

## Enrique Luzón Campos

Abogado, Gómez-Acebo & Pombo (Abogados), Madrid. Master en Derecho y Empresa. Prof. de Derecho Penal. Master de Acceso a la Abogacía, Univ. Autónoma de Madrid. Socio y anterior Secretario de la FICP.

### ~Consideraciones a la traslación de responsabilidad penal de personas jurídicas en casos de absorción~

I. No hace mucho, ha causado sorpresa la noticia acerca de la decisión del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de la Audiencia Nacional de dirigir el procedimiento penal en la llamada causa del Banco Popular, contra el Banco Santander en su condición de entidad que absorbió por fusión al Banco Popular.

Más allá de que el banco ya anunciado la intención de impugnar tal decisión a través de sus letrados, por lo que la misma deberá ser revisada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y que la noticia ha generado cierta estupefacción en algunos sectores, lo cierto es que en el entorno de la doctrina y práctica jurídico-penal se viene advirtiendo desde hace años del riesgo asociado a la traslación de responsabilidades penales como consecuencia de las compras o fusiones de entidades mercantiles.

Lo novedoso de la situación procesal es que el Banco Santander se ve llamado a un procedimiento penal, no solamente como potencial responsable civil —que ya lo era—, sino como investigado por hechos en los que la entidad no tuvo absolutamente nada que ver. Lo cual, evidentemente, genera un problema jurídico y puede causar extrañeza, dado que en nuestro sistema jurídico-penal siempre ha regido el principio de responsabilidad personal o por los actos propios, que impide o proscribía que a nadie le pueda ser atribuida responsabilidad penal (distinto es el caso de la civil) por actos completamente ajenos o en los que no ha tenido intervención activa u omisiva.

La raíz del problema que ha surgido se encuentra en la interpretación del contenido del artículo 130.2 del CP, que dispone:

*«La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el*

*traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.»*

Así, por tanto, la literalidad de la ley indica, tal como ha interpretado el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción n.º 4, que la responsabilidad penal de una persona jurídica en caso de fusión se traslada automáticamente a la entidad en que quede fusionada o absorbida. Desde este punto de vista, la interpretación del precepto plasmada en la decisión del Juez puede considerarse conforme a Derecho. Ahora bien, que una interpretación de la norma pueda resultar razonable conforme al texto de la ley, no significa necesariamente que sea la más adecuada desde la perspectiva de los fines constitucionalmente válidos del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado e, incluso, desde un punto de vista de justicia material. Y no está de más recordar a este respecto, que el artículo 1 de la Constitución Española proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico «la justicia».

**II.** Para que se comprenda de forma simple la cuestión de política criminal o de fondo subyacente debe tenerse en cuenta lo siguiente:

El apartado 2 del citado art. 130 CP parece pensado para evitar determinadas *lagunas de impunidad* que no serían deseables en el régimen de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos que cometen sus administradores o empleados en el ámbito de su actividad (en el mismo artículo, siguiente párrafo, se habla de la ineficacia de las disoluciones meramente aparentes o fraudulentas de sociedades hechas para evitar la responsabilidad penal). Tal finalidad, evitar que queden sin ningún tipo de sanción penal situaciones delictivas por el hecho de que se produzca un cambio en la vida jurídica de una sociedad mercantil puede, en efecto, resultar legítima y lógica desde la perspectiva de los fines del Derecho Penal en algunos casos.

Por ejemplo: Imaginemos una empresa de 3 o 4 socios que son, además, los administradores, que consigue numerosos contratos con Ayuntamientos a través del pago sistemático de sobornos. Dicha empresa alcanza un determinado valor en el mercado (50 Millones) por su volumen de negocio y en ese momento una segunda empresa más grande (valorada en 100 Millones) entra en negociaciones con los accionistas y gestores de la primera, alcanzan un acuerdo y se produce una fusión por la que la primera sociedad «delincuente» se ve absorbida y se integra en la segunda

sociedad. Como consecuencia del acuerdo de fusión, los administradores de la primera se integran en el nuevo consejo de administración, reciben acciones proporcionalmente al acuerdo alcanzado, reciben dividendos, ejercen sus derechos políticos, etc... y la sociedad resultante de la fusión, como es obvio, sigue explotando los contratos conseguidos ilícitamente y obteniendo beneficios de los mismos. Incluso, la experiencia obtenida a través de dichos contratos, permite a la empresa obtener mejores puntuaciones en nuevos concursos de contratación pública.

