regula su estatuto jurídico⁹⁰. Dicho traslado de domicilio exige que, con anterioridad, la sociedad deje de existir y se constituya nuevamente de

87 Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado.

88 ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 8 s.

89 Sobre este caso, ampliamente, MARTÍNEZ RIVAS, F., “Traslado internacional de la sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, nº 1 (2009), p. 137.

90 Apartado 102 de la sentencia.

conformidad con el Derecho del país en cuyo territorio desea establecer su nuevo domicilio.

En esta resolución, el TJCE reitera la doctrina jurisprudencial ya establecida en los casos *Daily Mail* y *Überseering*, en cuanto a que el Tratado CEE considera las divergencias entre las legislaciones nacionales por lo que se refiere al criterio de conexión exigido para las sociedades regidas por dichas legislaciones, y reconoce que cada Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su Derecho nacional, como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición de sociedad conforme al Derecho nacional. No obstante, y como aportación adicional inédita en el caso *Cartesio*, el TJCE aclaró que las facultades (antes aludidas) atribuidas a los Estados miembros no justifican que el Estado miembro de constitución de una sociedad, imponiendo la disolución y la liquidación de esa sociedad, pueda impedir que ésta se transforme en una sociedad de Derecho nacional de otro Estado miembro, siempre que el Derecho de este último Estado lo permita⁹¹. El tribunal considera, por tanto, que forma parte de la libertad de establecimiento comunitaria la posibilidad de transformación de la sociedad (en casos de traslado internacional de la sede social) sin necesidad de disolución y liquidación previas. Es decir, la sociedad válidamente constituida conforme al Derecho de uno de los Estados miembros puede ejercer la libertad de establecimiento, trasladándose a otro Estado miembro y adaptándose a alguna de las formas sociales reconocidas y reguladas en el Estado de destino, siempre que éste así lo permita, sin necesidad de previa disolución y liquidación de la sociedad en el Estado de origen⁹².

91 Apartado 112.

92 La sentencia se ocupa de señalar que precisamente ésta es la solución que se ha adoptado, para el traslado de domicilio a otro Estado miembro, en los Reglamentos n° 2137/1985 y 2157/2001, relativos a la AEIE y a la SE, e incluso en el Reglamento (CE) n° 1435/2003, relativo al Estatuto de la SCE. Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de Derecho internacional privado”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 54, 2010, pp. 83 s.

A. Soluciones de Derecho español ante la movilidad transnacional de entes societarios

Una aproximación a las cuestiones anteriores que se han planteado en el contexto del Derecho europeo de sociedades suscita motivos de reflexión y análisis desde una consideración jurídicopenal de los entes colectivos como destinatarios de la ley penal española. A continuación se pretende analizar en qué medida esos aspectos pueden tener trascendencia en la determinación del ámbito de aplicación de la ley penal.

En primer lugar ha de retomarse la regulación contenida en los arts. 8 y 9.2 LSC (en relación con el art. 9.11 CCiv), para intentar llegar a una conclusión clara en torno a si tales normas resuelven de manera definitiva y satisfactoria la cuestión de la determinación de la personalidad jurídica (sea española o extranjera) de los entes societarios como sujetos destinatarios del art. 31 bis CP.

La LSC se decanta sin duda alguna por el modelo de la sede de la sociedad como vínculo de conexión con el ordenamiento jurídico español. Se reconocen como españolas las sociedades que tengan su domicilio (*sede social o estatutaria*) en territorio español. Pero al mismo tiempo se impone una obligación de domiciliación en España a aquellas sociedades que tengan en territorio español su principal establecimiento o explotación (*sede real o efectiva*). Los supuestos planteados en la jurisprudencia del TJCE permiten observar que las posibilidades de movilidad internacional de entes societarios consisten, bien en el traslado internacional del domicilio social o estatutario de la sociedad⁹³ (con independencia de dónde se ubiquen las actividades comerciales), o bien en el traslado internacional del establecimiento o explotación principal (con independencia del lugar donde se mantenga el domicilio social)⁹⁴.

