

XXII SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DE LA EMPRESA

Jueves 16- viernes 17/05/2019

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: CONSIDERACIONES A LA TRASLACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS EN CASOS DE ABSORCIÓN, del Prof. D. ENRIQUE LUZÓN CAMPOS.

Jueves 17 de mayo de 2019, 12-00 h.

Ponente: Prof. D. ENRIQUE LUZÓN CAMPOS

Moderador: Prof. Dr. D. MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR

Relator: Prof. Dr. VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ



CONSIDERACIONES A LA TRASLACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS EN CASOS DE ABSORCIÓN

Ponente: Prof. D. ENRIQUE LUZÓN CAMPOS. Asociado senior en Gómez-Acebo y Pombo (Abogados). Madrid. Máster en Derecho y Empresa. Prof. Máster Abogacía Univ. Autónoma de Madrid. Coordinador y Socio de la FICP.

Moderador: Prof. Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

Intervinientes en el debate: Profesora Marta Pantaleón Díaz, Profs. Dres. Laura Pozuelo Pérez, Manuel Cancio Meliá, Prof. José Manuel García Sobrado, Profs. Dres. Miguel Ángel Boldova Pasamar, Diego-Manuel Luzón Peña

Relator: Prof. Dr. D. Virxilio Rodríguez Vázquez. Profesor Contratado Doctor (acred. Prof. Titular) de Derecho Penal. Universidad de Vigo

El moderador, el Prof. Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar, abre el turno de preguntas dando la palabra a Dña. Marta Pantaleón Díaz quien, tras felicitar al ponente, comienza poniendo de manifiesto su interés por el tema. Considera de interés la ponencia y aprovecha para dar la enhorabuena por el Auto de la Audiencia Nacional. La pregunta que se hace es si en el momento en el que el Banco Santander tiene las acciones del Popular y se cuestiona la fusión, siendo advertido por su asesoría jurídica sobre el riesgo que concurre de las consecuencias penales que puede conllevar la operación, como abogado ¿le habría aconsejado la fusión o no?

Por otra parte, continúa, considera que el párrafo segundo del art. 130.2 CP tiene sentido. Como en la persona física, la muerte tiene consecuencias de extinción pero no la falsificación de la muerte de aquella. La pregunta es si fuera de los supuestos fraudulentos tiene sentido ese apartado. En su opinión, el traslado proporcional de la responsabilidad tiene problemas de constitucionalidad porque la fusión es precisamente una mezcla de identidades sin distinción en la nueva entidad. Incluso en los supuestos de extinción se generarían dudas. Intuye –dice- que el párrafo primero es inconstitucional salvo que se pueda reconducir al segundo. La Audiencia Nacional debería elevar – en su opinión- la cuestión de inconstitucional al primer párrafo, eliminándolo finalmente, aunque seguramente esto sería peor para el Banco Santander. Al respecto, realiza la consideración de que la pena de banquillo para las personas jurídicas es especialmente grave. En definitiva, para terminar, manifiesta su alegría por el auto de la Audiencia Nacional pero resulta, desde su punto de vista, insuficiente.

El moderador le da la palabra al Prof. Dr. Enrique Luzón Campos. El ponente agradece la intervención y las preguntas de Dña. Pantaleón Díaz. Respondiendo a la primera pregunta, contesta que como abogado considera que en cuanto se vean posibles problemas, se debe advertir y señalar la necesidad de tenerlo en cuenta por parte de los órganos encargados de la toma de decisiones. En relación con compras de activos, sin embargo, indica que se suele ser más permisivo. Cree que la mayor parte de despachos de los bancos consultados seguramente dijeron que no a la fusión con el Banco Popular, aceptando sólo el Banco Santander. De ahí su opinión, -continúa- de que esta interpretación de la traslación de la responsabilidad penal sea perniciosa y limitante. Respecto a la segunda cuestión, sobre el párrafo primero del art. 130.2 CP, coincide con la con la reflexión realizada por Dña. Pantaleón Díaz. Ahora bien, considera que es muy difícil hacer que ambos párrafos sean coherentes. Dice que entiende a los partidarios de estos tipos de sanciones penales que defienden la traslación de responsabilidad penal a la nueva persona jurídica que se sigue beneficiando de las actividades ilegales de una de las fusionadas. Sin embargo, indica, aquellas fusiones que se hagan de buena fe, sin fines fraudulentos para eludir precisamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no deberían ser sancionadas conforme al CP. Respecto a la cuestión de inconstitucionalidad se muestra de acuerdo con la reflexión, pero si el Tribunal Supremo diese pautas correctas de interpretación posiblemente, señala, no fuese necesaria esa cuestión. Por último, en relación con el tema de la pena de banquillo, en su opinión, este caso ha roto un mito, porque al Banco Santander la noticia de su imputación no le ha afectado en nada, es decir, siendo una empresa cotizada no se vio afectada en bolsa.