En una situación así —dada la fundamentación y finalidad punitiva de la responsabilidad penal de personas jurídicas— sí resulta razonable que la responsabilidad penal (además de a los administradores anteriores a título individual) se traslade en cierta proporción a la sociedad resultado de la absorción, que ha integrado en su personalidad jurídica a la «sociedad delinciente» y a sus socios y administradores, sociedad que se ha visto directamente beneficiada en su volumen, posición de mercado y cuenta de resultados por los contratos obtenidos irregularmente por la «empresa delinciente» que, podríamos decir, supone o constituye una tercera parte de su persona.

En un caso como el descrito, resulta muy difícil separar la parte del todo (de la personalidad jurídica de la empresa), y parece razonable el reproche de la sanción penal a la persona jurídica por los cohechos cometidos antes de la fusión, pues de lo contrario se generaría una situación de impunidad. En este supuesto la imposición de una pena (que puede ser moderada, como veremos seguidamente) cumpliría con los principios y finalidades generales: retributivas —castigar al culpable—, de prevención general —lanzar el mensaje a la sociedad de que comportamientos así conllevan una sanción penal— e incluso de prevención especial —hacia la propia empresa, que es previsible que a futuro modifique sustancialmente su comportamiento y composición del órgano de gobierno expulsando a los administradores autores de los cohechos—.

**III.** Por el contrario, existirán casos, como —aparentemente— el del Banco Santander, en los que claramente y *a priori* se aprecie una absoluta desconexión entre el comportamiento de la empresa que resulta como consecuencia de una fusión por absorción y de los administradores de ésta, y el delito cometido en la fase previa a la fusión. Casos en los que los anteriores administradores se desvinculan totalmente, cambia por completo la estructura y sistema de toma de decisiones imponiéndose la estructura de la adquirente, se adoptan medidas y programas de cumplimiento

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Alcalá, 2019.**

normativo y prevención de delitos que ya tenía la sociedad absorbente, e incluso, como en el caso del Banco Santander, la compra o fusión se produce tras la intervención de la entidad en la que se habrían producido los posibles delitos que se investigan, a través de un procedimiento coordinado y tutelado por los poderes públicos con la finalidad de evitar un problema sistémico.

En dichos casos cabe preguntarse si, por más que se haya optado por realizar la operación a través de una de las figuras jurídicas descritas en el art. 130.2 CP, tiene sentido jurídico la traslación de la responsabilidad penal prevista por el Código.

En casos así, difícilmente puede sostenerse que concurra un fin constitucional y legítimo para realizar un reproche penal e imponer una pena en atención a las siguientes circunstancias:

**1.** No existe necesidad de prevención especial: por mucho que la personalidad jurídica haya sido formalmente absorbida, lo cierto es que la nueva empresa no es la anterior, no tiene una cultura de perpetración de delitos, sus administradores nada tienen que ver con los anteriores, e incluso pueden tener un programa de prevención de delitos eficaz que ya se ha extendido e implementado a los empleados y departamentos procedentes de la otra empresa.

**2.** Tampoco hay necesidad de prevención general, pues no parece que haya mensaje preventivo alguno que mandar a la sociedad en su conjunto, pues de casos como los descritos, si se impone una pena, lo único que se puede interpretar es que si se tiene la mala suerte de comprar o absorber una empresa cuyos administradores —que ya no tienen nada que ver con la empresa— delinquieron, te pueden condenar.

**3.** ¿A quién se retribuye, se pena, por el delito? ¿A la sociedad «delincuente», que en puridad ya no existe? ¿O más bien se está cargando con una culpabilidad penal a un tercero ajeno al delito —la sociedad adquirente—, por los actos de otros?

**IV.** Es cierto, por otra parte, que el Código Penal prevé que el Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena (es importante resaltarlo: el texto legal habla de la pena, no de la responsabilidad) en función de la proporción que la persona jurídica responsable originariamente, guarde con la persona jurídica finalmente condenada.

