

## Doctrina reciente del Tribunal Supremo afectante a responsabilidad penal de las personas jurídicas y a cumplimiento normativo en las empresas (2022-2023)

*(Actualización y análisis de sentencias recientes del Tribunal Supremo afectantes a compliance y a responsabilidad penal de personas jurídicas)*

**Vicente Magro Servet**

Magistrado del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

Diario LA LEY, 12 de Abril de 2023, LA LEY

### ÍNDICE

[Doctrina reciente del Tribunal Supremo afectante a responsabilidad penal de las personas jurídicas y a cumplimiento normativo en las empresas \(2022-2023\)](#)

[1. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 894/2022 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2022, REC. 118/2021 \(LA LEY 268547/2022\)](#)

[1.1. Objeto](#)

[1.2. Referencia](#)

[1.2.1. Razones de la absolución de la persona jurídica](#)

[1.2.2. La condena como responsable civil subsidiario](#)

[2. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 949/2022 DE 13 DE DICIEMBRE DE 2022, REC. 4993/2020 \(LA LEY 297189/2022\)](#)

[2.1. Objeto](#)

[2.2. Referencia](#)

[3. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 908/2022 DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2022, REC. 4678/2020 \(LA LEY 275922/2022\)](#)

[3.1. Objeto](#)

[3.2. Referencia](#)

[3.2.1. Existencia de responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica del art. 120.4 CP ante extralimitaciones](#)

[4. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA NÚM. 1014/2022, DE 13 DE ENERO DE 2023, REC. 412/2020 \(LA LEY 2921/2023\)](#)

[4.1. Objeto](#)

[4.2. Referencia](#)

[4.2.1. Compliance en las sociedades deportivas](#)

[4.2.2. Las primas dadas por ganar no son delito de corrupción deportiva, sí las dadas para perder](#)

### Normativa comentada

*LO 10/1995 de 23 Nov. (Código Penal)*

LIBRO PRIMERO. Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal

TÍTULO II. De las personas criminalmente responsables de los delitos

Artículo 31 bis

Artículo 31 ter

TÍTULO V. De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales.

CAPÍTULO II. De las personas civilmente responsables

Artículo 120

LIBRO II. Delitos y sus penas

TÍTULO XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico

CAPÍTULO XI. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores  
SECCIÓN 4.ª. Delitos de corrupción en los negocios

Artículo 286 bis

*L 10/1990 de 15 Oct. (deporte)*

TÍTULO XI. La disciplina deportiva

Artículo 76.

Jurisprudencia comentada

*TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 1014/2022, 13 Ene. 2023 (Rec. 4912/2020)*

*TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 949/2022, 13 Dic. 2022 (Rec. 4993/2020)*

*TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 908/2022, 22 Nov. 2022 (Rec. 4678/2020)*

*TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 894/2022, 11 Nov. 2022 (Rec. 118/2021)*

Comentarios

Resumen

Se analiza la importante STS 894/2022, de 11 de noviembre, en relación con una sociedad con un solo socio administrador, que no goza de la necesaria estructura interna compleja como para dotarla de relevancia propia y es absuelta en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la STS 1014/2022, de 13 de enero, que declara que en el ámbito de las competiciones deportivas no son delito las primas por ganar y sí las primas por perder.

Palabras clave

Responsabilidad penal de las personas jurídicas, cumplimiento normativo.

Abstract

The article analyses the important judgment no. 894/2022, of 11 November, of the Spanish Supreme Court in relation to companies with a sole managing partner, which lack the required complex internal structure to have their own legal capacity and are not subject to the criminal liability of legal persons, as well as Supreme Court judgment no. 1014/2022, of 12 January, which declares that win bonuses are not a crime in the field of sports competitions, while loss bonuses are.

Keywords

Criminal liability of legal persons, regulatory compliance.

Se efectúa un desarrollo, a modo de actualización jurisprudencial, de las sentencias más relevantes dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (2022-2023) sobre cuestiones en las que se ha hecho mención a la responsabilidad de las personas jurídicas, exponiendo los aspectos más llamativos que es preciso tener en cuenta, a modo de actualización jurisprudencial

**1. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL,  
SENTENCIA 894/2022 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2022, REC.  
118/2021 (LA LEY 268547/2022)**

**1.1. Objeto**



Se trata de una absolución de la entidad mercantil a través de la cual se comete la estafa. Sociedad, con un solo socio administrador, que no goza de la necesaria estructura interna compleja como para dotarla de relevancia propia. No se aprecia en ella ese sustrato material de la suficiente complejidad.