93 Así, en los casos *Daily Mail* y *Cartesio*, en los que las sociedades pretendían un cambio de domicilio social, pero con intención de conservar la nacionalidad de origen del Estado de constitución.

94 En el caso *Centros*, se trataba de una sociedad que pretendía trasladar su establecimiento principal sin cambio de domicilio social.

En relación con el *traslado de domicilio social o estatutario*, el Derecho comunitario no ha conseguido hasta ahora alcanzar una regulación armonizada⁹⁵, y el TJCE (caso *Cartesio*) se ha limitado a señalar la incompatibilidad con la libertad comunitaria de establecimiento de aquellas normas nacionales que obstaculicen el traslado intracomunitario de domicilio social (con cambio de nacionalidad de la sociedad), cuando el Estado de destino permita la adaptación a su Derecho nacional de la sociedad originariamente extranjera.

Pero más allá de ello, dependerá de cada Estado miembro la decisión de permitir o no a una sociedad, que se rige por su Derecho nacional, conservar dicha condición cuando traslada su domicilio social a otro Estado miembro; así como la decisión de permitir o no a sociedades extranjeras adaptarse al Derecho nacional (sin pérdida de personalidad jurídica) cuando trasladan a territorio nacional el domicilio social.

En el caso español, el régimen del traslado internacional del domicilio social de entidades societarias ha venido a regularse en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles⁹⁶. Esta Ley incorpora al Derecho español las directrices comunitarias contenidas en el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y en los trabajos preparatorios de la “Decimocuarta Directiva” sobre Derecho de sociedades (relativa al traslado transfronterizo del domicilio social), tendentes a establecer mecanismos que faciliten el traslado intracomunitario del domicilio social de las sociedades, sin necesidad de disolución ni creación de una nueva persona jurídica; es decir, con mantenimiento de la personalidad jurídica⁹⁷. Esta Ley regula tanto

95 Éste es el objetivo de la futura Decimocuarta Directiva sobre Derecho de sociedades relativa al traslado transfronterizo del domicilio social. Sobre esta cuestión, vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de Derecho internacional privado”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 54, 2010, pp. 80 ss.

96 Capítulo V de la Ley (arts. 92 a 103).

97 Vid. Art. 8 RESE.

los casos de “emigración” de sociedades mercantiles españolas al exterior, como de “inmigración” de sociedades extranjeras a España⁹⁸.

En el caso de las *empresas españolas que decidan trasladar su domicilio social al extranjero*, la Ley 3/2009 tiene la virtualidad de regular y permitir dicho traslado con mantenimiento de la personalidad jurídica, permitiendo en consecuencia la emigración de la sociedad sin coste fiscal alguno que grave la salida de esa sociedad del ordenamiento español⁹⁹. La posibilidad de este traslado previsto en la Ley española está condicionado a que el ordenamiento jurídico del país de destino admita la migración de sociedades con mantenimiento de la personalidad jurídica, algo que tendrá más posibilidades de ocurrir en aquellos países que adoptan un modelo de sede real como vínculo de conexión. Cumplido este requisito, y tras el correspondiente procedimiento de traslado regulado en la Ley, la sociedad pasará a adquirir la nacionalidad del país de destino, rigiéndose desde ese momento por la ley extranjera y produciéndose un cambio de nacionalidad de la sociedad, que pasa a considerarse extranjera^{100, 101}.

98 Vid. GOENECHEA, J. M./GRACIA, C., “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de modificaciones estructurales”, en *Actualidad Jurídica Uriá&Menéndez*, núm. 24-2009, p. 15.

99 GOENECHEA, J. M./GRACIA, C., “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de modificaciones estructurales”, en *Actualidad Jurídica Uriá&Menéndez*, núm. 24-2009, p. 19.

100 ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de Derecho internacional privado”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 54, 2010, pp. 104 s.

