

Compliance Advisory LAB

Investigación sobre *Compliance*, *Forensic* y R.P.P.J. de Grant Thornton

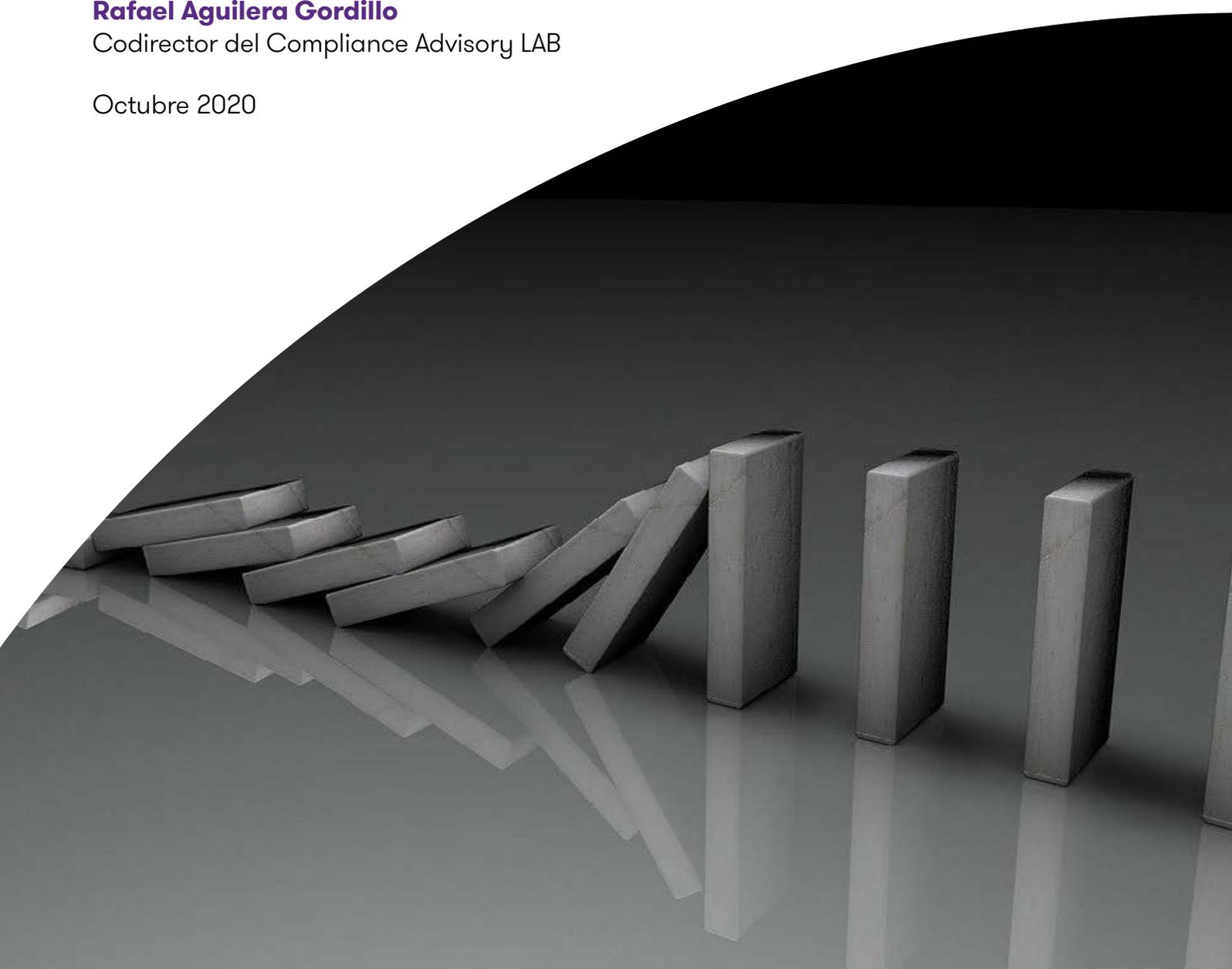
REPORT 1

El «traslado» de responsabilidad penal entre empresas: Soporte socio-legal del artículo 130.2 C.P., identidad y *due diligence* penal

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del Compliance Advisory LAB

Octubre 2020



REPORT 1:

El «traslado» de responsabilidad penal entre empresas: Soporte socio-legal del artículo 130.2 C.P., identidad y *due diligence* penal

¿En qué circunstancias la empresa «resultante» de una operación de fusión, absorción, extinción o transformación puede resultar penalmente condenada por la previa comisión de un delito que protagonizó un directivo o trabajador de otra empresa? ¿Por qué puede operar ese «traslado» de responsabilidad penal entre unas empresas que carecían de una previa vinculación jurídica? ¿A qué problemática nos enfrentamos? ¿Qué metodología se utiliza? ¿Qué papel está llamada a desempeñar la *due diligence* penal?

Son muchos los interrogantes que ha suscitado la previsión recogida en el apartado 2 del art. 130 del Código Penal¹, donde se determina que, en principio, 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».

La **inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo**, la **exigua casuística** que, por el momento, ha llegado a los tribunales (la efímera imputación del Santander y desimputación mediante Auto núm. 246/2019 de 30 de abril de la Sala de lo Penal Sec. 4ª de la Audiencia Nacional; la determinación, por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional de la procedencia de no imputar a Caixabank mediante de Auto de fecha 13 de octubre de 2015 y algún otro caso puntual) y la **ausencia de una metodología** -de base científica- que contribuya a dilucidar cuándo procede el traslado de responsabilidad, **son factores que no han contribuido a definir las líneas maestras de un asunto que, sin duda, tiene una importancia extraordinaria para las empresas**. En el presente report se señalarán algunos de los aspectos que pueden resultar determinantes para poder afrontar los retos asociados al traslado de responsabilidad penal entre empresas y que, en esencia, pivotan sobre tres elementos:

1 Art. 130.2 C.P.: «2. 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.»

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.»