Y decimos condenada, porque al hablar de «pena» podría interpretarse que el legislador ha optado por un sistema por el cual la responsabilidad penal se traslada

íntegramente, si bien, los efectos o consecuencias jurídicas de tal responsabilidad pueden atemperarse o eliminarse en la sentencia.

De esta forma, al especificar el 130.1 CP que lo que se podrá moderar es la pena, una interpretación estricta *llevaría a afirmar que la persona jurídica tiene que afrontar todo el procedimiento penal*: ser investigada en la fase de instrucción, procesada, juzgada y condenada o sentenciada y en ese momento, en la sentencia, el Tribunal podrá establecer que, a pesar de tener que condenar a la persona jurídica que absorbió o se fusionó, le impone una pena menor, o ninguna pena, por considerar que tiene menor o ninguna proporción en la persona jurídica originalmente responsable.

A nadie se le escapará que el problema de esta interpretación o posible vía de atemperación de las consecuencias punitivas del proceso penal presenta varios defectos:

**1.** El primero, es que no evita los claros y evidentes perjuicios derivados de tener que soportar la condición de investigada, procesada y condenada antes de llegar al momento en que quepa la atenuación de pena prevista por el Código.

El daño reputacional que se puede causar a una entidad por el simple hecho de estar investigada es enorme (en entidades cotizadas podría afectar directamente a su valoración en el mercado). O piénsese en casos menos conocidos para la opinión pública que el caso del Banco Santander —en el que el público en general o el mercado puede tener una razonable idea de la completa falta de intervención del banco en los hechos presuntamente ilícitos que se investigan—. Habrá casos de personas jurídicas que puedan verse en una situación parecida, sin posibilidad de aclarar frente al mercado o la opinión pública que, en realidad, «no son ellos» los autores de los hechos, sino que afrontan un problema derivado de una empresa que compraron. No es exagerado argumentar que algunas empresas correrían el riesgo de desaparecer por pérdida de negocio antes de que llegue el momento de que se dicte sentencia por el Tribunal que corresponda.

**2.** No prevé de forma expresa una vía reglada de exclusión del traslado de la responsabilidad penal para que la persona jurídica pueda probar su absoluta falta de conexión con los hechos y, por tanto, verse exonerada de responsabilidad penal desde una fase temprana del procedimiento, sin necesidad de padecer la totalidad del proceso

penal —que puede durar años— o sin verse forzada a probar en juicio su nula o casi irrelevante proporción con la empresa originalmente responsable.

3. No modera ni prevé las consecuencias legales indirectas de una condena penal, aunque sea a una pena ínfima o simbólica. En este sentido, resultan especialmente alarmantes las consecuencias que el legislador parece no haber medido correctamente de la aplicación del art. 71 de la Ley de Contratos del Sector público, que prevé la prohibición de contratar con la Administración Pública para cualquier empresa que haya sido condenada penalmente por una serie de delitos, entre los que destacan los delitos de corrupción, blanqueo, o contra la Hacienda Pública.

Para ilustrar el tipo de situación desproporcionada y materialmente injusta que se puede producir, damos un nuevo ejemplo: Una gran multinacional dedicada a la obra pública decide comprar una pequeña constructora española muy especializada en cierta actividad y se opta por absorberla integrando empleados y medios técnicos. Sin embargo, los anteriores dueños y administradores perciben un precio por la venta y se desvinculan por completo de la empresa. Resulta que un tiempo después, se inicia una investigación penal contra la empresa pequeña, que representa menos de un 0,05% de la multinacional, porque los anteriores administradores defraudaron en el impuesto de sociedades unos años antes. En este supuesto, ¿tiene sentido jurídico, o es mínimamente proporcional que la empresa compradora sea condenada, aunque sea a una pena simbólica, y, por tanto, incurra en causa de prohibición para contratar con el Sector Público español? Una interpretación literal o estricta del art. 130.2 CP llevaría a esa consecuencia, que no es razonable, de forma casi inevitable.

