

Traslado de la responsabilidad penal entre personas jurídicas: la existencia de fraude como requisito para la aplicación del 130.2 CP

JAIME GONZÁLEZ GUGEL
Abogado y *Certified Fraud Examiner*

RESUMEN

El artículo 130.2 CP presenta una redacción compleja e incongruente con la legislación mercantil. La aplicación literal del precepto resulta problemática desde la perspectiva de los derechos fundamentales de los que gozan las personas jurídicas y de los principios que rigen el proceso penal. El estudio de la tramitación parlamentaria pone de manifiesto la voluntad del legislador de configurar un mecanismo legal que evitase la burla de la responsabilidad penal de la persona jurídica mediante la adopción de operaciones societarias. Así, debe exigirse la finalidad fraudulenta de la operación mercantil como requisito para el traslado de la responsabilidad penal entre personas jurídicas. Esta interpretación resulta congruente con la voluntad del legislador, con los principios que rigen el Derecho penal y con los derechos fundamentales de los que gozan las personas jurídicas. Además, cumple con la finalidad preventiva de la norma. La aplicación de la tesis defendida en este trabajo en los supuestos de hecho en que se han pronunciado nuestros tribunales permite alcanzar una solución donde prima la seguridad jurídica, en una actividad de gran importancia para cualquier economía de mercado.

Palabras clave: Responsabilidad penal de la persona jurídica, artículo 130.2 Código Penal, fraude, transferencia o sucesión de la responsabilidad penal.

ABSTRACT

Article 130.2 PC has a complex wording that is inconsistent with private law. The straightforward application of the paragraph is problematic from the perspective of the fundamental rights enjoyed by legal persons and the principles governing criminal proceedings. The study of the legislative history shows the legislator's intention to set up a legal mechanism to avoid the mockery of the criminal liability of the legal person through corporate operations. Fraudulent intent as a requirement for the succession of criminal liability between legal entities is consistent with the will of the legislator, with the principles governing criminal law and with the fundamental rights of legal entities. Furthermore, it complies with the deterrent purpose of the rule. The application of this proposal to real cases shows that it allows to reach a solution where legal certainty prevails, in an area of great importance for any market economy.

Key Words: Corporate criminal liability, article 130. 2 Spanish Criminal Code, fraud, criminal successor liability.

SUMARIO: I. Introducción y objeto.–II. Análisis crítico del artículo 130. 2 CP.

1. Falta de congruencia del artículo 130.2 CP con la legislación mercantil. 2. La interpretación literal del artículo 130.2 CP contraviene los derechos fundamentales de la persona jurídica.–III. Voluntas legislatoris: estudio sobre la tramitación parlamentaria que dio lugar al artículo 130.2 CP.–IV. La finalidad fraudulenta como requisito para aplicar la sucesión de responsabilidad penal entre empresas.

1. Congruencias con el sistema. 2. Comprobación: aplicación, en abstracto, de nuestra tesis a los supuestos previstos en el artículo 130.2 CP. 3. Aplicación de esta tesis a supuestos de hecho reales. 3.1. Supuestos de disolución. 3.2. Supuestos de modificaciones estructurales (jurisprudencia menor, casos mediáticos y obiter dicta del Tribunal Supremo).–IV. Conclusiones.–IVI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO

Desde que entrara en vigor el Código Penal en 1995 el artículo 130 CP recoge las causas que extinguen la responsabilidad penal de las personas físicas dentro del capítulo que lleva por nombre «*De las causas que extinguen la responsabilidad penal*». La reforma del año 2010, que introdujo por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, incluyó un segundo apartado en el artículo 130 CP en el que regulaba el fenómeno jurídico de

la extinción de la responsabilidad penal para tales entes. El artículo 130.2 CP quedó redactado de la siguiente forma:

«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».