- 1°. El soporte socio-legal de la propia responsabilidad penal corporativa y su relación con la garantía de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas;
- 2°. la necesidad de establecer ciertos criterios que permitan conformar una metodología que coadyuve en el análisis de la procedencia del «traslado» de responsabilidad penal entre empresas ex art. 130.2 C.P. y
- 3°. los posibles efectos y contenido de la *due diligence* penal.

El necesario punto de partida es el concerniente al propio fundamento socio-legal sobre el que se erige la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Prefijar y conocer los elementos esenciales que sustentan la imposición de una pena a la empresa permite, a su vez, aclarar cuándo procede el «traslado» de ese reproche penal a otra empresa. Resulta sobradamente conocido que en nuestro ordenamiento jurídico proscribire la responsabilidad penal objetiva (entre otras, SSTC núm. 283/2006, de 9 de octubre o SSTC núm. 59/2008, de 14 de mayo), por lo que no resulta posible que opere un traslado automático de responsabilidad penal entre personas jurídicas, aunque sean parte en las operaciones de fusión, absorción, etc.². Por tanto, debe existir una clara concordancia entre la identidad o sustrato de la persona jurídica «originaria» (en la cual se posibilitó y desarrolló el comportamiento delictivo) y la del ente «resultante»³.

Dicho de otro modo, aquel supuesto en el cual se ha evidenciado que: a) un directivo o empleado de una empresa «originaria» ha protagonizado un comportamiento delictivo contemplado en el *numerus clausus* de delitos para los que se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas; b) concurren los

presupuestos del apartado 1 del art. 31 bis C.P. (letra a o b, según sea directivo o subordinado) y c) en dicha empresa no se había ejecutado con eficacia un programa de prevención de delitos idóneo para prevenir delitos de la misma naturaleza o reducir el riesgo de su comisión; no debe generar, *per se*, un traslado automático de responsabilidad penal a otra empresa «resultante» de una operación de fusión, absorción, escisión, etc. -donde haya formado parte la empresa «originaria»-. Pueden ser tres claras premisas, pero tiene que poder apreciarse la subsistencia de identidad de aquella empresa en cuyo ámbito se cometió el delito.

De no existir esa coincidencia de identidad entre ambas personas jurídicas («originaria» y «resultante»), no debería considerarse procedente el traslado de responsabilidad. Se trata de apreciar -por encima de aspectos meramente formales- que la esencia de la empresa en cuyo seno se cometió el delito persiste en la persona jurídica «resultante», independientemente de las modificaciones societarias que se hayan producido. En este sentido, la Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, afirmaba lo siguiente sobre el apartado 2 del art. 130 C.P.:

«De la simple lectura del precepto se desprende que en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión»⁴.

²Cuestión expuesta, por ejemplo, en el Fº Dº Segundoº del Auto nº 246/2019 de 30 de abril emitido por sección 4ª de la Audiencia Nacional, denominado «Principio de culpabilidad y de personalidad de las penas en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos genéricos.»

³Por supuesto, la denominación de persona jurídica o empresa «originaria» y «resultante» se realiza a efectos meramente expositivos para diferenciar aquel ente con personalidad jurídica donde originariamente se cometió el delito de aquel objeto de

análisis en el que no se ha cometido y sobre el que se dilucida la procedencia del traslado de responsabilidad penal. Resulta evidente que, en algunas de estas operaciones, no surge una nueva entidad mercantil, por ejemplo, en una absorción o en una fusión.

⁴ El subrayado es mío. Epígrafe I.3) Régimen de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de transformación, fusión, absorción o escisión, p. 9.

En consecuencia, señalar los aspectos que sustentan el reproche penal a la empresa sirve para esclarecer cuándo debe operar el traslado de responsabilidad penal de la persona jurídica ex art. 130.2 C.P., ya que **la identidad donde se conformó la «realidad criminógena»⁵ que posibilitó el delito, debería permanecer en la empresa «resultante»** para que esta última puede ser penalmente condenada. En caso contrario, además de estar aplicándose una responsabilidad penal de carácter objetivo, se estarían **vulnerando claramente los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas**. Por esa misma razón, en la última parte del presente report se destacará la procedencia de comenzar a **incorporar en las due diligence penales un examen de esta concreta cuestión**.

En primer lugar, sobre el **soporte socio-legal de la responsabilidad penal corporativa, resulta notorio que no existe unanimidad**. Actualmente existen en España dos modelos enfrentados de fundamentación de la responsabilidad penal de las empresas **(autorresponsabilidad vs. heterorresponsabilidad) y una diversidad de posiciones eclécticas o divergentes⁶ de gran consistencia que, precisamente, vienen a dificultar la consecución de un enfoque común que posibilite acometer el traslado de responsabilidad penal entre empresas** desde la solidez de un corpus teórico sobre la responsabilidad penal corporativa, pacífico, científicamente validado y que venga acompañado de herramientas o métodos de análisis unívocos.