101 No obstante, y aunque la LME no lo especifique (tal vez lo presupone), todo parece indicar que el traslado de domicilio social al extranjero sólo será posible cuando, al mismo tiempo, el establecimiento principal o la explotación principal de la sociedad dejen de radicar en España, porque el art. 9.2 LSC obliga a todas las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique en territorio español a tener (y en este caso, se supone, a mantener) su domicilio en España. Así al menos en relación con la situación anterior a la LSC y a la LME —pero refiriéndose a la regulación del antiguo art. 5.2 LSA, cuyo contenido es reproducido ahora en el art. 9.2 LCS—,

A efectos penales, por tanto, en estos supuestos no hay pérdida de la personalidad jurídica por el hecho del traslado del domicilio social, aunque sí hay un cambio de nacionalidad de la persona jurídica, lo cual, en su caso, tendrá trascendencia en la operatividad del principio de personalidad activa (aplicación de la ley penal española a hechos cometidos por españoles fuera del territorio nacional, en los términos del art. 23.2 LOPJ).

Para las *sociedades extranjeras que trasladan su domicilio social a España*, la regulación en la Ley 3/2009 es comprensiblemente más parca, porque todas las operaciones anteriores al traslado (y tendentes a su consecución) habrán de regirse por el Derecho de la nacionalidad de origen de la sociedad. Lo que hace la Ley española es limitarse a manifestar el reconocimiento de la personalidad jurídica originaria de la entidad societaria que traslada su domicilio social a España. En este caso, el art. 94.1 LME establece que “*el traslado a territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro estado parte del Espacio Económico Europeo no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad*”. De nuevo aquí —caso de verificarse el traslado—, a efectos penales no habrá habido pérdida de la personalidad jurídica de la sociedad, manteniéndose la condición de sujeto a los efectos del art. 31 bis CP, aunque con cambio de nacionalidad (adquisición de la nacionalidad española).

Pero la cuestión resulta más confusa en lo que se refiere al *traslado de establecimiento principal* sin cambio del domicilio social (sociedades ficticias)¹⁰².

entendía MARTÍNEZ RIVAS, F., “Traslado internacional de la sede social en la Unión Europea: del caso Daily Mail al caso Cartesio. Veinte años no son nada”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, nº 1 (2009), p. 137, que “*si el establecimiento principal o la explotación principal de la sociedad continúa radicando en España, la sociedad seguirá siendo española y el acuerdo social de traslado al extranjero del domicilio social será nulo (art. 5.2 LSA)*”.

102 De hecho, como afirma ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de Derecho internacional privado”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm.

Tratándose de sociedades ficticias, podemos encontrarnos con dos posibles escenarios de quiebra del vínculo de conexión. El primero, cuando España aparece como *Estado de destino* de entidades societarias que, habiendo sido constituidas con arreglo al Derecho de otro Estado miembro, deciden trasladar a nuestro país su establecimiento principal. El segundo, cuando España aparece como *Estado de origen* de sociedades que, habiendo sido constituidas con arreglo al Derecho español, deciden trasladar la sede real fuera de las fronteras de nuestro país (pero sin que este traslado se acompañe del traslado del domicilio social previsto en la LME).

En el primer caso (sociedad originariamente extranjera que se asienta en España), la teoría de la sede, recogida en el art. 9.2 LSC para todas las sociedades de capital (y anteriormente, en los arts. 5.2 LSA y 6.2 LSRL para la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, respectivamente) obliga a dicha sociedad constituida conforme a un Derecho extranjero a adaptarse a alguna de las formas societarias españolas. En este punto cobra virtualidad toda la discusión surgida a raíz de la sentencia *Centros* en torno a si la teoría de la sede es en realidad una teoría del no reconocimiento; es decir, si supone la negación de personalidad jurídica de aquella sociedad originariamente extranjera que no se adapta voluntariamente a alguno de los modelos sociales locales. En relación con la situación española, la LSC (como ya anteriormente, la LSA y la LSRL) no determina las consecuencias del incumplimiento de la obligación de adaptación a nuestra legislación nacional. Por su parte, la doctrina se ha manifestado en relación con los antiguos arts. 5.2 LSA y 6.2 LSRL (solución que ha de entenderse trasladable al actual art.