El moderador da la palabra a la Prof. Dra. Laura Pozuelo Pérez, quien comienza felicitando al ponente por la exposición que, puntualiza, ha sido muy clara. Considera insatisfactoria cualquier solución al caso. La idea principal para dar una respuesta al problema es que depende del tipo de pena que se le atribuya. Así, si es una multa tendría menos problemas que con cualquier otra. Se podría hacer antes de la fusión, y similar a los demás costes de la absorción. En el ámbito penal las sanciones similares a las administrativas no tendrían problema. Sí, continúa, aquellas sanciones que tienen otra naturaleza, como disolución, cierre de actividades o prohibición de contratar con la Administración Pública. En relación con estas, se pregunta si cabría alguna forma de modificación o transformación en otro tipo de penas. Es decir, para no tener esta sanción, una modalidad alternativa de pena.

El moderador agradece las preguntas y da la palabra al ponente. El Prof. D. Luzón Campos agradece, en primer lugar, las preguntas. A continuación indica que, en su opinión, en algunos casos es constitucionalmente aceptable y hay razones políticocriminales para no dejar impunes determinadas conductas de personas jurídicas. Dicho esto, el ponente –contestando a la pregunta- está en desacuerdo con que la aplicación de penas de multa resuelva el problema aquí planteado. Así, en responsabilidad administrativa y responsabilidad civil derivada de delito, deben ser asumidas por la sociedad nueva o absorbente, no hay duda. Pero no así con las penas: consecuencias reputacionales, antecedentes penales, que a su vez tienen otras consecuencias, como perder la licencia bancaria en terceros países. Advierte el ponente que no se trata de una mera sanción económica aunque sea una pena de multa. De modo que, termina, el principio de proporcionalidad debe tener en cuenta todos estos aspectos. El moderador otorga la palabra al Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá. El Prof. Dr. Cancio Meliá, animado por lo que señaló la Prof. Dra. Pozuelo Pérez, señala que se permite hacer de *advocatus diaboli* para plantear algunas reflexiones. El punto de partida del ponente es considerar que la actual regulación en materia de personas jurídicas es un desastre. Coincide con el ponente en que hay que tratar de arreglar el Derecho positivo en este punto. Completaría, sigue diciendo, la intervención de la Prof. Dra. Pozuelo señalando que no se debe tomar como referencia el caso del Banco Santander-Popular. Se muestra crítico con la visión generalizada de que el Banco Santander ha venido a rescatarnos a todos, y así, advierte, hay que tener en cuenta otra visión, y analizar la evolución del Banco Santander desde los años ochenta para obtener la posición en la que se encuentra actualmente. Una segunda cuestión complementaria es que no existe símil a la fusión (de empresas) en la vida de seres humanos. El Prof. Dr. Cancio indica que la fusión es de dos identidades, de su la red, de sus depósitos, de la posición de mercado de cada uno de ellos y, a la ciudadanía –continúa diciendo- se le ha vendido como favor dicha adquisición bancaria. En consecuencia –advierte el ponente- dichas entidades deben asumir las consecuencias, es decir, debe asumirse la compra de una estructura criminal. En su opinión, es una mezcla de ADN empresariales, por lo que le parece lógico lo que se establece en el art. 130.1 CP. Por el contrario, le parece ilógica la posición de la Audiencia Nacional al respecto, al comenzar a hacer interpretaciones cuando no es habitual que así se haga y se pregunta si no tiene nada que ver que sea el Banco Santander.

El moderador da la palabra al Prof. D. Luzón Campos para que proceda a contestar las preguntas planteadas. El ponente agradece la intervención del Prof. Dr. Cancio. Comienza contestando que en relación con la reflexión que hace el Prof. Dr. Cancio sobre la trayectoria del Banco Santander, no se deberían valorar hechos actuales en función de la “vida” de la entidad o de la mayor o menor querencia por una o por otra entidad. Siguiendo con esta línea argumental, indica que ha tomado el caso del Banco Santander, pero se podría pensar en otro caso. Así, indica que se podría tomar como referencia una empresa modélica que adquiere una sociedad, pero los abogados le dicen que técnicamente lo mejor es la fusión y se encuentran con que la absorbida es una empresa con antecedentes penales. En este caso, en opinión del ponente, la empresa que absorbe no tiene por qué asumir las consecuencias penales derivadas de las acciones previas de la absorbida. En opinión del ponente, es necesario ir caso a caso, pero por principio no se puede exigir responsabilidad penal a una empresa por actos que no tienen que ver con ella, que han sido actos del pasado.