Por un lado, el modelo de **autorresponsabilidad** o responsabilidad penal de la persona jurídica sustenta el reproche penal en la noción estricta de defecto de organización. En estos momentos, el modelo de autorresponsabilidad se erige sobre las hipótesis de la teoría de sistemas; una teoría que considera a la **propia empresa como un ser autopoiético, con capacidad real para autoorganizarse y autodirigirse**. La persona jurídica, entendida como sistema autónomo, posee dominio sobre sí misma y los individuos son elementos diferenciados del sistema⁷ que carecen de relevancia en el análisis. Por consiguiente, bajo esa dinámica sistémica, la tipicidad objetiva radica en el defecto organizativo, la subjetiva se sustenta en el conocimiento del riesgo y la culpabilidad empresarial en una ausencia de cultura de cumplimiento de la propia empresa (que dimana de «igualar» la empresa a una persona física a través del equivalente funcional⁸). Se establece, por tanto, una **marcada separación entre unos supuestos proceso autodecisionarios de la empresa y los procesos de toma de decisiones de las personas físicas que componen la empresa**, independientemente de que estos individuos sean administradores, directores de área, gerentes, responsables de riesgo, directores de cumplimiento, operarios, etc.

⁵ AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 249.

⁶ Como posturas eclécticas, pueden destacarse, entre otras: - FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; «Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Ed. Ministerio de Justicia, Fiscalía General del Estado, Madrid, 2018; -DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», en *AAVV/MORILLAS CUEVA (Dir.); Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Ed. Dykinson, Madrid 2015); -AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020.

⁷ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-06, 2006, p. 05:1-05:27. El autor expone la marcada distinción entre individuos y sistema del modo siguiente: «La condición de miembro, por tanto, va a simbolizar la vinculación entre normas de la organización y normas de pertenencia –que no es otra que la vinculación entre las estructuras del sistema y los límites del sistema–. Así, pese a que continuamente los miembros de la organización vayan cambiando, la organización conserva su identidad».

⁸ Los más críticos a esa equivalencia funcional exponen que resulta artificioso y alejado de la realidad asimilar culpabilidad del individuo a la culpabilidad de la empresa mediante una operación tan sencilla. Se argumenta que puede ser fácil de asimilar a efectos expositivos, pero que carece de sustento real, no se sustenta en lo que realmente acontece en el interior de la empresa y no tiene base en ningún experimento o evidencia científica actual.

Esta distinción entre autoorganización de la empresa y los procesos de toma de decisiones de los individuos que la componen, junto con el hecho de focalizar el análisis sobre el primero (obviando que toda decisión organizativa, cualquier procedimiento, control, etc. deviene, en último término, de decisiones de las propias personas físicas) y el olvido de la propia relevancia de los individuos (p. ej.: administradores, directivos o *compliance officers* pueden resultar absolutamente determinantes para el logro del cumplimiento en una empresa o, paradójicamente, para todo lo contrario; extremos que se han podido evidenciar en casos célebres) ha originado que se le dediquen profundas objeciones a esta teoría. Algunas de las críticas a la teoría de sistemas son las siguientes: el propio precursor, LUHMANN, argumentó que, para extrapolar esta teoría desde el ámbito de la biología⁹, tuvo que reelaborar conceptos para simplificarlos¹⁰, de manera que pudiera resultar aplicable a cualquier tipo de organización (y ello con independencia de características tan relevantes en una organización como la finalidad, estructura, complejidad, etc.)¹¹. Asimismo, la teoría de sistemas, por su incierta validez científica y base ontológica, ha sido poco utilizada para analizar aquello que sucede en el seno de las organizaciones; de hecho, expertos como **SEIDL y MORMANN sostienen que esta teoría destaca por la escasa investigación empírica y por la ausencia de impacto en los estudios y experimentos** científicos serios en materia de análisis de las organizaciones¹².

Igualmente, cabe destacar que la noción de persona física como ser libre con capacidad de decisión, de acción penalmente relevante y de culpabilidad en sentido estricto (aspectos que sustentan la teoría general del delito) parece chocar con las hipótesis de las teorías de sistemas, donde se defiende que la propia organización detenta una auténtica capacidad autoorganizativa (extremo muy criticado por HABERMAS¹³). La debilidad de algunas de las premisas que fundamentan la autorresponsabilidad han sido especialmente subrayadas por la doctrina penal. FEIJOO afirma que «querer tratar una persona jurídica como una persona física convirtiendo el art. 31 bis en un delito autónomo no acaba de funcionar dogmáticamente»¹⁴. En idéntico sentido, autores como DEL MORAL y ROBLES PLANAS aseveran, respectivamente, lo siguiente:

«El “culpable” de esa acción delictiva será el empleado. También podrá decirse que el administrador encargado de vigilar a ese empleado incurrió en una conducta imprudente al no establecer las debidas medidas de control: ¿es eso culpa de la persona jurídica? Si se quiere, llámesele así: pero es culpa del administrador (o administradores)[...].»

⁹ Recurriendo a las nociones utilizadas por MATURANA Y VARELA para estudiar a los animales y ecosistemas; vid. MATURANA, H./VARELA, F.; *El árbol del conocimiento*, Ed. Universitaria de Santiago de Chile, Santiago de Chile, 1984 y MATURANA, H./VARELA, F.; *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo*. Santiago de Chile, 1994.

¹⁰ Vid. SEIDL, D./MORMANN, H.; «Niklas Luhmann as Organization Theorist», en *The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies*, vers. digital, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 1.

¹¹ Vid. LUHMANN, N.; *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo* [Tit. orig.: *Organisation und Entscheidung. Autopoiesis, handlung un kommunikative verständigung*, 1982], Anthropos Editorial, Barcelona, 2005.

¹² En el mismo sentido, es extraordinariamente simbólico que ninguna empresa o administración utilice las hipótesis y nociones de la teoría de sistemas para analizar o estudiar a la organizaciones; para comprender y analizar lo que sucede,

se recurre a teorías y metodologías de validez científica contrastada (modelización y modelos matemáticos de predicción, últimas teorías en el ámbito de la psicología social, behavioral economics, estudios sociológicos sobre cooperación, etc.). Para profundizar y analizar su utilidad en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vid. AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020.