Pero una cuestión es que se le absuelva a la empresa en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y otra el ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria, ya que se trata de la existencia de una persona jurídica dedicada a una actividad comercial cuyo único gestor, en el desempeño de sus obligaciones, ha cometido un delito por el que ha sido condenado, con lo que se cumplen los presupuestos para declararla responsable civil subsidiaria.

## 1.2. Referencia

Cuando hablamos de delito corporativo para referirnos al de la persona jurídica, es porque ha de tratarse de un hecho propio de ella; qué duda cabe, sin embargo, que cualquier hecho, como fenómeno del mundo exterior, generalmente es realizado por una persona física, que, en su caso, deberá responder por él; lo que sucede es que, en evitación de pasar por criterios de responsabilidad objetiva, esa responsabilidad de aquélla no ha de operar por transferencia automática a la exigible a la persona jurídica, sino que el camino elegido para ello ha sido que, para exigir responsabilidad penal a la persona jurídica, con independencia de que presupuesto para ello esté en la actuación de la persona física, sin embargo, en la medida que su imputación ha de asentarse en criterios de imputabilidad propios, tal imputación habrá de ponerse en relación con los fallos en que, por defecto de organización o funcionamiento, incurra en el ejercicio de su actividad sobre la gestión, el control, la supervisión o vigilancia para la prevención del delito de que se trate, y todo ello sin prescindir de los criterios rectores del campo del derecho en que nos estamos moviendo, que es el penal, informado por principios como el de culpabilidad subjetiva, de manera que su responsabilidad habrá de serlo por la perpetración de su propio hecho corporativo y en función del reproche culpabilístico de dicho hecho, al margen y obviando criterios de responsabilidad objetiva, como supondría hacerla responsable por una simple transferencia acrítica del hecho cometido por la persona física; el cometido por ésta, como hecho de conexión, podría ser presupuesto de la comisión del de aquélla, pero no serviría como fundamento, que ha de buscarse en uno propio.

[...] Para hablar del fundamento de esa responsabilidad exigible a la persona jurídica por su propio delito, es preciso partir de la constatación de algún defecto estructural en los mecanismos de prevención y control que le fueran exigibles por razón de su organización tendentes a los fines a que se orienta su actividad, y ello porque la responsabilidad penal de la persona jurídica gira en clave de complejidad organizativa, de manera que cabrá hablar de imputabilidad respecto de aquéllas que presenten un cierto grado de complejidad, con la consecuencia de que no todas las personas jurídicas serán imputables, sirviendo de apoyo, de alguna manera, para esto que decimos el distinto tratamiento que en orden a las funciones de supervisión se establecen en el propio art. 31 bis CP para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, en comparación con los mecanismos de *compliance* propios de las de mayor complejidad.

La misma STS 154/2016 (LA LEY 6573/2016) ha tratado esta cuestión, si bien haciendo sus consideraciones en relación con las llamadas sociedades instrumentales o pantalla, carentes de la estructura organizativa propia de una sociedad que opera con normalidad en el tráfico mercantil, las cuales son trasladables a sociedades unipersonales, siempre y cuando carezcan de una estructura corporativa compleja, y lo ha hecho con cita de la Circular de la Fiscalía 1/2016, que se mantiene en la idea de que *«procede la exclusiva imputación de la persona jurídica»* de la que se hablaba en la Circular 1/2011, y entre cuyos pasajes se puede leer lo siguiente:

«Ello ha generado alguna controversia procesal, de la que es buena muestra el auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central de Instrucción en un procedimiento por blanqueo de capitales. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente», y, efectivamente, así se puede leer en la referida Circular, que hace tales reflexiones en su punto 3, que lo intitula *«personas jurídicas imputables e inimputables»*.

Otras Sentencias de esta Sala vuelven a abordar esta problemática, entre ellas la reciente 747/2022, de 27 de julio de 2022 (LA LEY 192631/2022), a cuyo fundamento de derecho octavo nos remitimos, y del que solo reproducimos alguno de sus pasajes.

«El régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable. Cuando el condenado penalmente como persona física es titular exclusivo de la sociedad, no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar, no ya solo el principio del non bis in ídem, sino la misma racionalidad de las cosas».