El moderador da la palabra al Prof. D. José Manuel García Sobrado, que comienza indicando que coincide con el Prof. Dr. Cancio. El Prof. D. García Sobrado se pregunta si las altas capacidades de las empresas referidas por el ponente no habría que tenerlas en cuenta. En un caso en el que mismo actúa como abogado ante la Audiencia Provincial de Ourense –relata- ésta le pide a la empresa Bayern que le dé la relación de sustancias de un determinado producto y no se las llega a dar. Estas empresas, dice, conocen cómo funcionan las cosas y tienen medios para saberlo. En su opinión, este auto de la Audiencia Nacional aplica una vez más la doctrina Botín, cuando debería asumir la redacción del art. 130 CP.

El Prof. D. Luzón Campos agradece las preguntas y señala que los ejemplos apuntados por el Prof. D. García Sobrado son supuestos de continuidad delictiva por parte de la sociedad mercantil mientras que él se está refiriendo a supuestos en los que no se da tal continuidad.

El Prof. Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar toma la palabra para señalar que todas estas dudas sobre el art. 130 CP y su posible inconstitucionalidad se hacen partiendo de un modelo de responsabilidad personal, pero –en su opinión- desde el modelo de heteroresponsabilidad esto decae. A su modo de ver, el CP no se ha decantado por un modelo u otro claramente. El CP no habla de delitos corporativos. Frente al hecho del art. 71 de la Ley de contratos del sector público, que tiene consecuencias graves para aquellos casos de empresas con antecedentes penales, habría que señalar que

precisamente antes de modificar el CP a lo mejor sería necesario modificar esta Ley sectorial.

El moderador cede la palabra al ponente que agradece muchas las reflexiones. En relación con el cambio legislativo considera que hay un problema en determinada normativa extrapenal que no tiene en cuenta realmente las consecuencias, y, por lo tanto, debería ser modificada. Ahora bien, el ponente refiere seguir viendo casos en los que la aplicación de la pena no tiene una razón políticocriminal clara ni responde a los fines constitucionales de aplicación de las penas.

El moderador da la palabra, para que cierre el debate, al Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña. El Prof. Dr. Luzón Peña señala que lo que revela la ponencia es que en este mundo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es todo un dislate, porque el CP español ha optado por el modelo anglosajón de la heteroresponsabilidad, lo cual para el sistema de penas español es claramente inconstitucional pues se basa en responsabilidad por el hecho propio. El Prof. Dr. Luzón Peña señala que el CP deja claro que la persona jurídica responde por los hechos cometidos por los administradores o por determinadas personas físicas. Sin embargo –indica– el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, al considerar que éstas son penas, insisten en buscar autorresponsabilidad de la persona jurídica. Considera que lo que se ha creado es un modelo de responsabilidad por incumplimiento de medidas de diligencia a personas jurídicas que por imprudencia o dolo eventual omiten vigilar a sus empleados, incorporando por la puerta de atrás un sistema de *numerus apertus* y además no por hechos comisivos si no por conductas omisivas consistentes en no vigilar a sus empleados. Valora muy positivamente los esfuerzos bienintencionados del Prof. D. Luzón Campos y de la sentencia de la Audiencia Nacional de buscar, para justificar la aplicación de las disposiciones del CP, un incumplimiento de la debida diligencia. Pero, advierte, ahora ya no se limita al incumplimiento de gestionar diligentemente la empresa para que los empleados no cometan, dentro de la estructura, delitos, ahora es la falta de diligencia a la hora de adquirir empresas. El Prof. Dr. Luzón Peña señala que el ponente tiene toda la razón cuando dice que si los abogados aconsejan que en lugar de una absorción simplemente se compren activos, pues esa operación no generaría responsabilidad y se pregunta qué pasaría en las empresas que no tienen personalidad jurídica, y en aquellas en las que el Estado no quiere fomentar la cultura para impedir delito, acaso, se pregunta, no habría responsabilidad penal.

El Prof. Dr. Luzón Peña considera que si lo que se ha cometido a través de la persona jurídica es un delito, culposo, imprudente, omisivo, pero delito, entonces los directivos que han colaborado en esa toma de decisión omisiva serían cooperadores necesarios e incluso coautores -dominio funcional tendrían-, es decir, serían también responsables penalmente, de modo que iríamos ampliando cada vez más por esta vía la responsabilidad penal. El Prof. Dr. Luzón Peña indica que para los anglosajones no hay incoherencia porque no les interesa el principio de responsabilidad personal, tienen un modelo de responsabilidad objetiva. En definitiva, termina diciendo que los esfuerzos del ponente son bienintencionados, pero las contradicciones del sistema, indica, cree que son insalvables.