¹³ Vid. HABERMAS, J.; «excurso sobre N. Luhmann», *El discurso filosófico de la modernidad*, Ed. Taurus, Madrid, 1989; Habermas, J.; *Teoría de la acción comunicativa* (vol. 2) *Crítica de la razón funcionalista*, Ed. Trotta, Madrid, 2010.

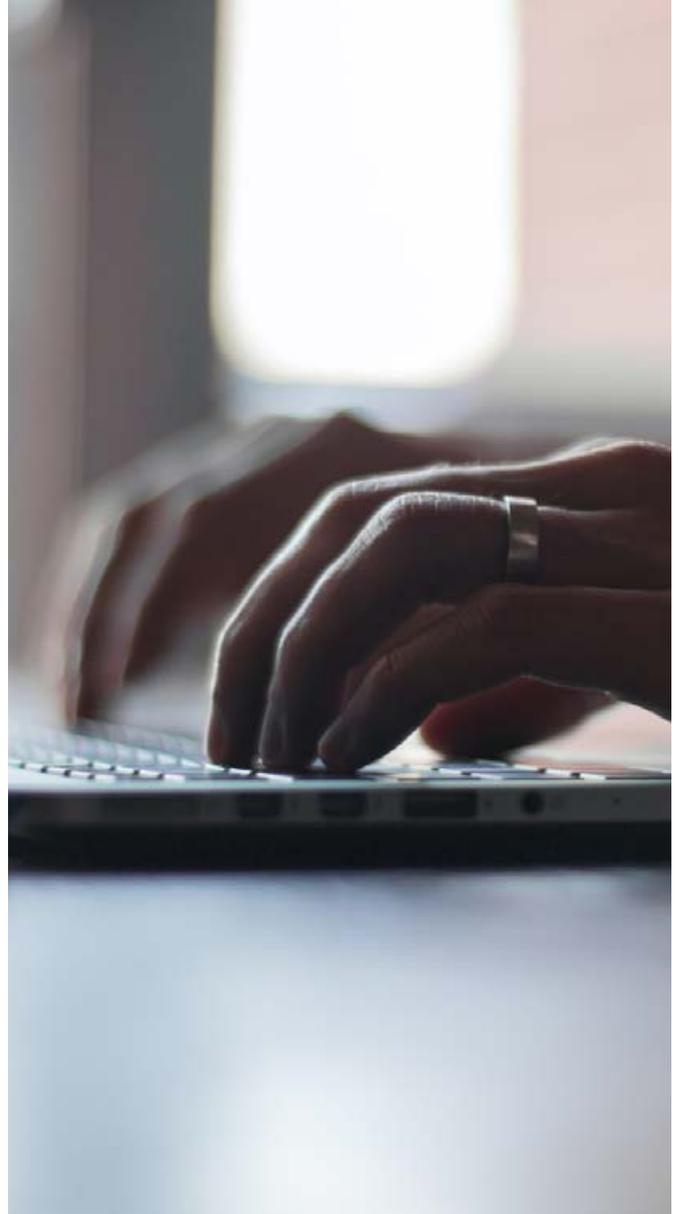
¹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; «Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Ed. Ministerio de Justicia, Fiscalía General del Estado, Madrid, 2018, pp. 149-180.

En último término toparemos siempre con una o varias personas físicas que han realizado acciones más o menos reprobables, bien intencionadamente, bien negligentemente. Será solo la conducta de una persona, o la confluencia de las conductas de varios o muchos vinculados a la empresa. Si queremos denominar a esa confluencia de conductas individuales culpables o a la de uno especialmente relevante «culpabilidad de la sociedad», de acuerdo; pero no nos engañemos diciéndonos que con eso queda a salvo el principio de culpabilidad tal y como se ha entendido siempre. Estaremos predicando de la persona jurídica, lo que ha sido la culpabilidad de una o varias personas físicas...»¹⁵

«...se afirma repetidamente que para evitar la imputación de hechos ajenos debe aislarse un hecho propio de la persona jurídica y que éste consiste en un «defecto organizativo». Sin embargo, este pretendido hecho propio simplemente no existe. Estamos, más bien, ante una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad: tras el falso velo de la «culpabilidad penal de la persona jurídica» se oculta también aquí la culpabilidad de la persona física.

En efecto, el hecho no es propio de la persona jurídica porque ella no puede actuar con independencia de las personas físicas, de manera que el «defecto organizativo» es únicamente imputable a las personas físicas que lo han provocado o podían haberlo evitado...»¹⁶

En síntesis, puede afirmarse que el modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas tiene como *hándicap* principal la escasa solidez ontológica de los postulados que la sustentan y la consecuente inexistencia de una aproximación metodológica que permita analizar de manera efectiva qué es lo que acaece en cada supuesto concreto. Ello supone un **obstáculo para enfrentarse a las importantes cuestiones o problemática que, en la práctica, pueden darse en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por supuesto, el traslado de responsabilidad penal entre empresas es un claro paradigma de este tipo de cuestiones.**



Por otro lado, frente al modelo de autorresponsabilidad, nos encontramos con el **modelo vicarial o de heteroresponsabilidad cuyo sustento radica en atribuir responsabilidad penal a la empresa por la propia conducta delictiva protagonizada por el directivo o empleado (persona física), pero ante la concurrencia de unos requisitos o presupuestos.** Estos requisitos son, precisamente, los que se concretan en las letras a) y b) del apartado 1 del art. 31 bis C.P. e impiden que pueda producirse un traslado automático de responsabilidad penal del individuo a la empresa, ya que la concurrencia de esos presupuestos genera que la empresa sea merecedora de un reproche de naturaleza penal. Bajo este enfoque se respeta la clásica concepción del individuo como único con capacidad para realizar un comportamiento penalmente relevante por ser libre y tener conciencia de sí mismo y del entorno.