54, 2010, pp. 75 s., la transferencia de la sede social (analizada anteriormente) puede responder precisamente a la intención de regularizar la situación de sociedades que han trasladado su establecimiento o explotación principal a un país distinto del de su sede social. Si el país en el que se ha situado la actividad principal responde al criterio de la sede real, la traslación del domicilio social (haciéndolo coincidir con la nueva sede real) evitaría el peligro de no reconocimiento de la sociedad.

9.2 LSC) entendiendo que la sanción consiste en el no reconocimiento del tipo societario concreto y en una adaptación forzosa a la normativa española, mediante la aplicación de las normas reguladoras de la sociedad general de comercio, es decir, de la sociedad colectiva o civil (con las graves consecuencias que esta degradación del tipo social puede suponer en cuanto exclusión de privilegios de limitación de responsabilidad de los socios)¹⁰³. Es decir, la sociedad existe, pero como sociedad irregular o civil¹⁰⁴.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídicopenal no parece que este planteamiento pueda ser asumido para afirmar el carácter de persona jurídica de la sociedad como sujeto de Derecho penal. Atribuir la condición de persona jurídica (española) a un ente que carece de tal condición en una interpretación estricta de la Ley (española)¹⁰⁵ puede suscitar objeciones atendiendo al principio de legalidad penal. La solución a la que llega la doctrina internacionaliusprivatista —considerándola sociedad española con personalidad jurídica— puede resultar admisible en el ámbito del Derecho de sociedades en tanto que favorece a la sociedad, adjudicándole un estatuto jurídico para actuar en

103 SANCHO VILLA, D., “La teoría de la sede y el derecho comunitario: a propósito de la sentencia “centros”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 2, 2001, pp. 205, 209 s.; ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 2, 20; ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de Derecho internacional privado”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 54, 2010, p. 76, n. 2, con ulteriores referencias.

104 Vid. más ampliamente sobre esta cuestión, SÁNCHEZ LORENZO, S., “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia “Centros”: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 0, 2000, pp. 34 ss.

105 Como indica ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, p. 2, es la “aplicación de los *principios generales del Derecho de sociedades*” (la cursiva es mía), lo que lleva a la solución propuesta del tratamiento de la sociedad como sociedad colectiva.

el tráfico mercantil. Pero trasladar esa solución al ámbito penal supondría perjudicar a la sociedad, sobre la base de una interpretación analógica prohibida¹⁰⁶.

Por tanto, a falta de un reconocimiento expreso en la Ley como sociedad española, considero que no cabe atribuirle tal condición aplicando la interpretación propuesta por la doctrina.

Y tampoco sería reconocida como entidad societaria extranjera (regida por su ley nacional), en la medida en que la LSC únicamente reconoce como tales a las sociedades que simplemente tengan en nuestro país una actividad comercial esporádica o un establecimiento secundario.

Si el razonamiento hasta ahora apuntado es correcto, lo que cabe concluir es que estos entes societarios que carecen del reconocimiento de persona jurídica extranjera, pero que tampoco pueden considerarse (el menos a efectos penales) personas jurídicas españolas, quedan excluidos del ámbito de aplicación del

106 Salvando las oportunas distancias, el problema aquí suscitado es muy similar al que se plantea —en el contexto del ámbito de aplicación subjetivo referido a personas físicas— en relación con el criterio de determinación y cómputo de la edad a los efectos de considerar a un sujeto mayor de edad como destinatario de las normas contenidas en el Código Penal. A falta de regulación específica en el CP y en la LORPM, el criterio contenido en el art. 315 CCiv, según el cual “(...) Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”, ha sido expresamente rechazado en el ámbito penal (Vid. SSTS 14 enero 1988; núm. 1956/1992, de 24 septiembre y núm. 850/1999, de 26 de mayo). La argumentación es que la ficción jurídica contenida en el 315 CCiv (considerar al sujeto como mayor de edad ya desde las 00:00 horas del día de su decimoctavo aniversario, independientemente de que la hora efectiva de nacimiento fuere posterior) tiene la finalidad, en el ámbito civil, de favorecer al sujeto adelantando la adquisición de la plena capacidad de obrar. Pero aplicar este cómputo del art. 315 CCiv a los supuestos de determinación de la edad de 18 años a efectos penales supondría un perjuicio para el sujeto, desvirtuando la finalidad beneficiadora de la norma civil. Alerta expresamente de la prohibición de analogía para interpretar el concepto de persona jurídica en el art. 31 bis CP, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en: *Memento experto. Reforma Penal 2010*, Madrid, 2010, p. 14; ídem, “Aproximación al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: POZUELO PÉREZ, L. (Coord.), *Derecho Penal de la Construcción*, 2012, p. 599.