Y más adelante continúa:

«Se dice que la sanción a la persona jurídica se funda en la ausencia de un sistema interno de prevención eficaz. Eso ha permitido hablar a la jurisprudencia de un delito corporativo y establecer un fundamento diferenciado de la sanción, así como hablar de autorresponsabilidad.

Pues bien, resulta absurdo imponer a la persona física titular única de la mercantil dos penas: una por la comisión del delito: y otra por no haber establecido mecanismos de prevención de sus propios delitos! Opera el principio de consunción: al castigar al responsable penal del delito se está contemplando y sancionando también su desidia e indiferencia (!) por no prevenir sus propios delitos; su, digamos en la nomenclatura extendida, falta de cultura de respeto a las normas».

Sigue sus consideraciones haciendo mención a alguna sentencia de la Sala que ha preferido «hablar en estos casos de falta de imputabilidad de la persona jurídica (*vid.*, aunque ante sustratos fácticos diferentes al examinado, SSTs 154/2016, de 29 de febrero (LA LEY 6573/2016), 108/2019, de 5 de marzo (LA LEY 15692/2019), o 534/2020, de 22 de octubre (LA LEY 142442/2020)) al no contar con una estructura mínimamente compleja», que matiza cuando de sociedades unipersonales se trata, en que tal enfoque solo podría jugar de forma subsidiaria.

[...] en el caso que nos ocupa nos encontramos con una sociedad, que, si bien formalmente contaba con dos socios administradores solidarios, solo uno de ellos ejercía sus funciones como tal, como lo evidencia que la sentencia de instancia condena exclusivamente a uno; y no solo eso, sino que lo que nos parece determinante es que se trata de una sociedad de tan mínima complejidad que era la forma de presentarse al público, a través de ella, su administrador, que, como persona física, ha sido condenada, o, dicho de otra manera, era tan mínima su complejidad, que difícilmente se diferenciaba el socio de la propia sociedad.

Así lo consideramos, porque la razón para ese tratamiento diferenciado de responsabilidades, no está tanto en que se trate de personas jurídicas unipersonales o no, sino en criterios de complejidad y estructura organizativa interna (que la puede haber en sociedades unipersonales), pues, faltando esa complejidad, ni siquiera cabría apreciar la culpabilidad que derivaría del incumplimiento de unos deberes de supervisión y control, que si, como hemos dicho, quedan consumidos en la propia dinámica delictiva del administrador que delinque, bastará con la condena de este, y la absolución de la persona jurídica procederá por su consideración como inimputable, debido a que no cabe estimar que concurra en ella el elemento de culpabilidad, en la medida que es incompatible con su naturaleza hablar de mecanismos internos de control y, en consecuencia, de cultura de respeto a la norma, a partir de la cual se residencia su capacidad de culpabilidad.

Lo determinante es la existencia de una complejidad interna, presumible a partir de un suficiente sustrato material organizativo, que, si falta, falta el presupuesto para hablar de imputabilidad penal, por inexistencia de capacidad de culpabilidad, ya que, debido a su mínima estructura, no se da la base desde la que conformarla, y es que, no habiendo posibilidad de establecer mecanismos de control, no puede surgir el fundamento de su responsabilidad, de ahí que no toda sociedad pueda considerarse imputable en el ámbito penal, y, esto que decimos, encuentra apoyo en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo (LA LEY 4993/2015), en la medida que los mecanismos de control lo pone en relación con las dimensiones de la persona jurídica, que, en lo que éstas se refiere, hace las siguientes consideraciones:

«La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (LA LEY 13038/2010), con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del "debido control", cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica».

### **1.2.1. Razones de la absolución de la persona jurídica**

Se trata de una sociedad, a efectos reales de un solo socio administrador, y no goza de la necesaria estructura interna compleja como para dotarla de relevancia propia; no apreciamos en ella ese sustrato material de la suficiente complejidad al que venimos refiriéndonos, «no es un actor corporativo que pueda cometer delitos corporativos», como ha dicho algún autor, lo que no significa que quede exenta de todo tipo de responsabilidad, como es la civil.