¹⁵ DEL MORAL GARCÍA, A.; «A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal», en *Revista de jurisprudencia*, octubre, 2017.

¹⁶ ROBLES PLANAS, R.; «El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», en *Revista para el análisis del Derecho InDret 2/2009*, Barcelona, 2009, p. 5.

El modelo de heterorresponsabilidad parece respetar la mayoría de los postulados que sostiene la teoría general del delito y adecuarse mejor a lo que acontece realmente en el seno de las organizaciones. Y es que, todo procedimiento, medida, práctica, etc. que se adopta o ejecuta en una organización siempre deviene, en último lugar, de decisiones de una o varias personas físicas. No en vano, una parte predominante de la doctrina defiende este modelo. Así, entre el nutrido grupo de autores que pueden citarse se encuentran Palma Herrera¹⁷, Robles Planas¹⁸, Zugaldía Espinar¹⁹, Bacigalupo Sagesse²⁰, Fernández Teruelo²¹ o Gómez Martín²². En relación con cuál es el modelo que acoge nuestro Código Penal, Palma Herrera afirma lo siguiente²³:

«Entrando en la cuestión de la actual redacción del Código Penal, entiendo que el único concepto de acción que sigue constituyendo la base del propio concepto de delito es el de comportamiento humano controlado por la voluntad del sujeto y encuadrable en un tipo penal, algo que no lo hace predicable de la persona jurídica, que carecería, de este modo, de capacidad de actuación susceptible de desplegar efectos penales. Buena prueba de lo anterior es que, no habiendo cambiado la definición de delito del art. 10, el 31 bis 1) sigue señalando expresamente que las personas jurídicas serán penalmente responsables “a) De los delitos cometidos [...] por sus representantes legales

o por aquellos [...] b) De los delitos cometidos [...] por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior [...]”».

Por supuesto, una visión estricta del modelo vicarial también se enfrenta a importantes problemas, especialmente a aquel relativo al debido respeto del principio de culpabilidad. Y es que no parece fácil compatibilizar el respeto a este principio en la relación personas física/jurídica si el reproche penal deviene, directamente, de la conducta de una persona física. Además, se obvian elementos muy relevantes como, por ejemplo, las interacciones estratégicas que concurren en la organización y el papel que ejerce la influencia del grupo en los procesos de toma de decisiones de los individuos. Por ello, han surgido posiciones eclécticas intermedias próximas a ese modelo que pueden jugar un papel muy importante en el proceso de refinado y consolidación del modelo de responsabilidad penal corporativa .

En cualquier caso, en este escenario **la Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 1/2019, es tajante al afirmar que nuestro ordenamiento ha asumido un modelo de heterorresponsabilidad** penal de las personas jurídicas²⁵:

¹⁷ PALMA HERRERA, J.M.; «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de compliances», en Palma Herrera, J.M./ Aguilera Gordillo, R.; *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 23.

¹⁸ ROBLES PLANAS, R.; «El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», en *Revista para el análisis del Derecho InDret 2/2009*, Barcelona, 2009, p. 5.

¹⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», en *Cuadernos de Política Criminal n.º 81*, 2003, p. 543.

²⁰ BACIGALUPO SAGESSE, S.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, 2001.

²¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.; «Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: La doble vía de imputación (art. 31 bis 1. apartados a) y b) CP)», en AAVV/SUAREZ LÓPEZ; BARQUÍN SANZ; BENÍTEZ ORTUZAR; JIMÉNEZ DÍAZ; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (Dir.)

Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p. 243.

²² GÓMEZ MARTÍN, V.; «Penas para las personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo?», en Landa Gorostiza (Dir.) *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, p.276.

²³ PALMA HERRERA, J.M.; «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de compliances», op. cit.

²⁴ Para profundizar en estos aspectos, vid. AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020.

²⁵ Circular 1/2016 Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, pp. 4-5.

«Debe comenzarse avanzando que, pese a los significativos cambios estructurales y sustantivos, que se irán analizando a lo largo de esta Circular, el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente y que, como se decía en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, “en los dos párrafos del apartado 1 del art. 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial” mediante un sistema de numerus clausus que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el Libro II del Código Penal [...].

Antes de proseguir, vale la pena recordar los dos modelos fundamentales que permiten sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica. El primero atribuye la responsabilidad penal a la persona jurídica entendiendo que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva. Es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación [...]. El segundo modelo, más ambicioso pero de más difícil encaje en un Derecho Penal antropocéntrico, construye un sistema de imputación propio de la persona jurídica, con nuevos conceptos de acción, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc., de tal modo que es propiamente el ente colectivo el que comete el delito [...].

Pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y, el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica».



Frente a esta postura nos encontramos con las primeras resoluciones judiciales del Tribunal Supremo. **Por el momento, las sentencias emitidas por el alto tribunal han mostrado una adhesión al modelo de autorresponsabilidad.** No obstante, ello no supone que exista una toma de posición definitiva ni tampoco la asunción de los postulados de la teoría de sistemas, **se necesita tiempo y casuística para poder erigir y perfilar un modelo de responsabilidad que responda a los problemas que surgen en la práctica. Así se expone acertadamente en el Fundamento de Derecho Quinto de la STS núm. 221/2016 de 16 de marzo (ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez):**

«En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema».