V. Por todo ello, en primer lugar, resultaría *necesario un cambio legislativo* para introducir en el Código Penal una nueva redacción del artículo 130.2 que prevea de forma expresa la posibilidad de evitar la traslación de responsabilidad penal en casos de fusión o compra, cuando las circunstancias evidencien la falta de justificación de tal traslación atendidos elementos como: (i) la completa falta de conexión o identidad entre los administradores de las entidades antes y después de la fusión o compra; (ii) el cambio de la estructura de control o toma de decisiones; (iii) la implementación de sistemas de *Compliance* o de prevención de delitos que, como se ha apuntado, pudieran ya existir con carácter previo en la sociedad adquirente o absorbente ajena a la comisión de los delitos; (iv) cuando pueda advertirse que la proporción que guarda la sociedad

resultante con la empresa «delincuente» haga que la imposición de cualquier reproche penal resulte innecesario o desproporcionado.

**VI.** Pero con independencia de dicha reforma legislativa que sería deseable, **existen ya posibilidades de interpretación del contenido del art. 130.2 CP que permitirían la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica** y ello, además, sin necesidad de tener que llegar al momento de dictado de sentencia.

Sintéticamente, existen las siguientes vías interpretativas:

1. Una interpretación sistemática del art. 130.2 CP conforme a los principios generales del Derecho Penal permitiría excluir la traslación de la responsabilidad penal a la persona jurídica, especialmente, una interpretación integradora que tenga en cuenta el *principio de responsabilidad subjetiva* –que un sector sigue llamando principio de culpabilidad– plasmado en el art. 5 CP, que establece que «*no hay pena sin dolo o imprudencia*». La interpretación conforme a estos principios generales resulta imperativa para los Tribunales, tal como ha declarado la Sala Segunda del Tribunal Supremo al manifestar que «*cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal*» (STS 154/2016 de 29-2).

El principio de principio de responsabilidad subjetiva, básico en cualquier sistema jurídico-penal garantista y democrático, supone que incluso en aquellos casos en los que, aparentemente, se dan los elementos objetivos que describe el tipo penal, el ordenamiento jurídico no los sanciona ni castiga si no se aprecia un componente subjetivo de injusto (imprudencia o culpa) en el sujeto que realiza la conducta que puede tener encaje en el tipo penal.

Dejando completamente a un lado cuestiones dogmáticas acerca de la ubicación del elemento subjetivo en la teoría general del delito, y a pesar de las peculiaridades y dificultades de encajar en dicha teoría general la figura de la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cierto es que los principios de principio de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad personal o por los actos propios continúan plenamente vigentes en nuestro ordenamiento, no encontrando motivo jurídico o político-criminal alguno que justifique su no aplicación a la persona jurídica, de tal forma, que si en determinados casos, como se ha explicado más arriba, se dan circunstancias que evidencian la

completa falta de culpa o intervención por parte de la persona jurídica o de sus administradores en los hechos potencialmente ilícitos realizados con carácter previo a la fusión o compra, puede excluirse la traslación de la responsabilidad penal por falta de culpa.

Todo ello reforzado, además, por la interpretación ya explicada acerca de que en esos supuestos la imposición de un reproche penal a través de una condena o de una pena (por muy escasa que pudiera ser) resulta contraria a los principios constitucionales y legítimos en relación con los fines de la imposición de penas.

2. Desde un punto de vista procesal la interpretación propuesta permitiría declarar la *ausencia de responsabilidad penal ya en fase de instrucción del procedimiento* sin necesidad de esperar a la sentencia, ya que la jurisprudencia, incluida la del Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha cambiado la tradicional interpretación acerca de que la valoración sobre la concurrencia o no del elemento subjetivo estaba reservada para la fase de juicio oral —y, por tanto, vedada su valoración por el órgano de instrucción—. La jurisprudencia (entre otras STS 474/2013, de 24-5 o 785/2014, de 25-11) ha declarado que el elemento subjetivo del delito tiene una naturaleza fáctica, lo que, entre otras consecuencias, ha llevado a admitir —siquiera sea de una forma restrictiva— la posibilidad de su valoración por el Juez de Instrucción y, por tanto, se admite la posibilidad de acordar el sobreseimiento y archivo de un proceso penal contra una persona sin necesidad de celebrar juicio, cuando ya en la fase de instrucción pueda apreciarse de forma absolutamente clara la no concurrencia de dolo (o imprudencia en los delitos que expresamente la prevén) en la conducta del sujeto.