### **1.2.2. La condena como responsable civil subsidiario**

Los hechos probados sí describen la existencia de una persona jurídica dedicada a una actividad comercial, cuyo único gestor, en el desempeño de sus obligaciones, ha cometido un delito por el que ha sido condenado, con lo que se cumplen los presupuestos que establece el art. 120.4º CP para declararla responsable civil subsidiaria.

## **2. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 949/2022 DE 13 DE DICIEMBRE DE 2022, REC. 4993/2020 (LA LEY 297189/2022)**

### **2.1. Objeto**

Esta sentencia es muy importante en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se trata de la confirmación de una sentencia absolutoria a persona jurídica, ya que la simple condición de ejercer facultades de dirección o de gestión dentro de la empresa o de actuar bajo la autoridad de éstas no es suficiente para hacer responsable a la persona jurídica de los actos de tales personas. Para el caso de que el delito hubiere sido cometido por dependientes, es necesario que se declare el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, y no consta que fuera objeto controversia y prueba en el plenario.

### **2.2. Referencia**

De acuerdo con una reiterada jurisprudencia, por todas Sentencias de esta Sala, número 514/2015, de 2 de septiembre (LA LEY 126066/2015) número 154/2016 y 234/2019, de 8 de mayo, caracteriza la responsabilidad penal de las personas jurídicas los siguientes presupuestos:

- a)** es exigible un juicio de culpabilidad específico sobre la actuación de la persona jurídica, basado en el principio de autorresponsabilidad;
- b)** el fundamento de la responsabilidad penal no es objetiva, sino que ha de tener su soporte en la propia conducta de la persona jurídica
- c)** el principio de presunción de inocencia se aplica a la persona jurídica y es autónomo respecto del de la persona física, y
- d)** la persona jurídica actúa sin disponer un sistema de control de sus administradores y empleados dirigidos a controlar la observancia de la norma, del ordenamiento jurídico o no controla las fuentes de peligro de la actividad a la que se dedica. En definitiva, no observa las exigencias de control a las que está obligada.

La doctrina de esta Sala estima que la sanción penal de la persona jurídica debe venir justificada por la ausencia de medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos en la empresa o, como dice la STS 221/2016, de 16 de marzo (LA LEY 11281/2016), el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica reside en «aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad de la empresa».

El relato fáctico y la motivación de la sentencia nada dice sobre la concurrencia de las anteriores premisas y las explicaciones proporcionadas en las motivaciones son racionales.

[...] Es cierto que el artículo 31 bis CP vigente al tiempo de los hechos establecía la responsabilidad penal de las

personas jurídicas por los delitos cometidos por «en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho» así como «por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso».

El precepto en cuestión fue modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (LA LEY 4993/2015), precisando la responsabilidad de los dependientes de forma más exigente ya que el actual precepto establece la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por los dependientes en cuando «por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

Señala además el Código Penal que es posible declarar la responsabilidad de la persona jurídica, aunque no haya sido posible individualizar la concreta persona física que haya cometido el delito o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. El artículo 31 bis CP vigente al tiempo de los hechos disponía que «siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» y esa misma previsión continúa vigente por el actual artículo 31 ter CP. (LA LEY 3996/1995)

Este es el marco normativo y en el caso que nos ocupa, atendido el relato de hechos probados, puede deducirse, aun cuando no se declara expresamente, que los delitos enjuiciados, uno o los dos, se cometieron bien por el administrador, por el director financiero, por ambos o por algún dependiente o persona vinculada con la empresa.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo puede ser declarada cuando concurren los presupuestos típicos establecidos en la ley y cuando todos y cada uno de ellos sean objeto de debate y prueba y declarados probados en el juicio histórico.

Siendo cierto que el artículo 31 ter CP (LA LEY 3996/1995) permite la condena de la persona jurídica aun cuando no haya sido declarada la responsabilidad penal de las personas físicas y cuando se afirme que los eventuales autores son necesariamente algunas de las personas por cuya actuación ha de responder la persona jurídica, también lo es que esa condena no exime del deber de acreditar y declarar la concurrencia de todos los elementos típicos establecidos en el artículo 31 bis y siguientes del Código Penal (LA LEY 3996/1995).