Por lo tanto, nos situamos ante un panorama en el que no sólo no se ha clarificado de manera definitiva qué modelo de responsabilidad penal corporativa ha asumido nuestro ordenamiento jurídico-penal, sino que es muy probable que evolucione -y se perfeccione- durante los próximos años.



El devenir de ese proceso de definición del modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas debería de influir, directamente, en el proceso de examen del «traslado» de responsabilidad entre empresas. Es decir, dependiendo de si se ha asumido uno u otro modelo para atribuir reproche penal a la empresa «originaria», los criterios para analizar la procedencia del traslado entre esa propia empresa originaria y la resultante deben variar, pues de ese modo se garantiza la propia lógica y consistencia del modelo y, además, se asegura la compatibilidad con el principio de culpabilidad (entre empresa «originaria» y «resultante»). **Si una empresa «resultante» poco tiene que ver con una empresa «originaria» y no existen vestigios de ella, no cabe hablar de «identidad» o de subsistencia de esa realidad que posibilitó el delito. Por tanto, no podría imponerse un reproche penal a la empresa «resultante» sin vulnerar los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.**

De ese modo, la asimilación de un modelo de autorresponsabilidad de base sistémica tendría que conllevar una mayor focalización sobre la coincidencia de estructuras, procedimientos, prácticas, etc. en el examen acerca de la procedencia del traslado de responsabilidad entre empresas (pues los individuos que conforman las organizaciones se consideran permutables y carecen de relevancia en el análisis). Por el contrario, desde la óptica del modelo de heterorresponsabilidad, debería predominar el examen sobre si existe coincidencia en el componente personal asociado al comportamiento delictivo y si subsisten trazas del «hecho de conexión» que originó la responsabilidad penal de la empresa originaria. Por otra parte, si se asume una posición ecléctica, deberán atenderse los criterios especialmente subrayados por aquellas teorías que la sustenten.

Como se apuntaba, existen pocos casos abordados por los tribunales. No obstante, resulta muy oportuno traer a colación el **Auto nº 246/2019 de 30 de abril emitido por sección 4ª de la Audiencia Nacional.** Como es conocido, se trata de una resolución que deja sin efecto el llamamiento en calidad de investigado del Banco Santander (que se había producido mediante Auto de 15 de enero del JCI nº 4 de la Audiencia Nacional en el seno de una investigación seguida contra el Banco Popular y algunos de sus directivos). A continuación, se destacan algunos de los párrafos del citado Auto que resultan especialmente representativos:

Fº Dº QUINTO.-Exégesis del art. 130.2 Código Penal.

[...]

«Si a las **personas jurídicas les corresponden los mismos derechos y garantías que amparan a las personas físicas, la transferencia de responsabilidades, en términos objetivos, supone una clara vulneración del principio de culpabilidad** (STC 59/2008, de 14 de mayo).

El precepto, está pensando claramente, en la elusión de la responsabilidad penal a través de operaciones fraudulentas. Es decir, supuestos en los que la operación societaria, trata de encubrir o de eludir las responsabilidades penales civiles derivadas del delito de la empresa sucedida, en los que sea posible afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos pertinentes en la persona jurídica que responda en última instancia. **No se puede hacer responder por ello, a entidades que nada tienen que ver con los delitos cometidos por las sociedades fusionadas.** En la mayoría de las ocasiones, este tipo de modificaciones estructurales obedecerá a fines lícitos relacionados, con intereses económicos, oportunidades de mercado, u otros de cualquier tipo, ajenos al encubrimiento delictivo, ya que no cabe duda de que los primeros interesados en desprenderse de esa supuesta peligrosidad criminal de las entidades fusionadas, serán las propias entidades que las fusionan o absorben, salvo que quieran asumir el coste del daño reputacional que ello conlleva. **De ahí que, el comportamiento de la entidad resultante tras la fusión, sea un indicio importante a la hora de valorar la finalidad de la operación, y si la misma, se llevó a cabo por móviles espúreos, acreedores de algún tipo de responsabilidad penal [...].»**

Fº Dº SEXTO.- Aplicación del art. 130.2 Código Penal caso de autos. Su relación con el principio de culpabilidad y de personalidad de las penas.

[...]

Si bien es cierto que, ninguna norma, o criterio jurisprudencial, permite por el momento, hablar de la existencia de una excusa absolutoria para la entidad absorbente por la responsabilidad penal en que hubiere podido incurrir la entidad absorbida, **sino todo lo contrario al amparo del art. 130.2 CP., es necesario, llevar a cabo una interpretación del precepto acorde con la normativa constitucional y con los principios básicos del Derecho Penal; por ello, quizás, el legislador debió matizar la redacción del citado precepto, a fin de delimitar la transmisión de la responsabilidad penal entre las entidades partícipes de la operación societaria de que se trate, a los supuestos de fraude o similares, en los que la misma se lleva a cabo con la finalidad de eludir las responsabilidades penales o civiles derivadas del delito de las entidades sucedidas, en los que sea posible afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos pertinentes en la persona jurídica que responda en última instancia;** o introducir otro tipo de elementos moduladores de tal transferencia, en evitación de situaciones como las que nos ocupa.