A diferencia de la claridad expositiva del primer apartado, que establece las causas que extinguen la responsabilidad penal de las personas físicas, este novedoso segundo apartado no recoge aquellas que extinguen la de las personas jurídicas. Por el contrario, regula algunas circunstancias conforme a las cuales no se extinguirá esa responsabilidad penal.

Su compleja redacción abocaba al precepto a las dudas interpretativas desde su publicación. En particular, el nuevo artículo 130.2 CP generó un interesante debate doctrinal sobre los riesgos que podría acarrear su interpretación literal. La discusión se ha ido intensificado con la divergente aplicación del precepto por nuestros órganos judiciales en casos mediáticos, sin que el Tribunal Supremo haya tenido ocasión, por el momento, de llevar a cabo su labor nomofiláctica.

Este estudio parte del análisis que la doctrina ha realizado del artículo 130.2 CP para, a continuación, ahondar en la tramitación parlamentaria de la Ley que incorporó estas modificaciones en el Código Penal. Con ello aflorarán aspectos relevantes sobre la verdadera voluntad del legislador (*voluntas legislatoris*) que permitirán comprender mejor la redacción definitiva del artículo 130.2 CP y dotarle de una interpretación respetuosa con el principio de culpabilidad por el hecho propio, coherente con la legislación mercantil y compatible con gran parte de las opiniones de la doctrina. La conclusión, ya adelantada en el título, es que la existencia de una finalidad fraudulenta opera como un requisito para poder trasladar la responsabilidad penal entre personas jurídicas. Además, valoraremos, a la luz de las conclusiones alcanzadas en este trabajo, las resoluciones judiciales publicadas hasta la fecha.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 130.2 CP

Con carácter general, la doctrina científica ha criticado la falta de congruencia del precepto con la legislación mercantil (especialmente con el Código de Comercio (en adelante, «CCo»)(1), la Ley Sociedades de Capital (en adelante, «LSSC»)(2) y la Ley de Modificaciones Estructurales (en adelante, «LME»)(3). Como punto de partida debe advertirse que, desde la perspectiva del Derecho mercantil, en el artículo 130.2 CP se pueden distinguir solo algunas vicisitudes que puede experimentar una sociedad durante su vida jurídica. De un lado, la transformación(4), fusión(5), absorción(6) y escisión(7), todas ellas reguladas en la LME y, del otro lado, la disolución, cuyo régimen jurídico regula la LSSC(8). La problemática que presenta la aplicación del artículo 130.2 CP en uno y otro supuesto es distinta, por lo que serán analizados de forma separada.

1. Falta de congruencia del artículo 130.2 CP con el concepto «disolución» en la legislación mercantil

El análisis del artículo 130.2 CP a la luz de la regulación de la disolución en la LSSC permite advertir relevantes incongruencias. Así, el artículo 130.2 CP recoge que «no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica». Aparentemente, del precepto parece deducirse sin mayor dificultad que una disolución que no fuera meramente aparente extinguiría la responsabilidad penal, pero que si esta disolución fuera fingida esa responsabilidad penal no se extinguiría. Sin embargo, si atendemos al concepto legal de «disolución» definido en la legisla-

(1) Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (arts. 221 ss.).

(2) Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, «LSC»).

(3) La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, «LME»), regula aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo.

(4) Artículos 3 a 21 LME.

(5) Artículos 22 a 67 LME.

(6) Artículos 49 a 52 LME.

(7) Artículos 68 a 80 LME.

(8) Artículos 360 ss. LSC.