La simple condición de ejercer facultades de dirección o de gestión dentro de la empresa o de actuar bajo la autoridad de éstas no es suficiente para hacer responsable a la persona jurídica de los actos de tales personas. La ley penal exige un conjunto de elementos típicos adicionales sobre los que la sentencia nada dice. Por citar uno de estos elementos, para el caso de que el delito hubiere sido cometido por dependientes, es necesario que se declarara, en atención al resultado de la prueba, el incumplimiento grave de los deberes de supervisión en función de las concretas circunstancias del caso, y no consta que tal cuestión fuera objeto controversia y prueba durante el plenario y en los hechos probados ninguna referencia se hace de la misma.

Por lo tanto, la ausencia de toda declaración sobre los distintos elementos típicos que conforman la responsabilidad de la persona jurídica hace inviable el pretendido pronunciamiento de condena.

### **3. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 908/2022 DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2022, REC. 4678/2020 (LA LEY 275922/2022)**

#### **3.1. Objeto**

Responsabilidad civil subsidiaria de la sociedad creada por los acusados, que se extralimitaron en sus funciones al cometer el delito. Inexistencia de responsabilidad penal de la persona jurídica, pues ésta no estaba regulada en el momento de ocurrir los hechos.

#### **3.2. Referencia**

Es claro que no se dirigió la acción penal contra la recurrente, entre otras razones porque en la época de los hechos no se había declarado legalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por ello no puede apreciarse indefensión por el hecho de no haber ocupado la posición de imputado en el proceso, ya que en ningún momento ha tenido esa cualidad.

Una vez solicitada su responsabilidad civil subsidiaria, pudo intervenir en la causa en defensa de sus posiciones, estando representada por Procurador y asistida de Letrado, interviniendo en el juicio oral, tal como consta en el encabezamiento de la sentencia recurrida, por lo que tampoco en ese aspecto se aprecia indefensión.

### **3.2.1. Existencia de responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica del art. 120.4 CP ante extralimitaciones**

En cuanto a la aplicación del artículo 120.4 del CP (LA LEY 3996/1995), el acusado condenado actuó como apoderado de la recurrente al recibir el dinero que le entregaba el coacusado, y al disponer del mismo.

Decíamos en la STS n.º 669/2021, de 9 de setiembre (LA LEY 156872/2021), que es necesaria la declaración esta responsabilidad civil subsidiaria de la sociedad «cuando el representante legal de la misma ha cometido un delito dentro del ámbito de actuación de la mercantil, y ha redundado, como aquí ha ocurrido, en su beneficio. En efecto, según resulta de la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias como la 84/2009, de 30 de enero (LA LEY 1182/2009) y 85/2007, de 9 de febrero (LA LEY 3284/2007), entre muchas otras), declara que para que pueda entrar en juego la clase de responsabilidad de que aquí se trata, exigen: a) una relación de dependencia del autor de la acción y la persona o entidad implicada en aquella; b) que el responsable penal actúe en el marco de las funciones propias del cargo o empleo, aun cuando lo hubiera hecho con cierta extralimitación; y, c) consecuentemente, cierto engarce o conexión entre el delito y la clase de actividad propia de la relación de empleo.

Que ha de existir una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas resulta obvio, pero ello no excluye de responsabilidad subsidiaria, pues el ejercicio normal de las obligaciones o servicios encomendados a los dependientes de una empresa no incluye la realización de acciones delictivas, por lo que, como señala entre otras muchas la STS 1557/2002 (LA LEY 1735/2003), "extralimitaciones siempre hay cuando se cometen acciones penales".».

Señalando más adelante que «En definitiva, para que proceda declarar la responsabilidad civil subsidiaria en el caso del art. 120.4 Código Penal (LA LEY 3996/1995), es preciso, de un lado, que entre el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallan ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice, cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad, cometido a tener, confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación una interpretación extensiva, que no aparece limitada por los principios "*in dubio pro reo*" ni por la presunción de inocencia, propios de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito, la dependencia, se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito, y en el de la funcionalidad, la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que este no extraviase el ámbito o esfera de actuación que constituye entre el responsable penal y el civil subsidiario».

## **4. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA NÚM. 1014/2022, DE 13 DE ENERO DE 2023, REC. 412/2020 (LA LEY 2921/2023)**

### **4.1. Objeto**

Delito, entre otros, de corrupción deportiva. Caso denominado del Osasuna.

Con la STS 192/2019, de 9 de abril (LA LEY 38308/2019), no se pueden dejar de exponer que este tipo de comportamientos en entidades sociales, sean o no mercantiles, podrían reducirse o eliminarse mediante modelos de *compliance* para evitar la denominada «*autopuesta en peligro*» que puede suponer que directivos o personas con apoderamientos expuestos puedan cometer este tipo de comportamientos, o al menos, sea más dificultoso.