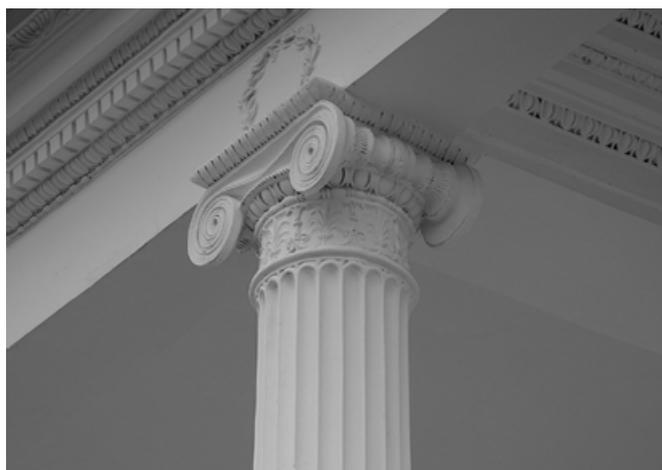


En el caso de autos, el Banco Santander, S.A., ninguna imputación, ni responsabilidad penal tenía como consecuencia de los hechos que se investigan. **No se pueden trasladar, sin más a aquella, los posibles defectos de organización de la entidad absorbida, ni la inexistencia de una cultura de cumplimiento de la norma, susceptibles de reproche penal, porque de ser así, sí se estaría produciendo una vulneración del principio de personalidad de las penas y del de culpabilidad, ya que se haría responder a aquél por hechos ajenos en los que ninguna intervención ni dolosa, ni culposa hubiere tenido, lo que nada tiene que ver con un sistema penal de autorresponsabilidad como el pretendido por el legislador en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.** Tampoco creemos en el caso de autos, que se pueda argumentar que el Banco de Santander, S.A. no ha tenido en cuenta los riesgos evidentes que una operación de este tipo implicaba, ni que hubiere sido negligente a la hora de cumplimentar su deber de información, produciéndose una sobrevaloración de la entidad absorbida, lo que no es el caso, por lo que tampoco desde la perspectiva del derecho de daños, al que algunos pretenden trasladar el fundamento de la aplicación del art. 130.2 CP sería aplicable aquél, al no haberse producido tal actuación negligente en la valoración y análisis de la información[...].»²⁶

Al margen de lo acertado de aquello que, concretamente, contiene en la parte dispositiva, se trata de una resolución que ejemplifica el actual panorama jurisdiccional, ya que apunta que el modelo asumido por ahora es el de autorresponsabilidad -de base sistémica-, invoca la necesidad de salvaguardar los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, **pero no concreta ni apunta criterios metodológicos claros o procedimientos científicos que permitan dilucidar cuándo subsiste o no esa identidad entre persona jurídica «originaria» y la «resultante».** Como se apuntaba, es posible que ese déficit de criterios de validez ontológica para resolver la casuística sea consecuencia de la propia adhesión a un modelo de responsabilidad de base sistémica.

Sobre los criterios y metodologías que, sin duda, pueden coadyuvar a dilucidar la procedencia -o improcedencia- del traslado de responsabilidad penal entre empresas volveremos en futuras ocasiones (analizando aspectos como la identidad y la realidad criminógena, las «constricciones» o influencias asociadas al fomento de la cultura del cumplimiento y su relación con el componente personal de la empresa, recurriendo a un conjunto de teorías y metodologías de validez científicamente contrastada, etc.). En todo caso, es procedente que, desde los poderes públicos, se superen dialécticas y se apunten **criterios que, en la práctica, permitan arrojar luz en una cuestión tan relevante. De lo contrario, podría generarse un clima de cierta inseguridad jurídica** que contuviera la ejecución de determinadas operaciones totalmente legales y legítimas de fusión, escisión, etc., con todo lo que ello implica.

En último lugar, resulta oportuno detenerse en la *due diligence* penal, particularmente en lo relativo al posible contenido y efectos, extremos íntimamente vinculado con todo lo expuesto con anterioridad. Con tal propósito, se recupera un argumento vertido en el Fundamento de Derecho Quinto del supracitado Auto nº 246/2019 de la Audiencia Nacional:



²⁶ El subrayado y la negrita de la resolución es del autor.

Fº Dº QUINTO.-Exégesis del art. 130.2 Código Penal.

[...]

«No se puede hacer responder por ello, a entidades que nada tienen que ver con los delitos cometidos por las sociedades fusionadas. En la mayoría de las ocasiones, este tipo de modificaciones estructurales obedecerá a fines lícitos relacionados, con intereses económicos, oportunidades de mercado, u otros de cualquier tipo, ajenos al encubrimiento delictivo, ya que no cabe duda que los primeros interesados en desprenderse de esa supuesta peligrosidad criminal de las entidades fusionadas, serán las propias entidades que las fusionan o absorben, salvo que quieran asumir el coste del daño reputacional que ello conlleva. De ahí que, el comportamiento de la entidad resultante tras la fusión, sea un indicio importante a la hora de valorar la finalidad de la operación, y si la misma, se llevó a cabo por móviles espúreos, acreedores de algún tipo de responsabilidad penal [...]»

Como muestra de acto posterior, una *due diligence* penal exhaustiva evidencia una clara voluntad de exploración de esa realidad previa en la empresa «originaria» al objeto de evitar el «contagio» penal de hipotéticos riesgos e incumplimientos precedentes y desvincularse de una hipotética realidad criminógena.

Ahora bien, además de los aspectos que suelen examinarse en las *due diligence* penales, sería oportuno comenzar a incorporar un examen de los elementos que configuran la identidad corporativa de la persona jurídica «originaria» y su contraste con la que sería «resultante» recurriendo a una metodología científica. De ese modo, **si se muestra que no existe «coincidencia de identidades», se genera una importante evidencia que debería repercutir en la «paralización» del traslado de responsabilidad penal ex art. 130.2 C.P. en virtud de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.** Obviamente, llegado el caso, este particular puede ser objeto de debate en un proceso judicial (y podrían existir periciales que se ocuparan de analizar esta concreta cuestión²⁷), pero si el juzgador estima rigurosas y correctas las conclusiones derivadas del análisis de identidad en la *due diligence* penal, no debería aplicarse el traslado de responsabilidad entre empresas.