ción mercantil, afloran las incongruencias y dudas interpretativas. En efecto, la disolución es solo una fase inicial en el complejo proceso extintivo de un ente societario durante el cual la persona jurídica seguirá existiendo en el tráfico jurídico y su patrimonio permanecerá sujeto a obligaciones y responsabilidades. En palabras de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 195/2006 de 31 de enero, FD 3.º(9) (Ponente: Sr. Almagro) «dentro del proceso extintivo de la sociedad, se han de diferenciar tres momentos principales: la disolución que consiste en la concurrencia de una causa que determina la apertura de la liquidación [...]; la liquidación que es el proceso a través del cual se libera a los socios y al patrimonio social de los vínculos contraídos con motivo de la sociedad; y la extinción en sentido estricto, que se produce al cierre de la liquidación con la distribución del remanente, si lo hubiere, entre los socios». Por consiguiente, y con cita de esa misma sentencia, «la extinción propiamente tal de la sociedad no se produce sino hasta el momento en que se han realizado todas las operaciones necesarias para aislar a la sociedad del tráfico en que se hallaba inserta». Esta discordancia entre el CP y la LSSC ha sido expuesta por algunos autores, pero no en el contexto del artículo 130.2 2 CP, sino en el del estudio de las penas del artículo 33.7 CP, en concreto la pena de disolución(10). En efecto, cuando la persona jurídica esté en causa de disolución (legal o estatutaria) la entidad mantendrá su personalidad jurídica(11) y el patrimonio social del ente seguirá respondiendo penalmente durante el proceso de liquidación, donde nada obsta a que se impongan a la entidad hipotéticas penas de multa o posibles penas interdictivas que computarán como pasivos de la entidad (arts. 360 ss. LSC). En los precisos términos utilizados por la Sala Primera del Tribunal Supremo, «[e]l efecto fundamental de la disolución es la apertura del periodo de liquidación», por lo que «continúa existiendo la sociedad en fase de liquidación»(12). De lo anterior cabe concluir que no parece acertado vincular la extinción de la responsabilidad penal a la declaración de la sociedad en

(9) Roj: STS 195/2006 - ECLI:ES:TS:2006:195.

(10) ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Sobre la ejecución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Pérez-Cruz Martín, A. J. (dir.), Neira Pena, A. M. (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 352.

(11) Dispone el artículo 371.2 LSC que «[l]a sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión “en liquidación”».

(12) Roj: STS 7405/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7405.

causa de disolución, ya que esta situación jurídica no es definitiva y además puede ser reversible(13).

De hecho, es razonable pensar que cuando el legislador utilizó la expresión «disolución de la persona jurídica» estaba pensando en aquel momento en que la sociedad desaparece (al menos formalmente) del tráfico jurídico evitando la posible acción del *ius puniendi* del Estado. Es decir: en su extinción. En este sentido Quintero y Alfaro(14) advierten que lo que se disuelve no es la persona jurídica –como recoge el artículo 130.2 CP– sino el contrato de sociedad, mientras que la extinción sí se produce respecto de la persona jurídica, lo que confirmaría la falta de precisión del legislador en el uso del término disolución. En suma, el legislador probablemente estaba pensando en la extinción de la persona jurídica (su desaparición del tráfico jurídico) y no en su disolución.

En todo caso, para identificar si esa disolución (*recte*: extinción) es meramente aparente serán exigibles dos requisitos, el criterio de «continuidad en la actividad» y el de la «identidad sustancial». Como apunta Feijoo, una interpretación literal lleva a pensar que son requisitos acumulativos y no alternativos(15), lo que puede resultar relevante en una estrategia de defensa que pretende alegar esa falta de continuidad de la actividad.

Asimismo, se ha criticado el empleo que hace el precepto de la expresión «disolución encubierta». A ese respecto se ha propuesto por Cigüela y Ortiz de Urbina centrar la interpretación en la expresión legislativa *disolución meramente aparente*(16), que es el adecuado al fin perseguido, toda vez que parece claro que el legislador quería regular, en realidad, la «continuidad encubierta» de las actividades de la persona jurídica.

(13) Dispone el artículo 370 LSC: «Reactivación de la sociedad disuelta. 1. La junta general podrá acordar el retorno de la sociedad disuelta a la vida activa siempre que haya desaparecido la causa de disolución [...]».

(14) QUINTERO OLIVARES, G. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Disolución de sociedades y extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Almacén de Derecho, 1 de mayo de 2021. Disponible en: <https://almacenederecho.org/disolucion-de-sociedades-y-extincion-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas> (última consulta: 16 de junio de 2023).