Por otro lado, se destaca una cuestión importante:

- a.-** Las primas dadas en una competición deportiva a terceros no es delito de corrupción deportiva.
- b.-** Lo serán las primas dadas para perder.

Diferencias entre ambas acciones.

## 4.2. Referencia

### 4.2.1. Compliance en las sociedades deportivas

Con la STS 192/2019, de 9 de abril (LA LEY 38308/2019), no podemos dejar de exponer que este tipo de comportamientos en entidades sociales, sean o no mercantiles, podrían reducirse o eliminarse mediante modelos de *compliance* para evitar la denominada «autopuesta en peligro» que puede suponer que directivos o personas con apoderamientos expresos puedan cometer este tipo de comportamientos, o al menos, sea más dificultoso.

Ciertamente, la responsabilidad inaugurada con la LO 5/2010 (LA LEY 13038/2010), no se ha entendido por el legislador concerniente a los delitos de apropiación indebida, y sí, en otros supuestos, como los delitos de estafa, y ello a pesar de ser paradigmáticos algunos comportamientos muy reprochables, como el aquí enjuiciado, calificado como de apropiación indebida.

Por lo que, como dice la STS 109/2020, de 11 de marzo (LA LEY 60498/2020), ha de insistirse en que estos programas de *compliance* reducen el riesgo de que ello ocurra y con el paso del tiempo debe existir la extensión de esta filosofía de uso para autoprotegerse de este tipo de situaciones en donde se comprueba una mayor facilidad para perpetrar este tipo de actos delictivos.

Para ello citamos las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo 316/2018 (LA LEY 74057/2018), de 28 de junio 2018, y 365/2018, de 18 de julio (LA LEY 88606/2018), dado que si existe una ausencia de control interno hacia las personas que tienen conferidas poder de dirección o materialización de actividades relevantes en una empresa (o patrimonio ajeno) existe el riesgo que, bajo el abrigo del abuso de las relaciones personales existentes se lleven a cabo actos como los aquí enjuiciados.

Estos tipos penales se dan con frecuencia en el sector social auspiciados, precisamente, dicen las sentencias citadas, por la ausencia de mecanismos de control ajenos y extraños a los que conforman la relación entre sujetos que se aprovechan de esas relaciones personales y aquellos que les facultan y autorizan para realizar operaciones que entrañan riesgo para la empresa por la disponibilidad económica y de gestión de quienes los llevan a cabo. Precisamente, el *compliancead intra* ajeno a esas relaciones personales y de confianza entre concedentes del poder y sus receptores evitaría, o disminuiría el riesgo de que estas situaciones se produzcan en el seno de las empresas.

Con el *compliancead intra* en el seno de una entidad deportiva de importantes dimensiones sociales (patrimonio ajeno), estas situaciones que aquí se han dado resultan de más alto grado de imposibilidad de ejecución, ante los controles que en el cumplimiento normativo existen y, sobre todo, de un control externo, ajeno a los propios vínculos de confianza interna que existen que son los que facilitan, al final, estos ilícitos penales.

### 4.2.2. Las primas dadas por ganar no son delito de corrupción deportiva, sí las dadas para perder

Los recursos planteados se centran, principalmente, en excluir las «primas por ganar» del tipo penal del art 286 bis (LA LEY 3996/1995). 4 CP.

Antes de nada, conviene dejar sentado que, para la Audiencia, alterar los resultados futbolísticos justifica su carácter delictivo, y que en su opinión, nada tiene que ver con las «primas» pagadas por cada club a sus propios jugadores, asimilables a los «plus de productividad» en el ámbito laboral, y mucho menos con la existencia de «patrocinadores» cuya intervención se encuentra relacionada con la publicidad y la imagen del propio patrocinador, que quiere vincular su marca con los valores que el club patrocinado trasmite al público y, en definitiva, a los consumidores.

La locución del art. 286 bis 4, «[l]o dispuesto en este artículo será aplicable...», es una llamada a los verbos rectores recogidos en los apartados 1 y 2, «recibir, solicitar, aceptar, prometer, ofrecer o conceder» beneficios o ventajas de cualquier naturaleza, no justificadas, «que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva».