Asimismo, puede presentarse el **supuesto en que se muestre que la identidad entre empresa «originaria» y «resultante» persiste, pero no es plenamente coincidente.** En este tipo de casos, procede la aplicación del contemplado al final de párrafo primero del art. 130.2 C.P., que es la moderación del «traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella»; para ello, **la elaboración de un análisis que se ocupe de manera específica del grado de coincidencia de identidades resultaría totalmente procedente a los efectos de concreción de la pena.**

Otra coyuntura que puede darse es aquella en la que, conociéndose que se materializó un riesgo o incumplimiento de trascendencia penal en la empresa «originaria», se despliegue un plan en el que tenga lugar alguna de las operaciones señaladas en el art. 130.2 C.P. (fusión, absorción, etc.) con el propósito de obstaculizar la aplicación de la responsabilidad penal corporativa. En principio, sí procedería el traslado. Ahora bien, surge la cuestión de qué puede suceder si ejecutado el plan con ese propósito, la identidad de persona jurídica «resultante» no es coincidente con la identidad de la «originaria». ¿Podría trasladarse la responsabilidad por un hecho previo a otra empresa que poco tiene que ver con aquella en cuyo contexto de cometió el delito sin violentar el principio de culpabilidad? ¿No sería más bien un acto posterior de encubrimiento ajustado a los dispuesto en el art. 451 C.P. que permite castigar a las personas físicas implicadas, pero no a personas jurídicas? El debate continúa abierto, pues existen disparidad de criterios. Sin duda, el devenir jurisprudencial clarificará las consecuencias penales en este tipo de supuestos.

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del Compliance Advisory LAB

Octubre 2020

Web: [Compliance Advisory LAB](https://www.complianceadvisorylab.com)

²⁷ La prueba pericial se regula, esencialmente, en los arts. 456-485 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; no obstante, en los arts. 326-333 y art. 334-367 del mismo cuerpo normativo se recogen

preceptos relevantes en orden a la preparación de dicha prueba. En cualquier caso, la prueba debe resultar de la aplicación de conocimientos científicos.

Resumen

La cuestión del «traslado» de responsabilidad penal entre empresas ex art. 130.2 del Código Penal tiene una importancia extraordinaria para el contexto corporativo. La inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo, la exigua casuística que ha llegado a los tribunales y la ausencia de una metodología científica que contribuya a dilucidar cuándo procede el traslado de responsabilidad, son factores que no han contribuido a clarificar este asunto. En todo caso, para enfrentarse a los retos asociados al traslado de responsabilidad penal corporativa, debe prestarse especial atención a aspectos como:

- 1º. El soporte socio-legal de la propia responsabilidad penal corporativa y su relación con la garantía de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.
- 2º. La necesidad de establecer criterios ciertos que permitan conformar una metodología que coadyuve en el análisis de la procedencia del «traslado» de responsabilidad penal entre empresas ex art. 130 C.P.
- 3º. Los posibles efectos y contenido de la *due diligence* penal.



- Clarificar los **elementos que sustentan la procedencia de imponer una pena a la empresa** resulta útil para para esclarecer cuándo debe operar el traslado de responsabilidad penal de la persona jurídica ex art. 130.2 C.P.
- Para que pueda operar el traslado de responsabilidad penal tras una operación de fusión, absorción, extinción o transformación **debe persistir la identidad donde se conformó la «realidad criminógena» que posibilitó el delito en la empresa «resultante»**. En caso contrario, podría estar aplicándose una **responsabilidad penal de carácter objetivo y vulnerando los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas**.
- Además de los aspectos que suelen examinarse en las **due diligence penales**, sería oportuno comenzar a incorporar un **examen de los elementos que configuran la identidad corporativa de la persona jurídica «originaria» y su contraste con la que sería «resultante»**, recurriendo a una metodología científica. De ese modo, si se muestra que **no existe «coincidencia de identidades»**, se genera una importante evidencia que debería repercutir en la paralización del traslado de responsabilidad penal ex art. 130.2 C.P. en virtud del debido respecto a los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.
- En aquellos supuestos en que se demuestre que la identidad entre empresa «originaria» y «resultante» no es plenamente coincidente, procede la aplicación del contemplado al final de párrafo primero del art. 130.2 C.P.: moderación del «traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella». A tal objeto, el **examen que aborde el grado de coincidencia de identidades** resulta totalmente procedente a los efectos de concreción de la pena.

Directores Compliance Advisory LAB

Fernando Lacasa

Socio de Forensic, Codirector del Compliance Advisory Lab

T +34 91 441 52 83

E Fernando.Lacasa@es.gt.com



Ver CV

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del Compliance Advisory LAB

T +34 91 576 39 99

E Rafael.Aguilera.ex@es.gt.com



Ver CV



www.grantthornton.es



grantthornton.es

© 2020 Grant Thornton S.L.P. Todos los derechos reservados.

"Grant Thornton" se refiere a la marca bajo la cual las firmas miembro de Grant Thornton prestan servicios de auditoría, impuestos y consultoría a sus clientes, y/o se refiere a una o más firmas miembro, según lo requiera el contexto. Grant Thornton Corporación S.L.P. es una firma miembro de Grant Thornton International Ltd (GTIL). GTIL y las firmas miembro no forman una sociedad internacional. GTIL y cada firma miembro, es una entidad legal independiente. Los servicios son prestados por las firmas miembro. GTIL no presta servicios a clientes. GTIL y sus firmas miembro no se representan ni obligan entre sí y no son responsables de los actos u omisiones de las demás.