Nótese, como argumento adicional, que el art. 5 CP habla de «pena» (*no hay pena sin dolo o imprudencia.*), al igual que el art. 130.2 CP establece que «*El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena*». Pues bien, el término empleado coincide y con la mencionada jurisprudencia sobre el carácter fáctico del elemento subjetivo del delito ya no puede sostenerse que el art. 5 equivalga a un mandato de que, en todo caso, se investigue, procese y juzgue a la persona para en sentencia excluir la imposición de una pena. Al contrario, como se ha dicho, existe una consolidada doctrina jurisprudencial que permite sostener que en aquellos casos en los que aparezca meridianamente clara la ausencia del elemento subjetivo, el procedimiento penal deberá ser finalizado sin



necesidad de continuar con la tramitación de ulteriores fases procesales, por lo que extendiendo dicha interpretación a la expresión «moderar la pena» del art. 130.2 CP, puede concluirse que, igualmente, cuando de forma clara pueda excluirse la culpa de una persona jurídica ya en fase de instrucción, podrá acordarse la no procedencia de trasladar la responsabilidad penal a la misma sin necesidad de esperar a la sentencia.

3. Por fin, merece una especial mención el *régimen de exención de responsabilidad penal* de la persona jurídica establecida en el art. 31 bis.2 CP a través de la implantación y ejecución de modelos de organización y gestión que prevengan la comisión de delitos —los comúnmente denominados programas de cumplimiento o *Compliance programmes*—.

La Ley ha establecido una fórmula de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de la implementación de estos modelos organizativos, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reconociendo como fundamentales en la creación de una cultura de cumplimiento en la persona jurídica que permite excluir su responsabilidad penal, incluso en casos en los que se produzcan delitos en su seno. Se trata, por tanto, de sancionar penalmente a aquellas empresas que por falta de control o supervisión crean una cultura o ambiente que puede favorecer, o no impedir adecuadamente, la comisión de delitos, reconociendo el Tribunal Supremo que, por el contrario, no procede sancionar penalmente a aquellas empresas que crean una verdadera y eficaz cultura de cumplimiento en su seno.

En este sentido, el Tribunal Supremo considera que resulta necesario que los órganos jurisdiccionales realicen un «*análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran.*» (STS 154/2016, de 29-2). De tal manera que en aquellos casos en los que se acredita la existencia de esa cultura de respeto al Derecho —entre otros elementos, a través de estos modelos de organización— procede reconocer la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Trasladando estas consideraciones al concreto ámbito de las fusiones o compras, en casos como el del Banco Popular / Banco Santander, lo que debería valorar o analizar el Juez o Tribunal penal para decidir si procede atribuir responsabilidad penal o

excluirla conforme a la existencia o no de esa «cultura de respeto al Derecho» a la que alude la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es el modelo de organización y prevención de delitos, así como el estado real de dicha «cultura de respeto al Derecho» en la empresa resultante tras la compra o la fusión —y no en la empresa en la que se cometieron los hechos ilícitos—. Ya que si sucede que la empresa en cuyo seno se cometieron los delitos, se ha integrado en una nueva estructura que ha impuesto unos sistemas adecuados para garantizar el cumplimiento de la legalidad y evitar la comisión de delitos (que, además, en muchos casos ya estarían establecidos antes de la fusión en la sociedad absorbente o adquirente), nuevamente, no parece adecuado, razonable, ni jurídicamente compatible con los principios inspiradores del ordenamiento jurídico-penal, que se prive a la sociedad que tiene establecida una cultura de cumplimiento, respeto al ordenamiento y prevención de delitos, del efecto eximente de sus modelos y programas de *compliance*, por el mero hecho de haber absorbido una empresa en cuyo seno los anteriores administradores no cumplieron o no establecieron dicha cultura de cumplimiento.

En conclusión, reconociendo que se trata de una cuestión jurídica que no resulta sencilla (como viene sucediendo con la mayoría de las cuestiones interpretativas en torno a la aplicación de la teoría general del delito a la responsabilidad penal de personas jurídicas), existen suficientes razones y argumentos jurídicos, que además de hacer recomendable una reforma legislativa como la apuntada, permitirían en este momento, una interpretación por parte de los Tribunales del art. 130.2 CP que evite una traslación «ciega» o automática de la responsabilidad penal en casos de fusiones o adquisiciones de sociedades mercantiles, generando situaciones que, además de poco compatibles con los principios generales de nuestro ordenamiento, resultan manifiestamente injustas.