Autorizada doctrina ha señalado que el delito de corrupción deportiva exige dos requisitos:

- Elemento objetivo: «prometer», «ofrecer», «conceder», «recibir», «solicitar» o «aceptar» beneficios o ventajas de cualquier naturaleza, no justificadas, incumpliendo sus obligaciones. Hay una conducta activa y otra pasiva.

- Elemento subjetivo: que «tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva».

Se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la realización de cualquiera de aquellas acciones sin que sea necesario que se produzca el resultado perseguido en relación a la prueba, encuentro o competición.

Ante todo conviene señalar que, para aclarar correctamente el término, la palabra amaño es propia de un acuerdo bilateral (de los dos equipos que aparentemente contienden), mientras que aquí propiamente nos referimos a una entrega de prima para predeterminar un encuentro, aunque el término amaño signifique también, popularmente, este último comportamiento.

Igualmente, ha de dejarse sentado que cualquier intérprete está conforme en que las primas por perder un encuentro o competición deportiva, se encuentran incluidas en el tipo penal analizado, sin que sobre esto exista discrepancia alguna, ni siquiera entre los recurrentes.

Ahora bien, sin perjuicio de los que se razonará más adelante, **las primas por ganar, sean encubiertas u ofrecidas por un tercero al club al que pertenezcan los jugadores, sin que puedan tener otras connotaciones jurídico-administrativas, sobre las que aquí no se va a entrar, no pueden ser consideradas penalmente típicas**, en tanto que, aunque pueda predicarse de tal ofrecimiento, su antijuridicidad formal (predeterminar el resultado deportivo), no lo sería material, en tanto que **no infringe el bien jurídico protegido, que lo es el juego limpio, pues, al contrario de lo razonado por la Audiencia, tal incentivo no puede ser lícito cuando lo da el club al que pertenece el jugador, y delictivo cuando lo ofrece un tercero, sin perjuicio de la legislación deportiva al respecto**.

Por ello, aunque el precepto, en su literalidad, no excluye la prima por ganar un encuentro deportivo ni circunscribe la previsión a dejarse perder en el mismo, razones de antijuridicidad material nos deben llevar a suscribir otra posición, como la dejada expuesta.

Y no solamente desde el plano de la aludida antijuridicidad material, sino desde una visión exclusivamente subjetiva, porque tal comportamiento no está en las manos del jugador. Dicho de otro modo: **un jugador puede, con su actuación, como una opción posible, perder un encuentro, pero no ganarlo. Y no puede ganarlo porque no depende exclusivamente de su voluntad, sino de otros factores. Y lo que no puede conseguirse voluntariamente, porque es imposible, tampoco puede ser sancionable penalmente**.

Pensemos en una final de fútbol: **por más dinero con que se prime a los jugadores de uno de los dos equipos contendientes, no puede asegurarse el resultado de ganar el trofeo en que consista la competición**. Pero lo contrario, sí se encuentra en mano de sus protagonistas, pues así como no puede asegurarse jugar bien, no ocurre lo contrario, pues es perfectamente ejecutable jugar mal intencionadamente y dejarse ganar.

Por lo demás, este delito es de tendencia, y valdría probarse el pacto de primar por perder, para que el delito se encuentre ya consumado.

**La prima por ganar es distinta, porque ya hemos dicho que ese resultado no está en la mano del jugador o deportista. Y tampoco porque ese comportamiento pueda considerarse injusto, sino todo lo contrario**. La obligación de todo deportista es salir a ganar un encuentro, luego no sería lógico que las primas por cumplir con su obligación fueran penalmente típicas. Nadie comprendería que ver jugar «bien, o muy bien» a unos jugadores en el campo, o en la cancha de tenis, pueda ser objeto de sanción penal, y ello aunque tal comportamiento sea fruto de una prima extradeportiva. Aquí no se sanciona la prima, sino el comportamiento en el campo de juego.

Es por ello que nadie discute que **las «primas por perder» sí se encuentran incluidas en el art. 286 bis (LA LEY 3996/1995). 4 CP, y en este caso, la condena lo ha sido por la comisión de un delito de corrupción en el deporte debido, a unos hechos consistentes en un «acuerdo económico» doble, «para que ganara al ... en la jornada 37 y se dejara ganar en Pamplona contra ... en la jornada 38»**.