art. 31 bis CP, y sometidos únicamente, en su caso, al régimen de las consecuencias accesorias, previsto en el art. 129 CP para entes carentes de personalidad jurídica.

Se ha hecho referencia hasta ahora a la sociedad originariamente extranjera que traslada a España su establecimiento principal. En el caso inverso de la sociedad constituida con arreglo al Derecho español, que traslada al extranjero el establecimiento principal (sin trasladar, en cambio, su domicilio social al extranjero en los términos de la LME), la cuestión resulta dudosa, aunque parece que conforme al art. 8 LSC seguiría teniendo la condición de persona jurídica española mientras mantenga su domicilio social en territorio nacional.

IV. Consideraciones finales

A la vista de todo lo anterior puede llegarse a la conclusión de que las decisiones voluntarias de ubicación, movilidad o traslado de las actividades mercantiles de los entes societarios pueden influir en algunos casos de forma decisiva en la atribución (o exclusión) de su condición de personas jurídicas según los ordenamientos jurídicos nacionales, y en consecuencia, en su condición de sujetos de Derecho penal. En otros casos, al menos, influirán en la determinación de la nacionalidad del ente societario, con la consiguiente trascendencia que ello puede tener en la aplicación de la ley penal a los nacionales del correspondiente Estado miembro. Y esto no deja de ser el resultado de la combinación de una serie de factores que ya se han ido apuntando a lo largo del trabajo. Por un lado, el escueto recurso por parte del CP a un concepto normativo (“persona jurídica”) supeditado a un modelo nacional de definición que, en el caso de los entes societarios, no sólo presenta deficiencias derivadas de la falta de armonización con otros ordenamientos jurídicos implicados en la actividad transnacional de los entes empresariales cuestionados, sino que además, atiende primordialmente a consideraciones propias del Derecho privado (protección de los derechos de accionistas y acreedores).

Por otro lado, las tendencias del Derecho europeo de sociedades —que podrían suponer un progresivo avance en la clarificación de la cuestión mediante la unificación de criterios de reconocimiento mutuo de sociedades dentro del mercado interior— parecen más bien orientadas a mantener o potenciar la competencia entre ordenamientos nacionales —en una especie de *shopping legal*— y la desregulación¹⁰⁷, en la pretensión de favorecer las actividades mercantiles transnacionales. En definitiva, se trata de favorecer y facilitar la actividad de las empresas, antes que conseguir una adecuada comprensión material del fenómeno de actuación de los *global players* que resulte útil a los fines políticocriminales de sanción penal de tales entes colectivos.

En consecuencia, el criterio formal de atribución de personalidad jurídica como presupuesto de la responsabilidad penal hace sospechar un riesgo de traslación al ámbito punitivo del ya anunciado efecto *Delaware* a que conducirá la desregulación en el Derecho societario europeo¹⁰⁸, lo que redunda en una manifiesta insuficiencia del panorama jurídico (interno e internacional) actual para hacer frente a posibles violaciones de derechos humanos protagonizadas por entes colectivos.

107 ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, p. 17.

108 La competencia a la baja entre los Derechos de sociedades dará lugar a que acaben siendo precisamente aquellos ordenamientos con un nivel más bajo de protección de socios, acreedores y terceros, los que atraigan a un mayor número de operadores económicos.