Desde el plano doctrinal, **la mayoría de la doctrina no duda en considerar constitutiva de delito la conducta de primar por perder, pero se muestra contraria a estimar delictiva la conducta de primar para ganar y relegan la misma al ámbito de la infracción administrativa**. La idea central es la ya expuesta: **el primar por ganar no asegura el resultado y, además, que se paga por una conducta, ganar, que es la que debe regir la actuación deportiva**. La conducta de ganar, aun incentivada económicamente mediante la prima, es la que debe observar todo deportista; mientras que la de perder es anómala en sí misma, por fraudulenta e impropia.

En este mismo sentido, si acudimos al derecho comparado, el Código Penal alemán introduce dos nuevas figuras delictivas: el §265c StGB, intitulado como estafa en las apuestas deportivas y el §265d StGB, rubricado como manipulación de competiciones deportivas profesionales, así como modalidades agravadas de estos en el §265e StGB. El §265d, pretende sancionar penalmente las manipulaciones que de forma anticompetitiva influyan en el transcurso o en el resultado de una competición deportiva a favor del contrario, entendiendo a estas como aquellas que eliminan o limitan la impredecibilidad de una competición deportiva.

Este punto de vista es ciertamente ilustrativo, porque polariza la intervención del derecho penal cuando se priva al deporte de su característica más acusada, que es su aspecto competitivo. De este modo se penalizan los comportamientos que van dirigidos a orillar la competición, por una suerte de predeterminación pactada por perder, y por tanto, por no competir (a ganar). Este debe ser el fundamento de la sanción penal, razón por la cual esas otras conductas han de quedar extramuros del Código Penal.

Un último argumento deriva del carácter fragmentario del derecho penal. En efecto, aunque **podieran considerarse reprochables las primas por ganar, al carecer del necesario requisito de antijuridicidad material**, al que anteriormente nos hemos referido, escapan de la órbita penal precisamente por la naturaleza de última *ratio* que caracteriza la aplicación de los preceptos penales, pudiéndose deslindar tales conductas (primas por ganar o por perder) al lugar que corresponden por razón de su injusticia intrínseca, de modo que **lo verdaderamente intolerable es percibir un beneficio o ventaja por perder un encuentro, y no por hacer lo que debe hacer todo deportista, que es salir a ganar el partido**. Si esto se considerara sancionable, **debiera reservarse un espacio en el ámbito del derecho administrativo sancionador para contemplar esta conducta**, como parece resulta así (aunque no entramos en ello, naturalmente), en el art. 76.1 c) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (LA LEY 2706/1990); y en el fútbol, arts. 69.2 i) de los Estatutos de la Liga de Fútbol Profesional y 82 del Reglamento de Disciplina Deportiva de la RFEF. Igualmente, en el ámbito de la competición europea de fútbol, citamos el laudo del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) de 2 de septiembre de 2014 (caso del club Eskiehirspor Kulübü vs Uefa. CAS 2014/A/3628).

[...] hemos distinguido entre dos conductas: las primas por ganar y el recibo de beneficios o ventajas por perder. Solamente estas últimas pueden considerarse incluidas en el tipo definido en el art. 286 bis (LA LEY 3996/1995) 4 del Código Penal. Las primeras pueden tener otro tratamiento en vía administrativa, que escapa a nuestro control casacional de índole penal exclusivamente. Por tanto, el recibo o el ofrecimiento de las mismas con dicha finalidad no entra en la tipicidad penal que estamos interpretando, por las razones que han sido ya estudiadas en nuestro fundamento jurídico anterior.

Pero dicho esto, el caso que resolvemos contiene primas por perder, o lo que es lo mismo, el ofrecimiento y recibo de cantidades de dinero (beneficio o ventaja no justificada y de cualquier naturaleza, en este caso económica), que satisfacen las exigencias del tipo por el que han sido condenados.

Pero también es cierto que el supuesto que enjuiciamos, no se limita el pacto de recepción exclusivamente por ganar un partido, sino por eso mismo y por perder otro. Esto es lo que confiere una singularidad especial a esta causa.

Por tanto, aunque mantengamos, como lo hacemos, que los hechos relacionados con el partido [...] no son constitutivos de delito, si lo serán, sin duda alguna, los relacionados con el partido [...], por lo que el delito seguiría existiendo al resultar de aplicación el art 286 bis (LA LEY 3996/1995). 4 CP.