(15) FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» en DÍAZ-MAROTO, J. (dir.), *Estudio sobre las reformas del Código Penal*, Ed. Civitas, 2011, pp. 65 a 141.

(16) CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La responsabilidad penal de la persona jurídica: fundamentos y sistema de atribución», en Silva Sánchez (dir.), Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Atelier, 2020, pp. 73-95.

Algunos autores, sin entrar en las incongruencias señaladas, proponen que la disolución real de la persona jurídica debería contemplarse expresamente dentro del catálogo de causas de extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el 130.1 CP(17) a fin de dar coherencia al precepto.

Atendiendo a las reflexiones anteriores, considero que de la misma forma que el artículo 130 CP recoge «la muerte del reo» como primera causa de extinción de la responsabilidad penal de la persona física, hubiera sido razonable, por coherencia legislativa, que el artículo 130.2 CP recogiera que «la extinción de la persona jurídica extingue la responsabilidad penal» (18). Desde esta afirmación nuclear, el precepto habría podido incluir de manera congruente que «la extinción de la persona jurídica meramente aparente no extinguirá la responsabilidad penal». Para afinar aún más la convergencia con la legislación mercantil el precepto podría añadir que «[l]a sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza, siendo susceptible de responder penalmente». Y, para finalizar con el mecanismo para evitar la elusión de la responsabilidad penal incluir que «se considerará en todo caso que existe extinción 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».

2. La interpretación literal del artículo 130.2 CP, en lo que respecta a los procesos de transformación, fusión, absorción y escisión, genera incongruencias con la legislación mercantil y contraviene los derechos fundamentales de los que goza la persona jurídica

Continuando con los supuestos de transformación, fusión, absorción y escisión, el artículo 130.2 CP establece que «[l]a 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». De nuevo, se advierte

(17) MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Curso de Derecho penal, Parte General*, Ed. Dykinson, 2011, Lección 38, pp. 1065 a 1886.

(18) Se podrá decir, con razón, que esta afirmación podría resultar obvia y redundante, pero a ello cabría alegar que también resulta obvio en el s. XXI que la muerte del reo extingue la responsabilidad penal, pero que ello no siempre fue así y que esa es la razón por la que el legislador lo recoge expresamente en el artículo 130 CP.

por la doctrina la falta de congruencia del Código Penal con respecto a la regulación mercantil. Entre otros, Del Rosal y Lightowler-Stahlberg(19) advierten que el artículo 130.2 CP se refiere solo a algunos de los supuestos regulados en el artículo 1 LME, como son la transformación, la fusión, la absorción y la escisión, mientras que el precepto ignora otras modificaciones estructurales prevista por la LME como la cesión global de activos y pasivos. Además, el hecho de que se mencione específicamente la absorción, cuando esta modificación estructural es en realidad una modalidad de fusión, vuelve a mostrar la falta de concordancia del precepto con la legislación mercantil. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una de las escasas ocasiones en que ha valorado el artículo 130.2 CP parece dar por sentado que el precepto será aplicable para «cualquiera de las modalidades del artículo 1 de la Ley 3/2009 [LME]» (STS 530/2019, 31 de octubre de 2019, FD 2.º (Ponente: Sr. Magro)(20). No obstante, este razonamiento es más que discutible conforme al principio de legalidad.

Además, el artículo 130.2 CP no solo no cubre todos los supuestos de la LME, sino que tampoco sería aplicable en otros muchos supuestos de reordenación empresarial que se pueden llevar a cabo al margen de la LME. En efecto, el Derecho de sociedades define las modificaciones estructurales como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad(21). Sin embargo, si atendemos a la doctrina científica mercantilista(22), cabe concluir que estos procesos no son los únicos medios existentes en nuestro ordenamiento jurídico para llevar a cabo reestructuraciones o reorganizacio-

(19) DEL ROSAL BLASCO, B. y LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, P., «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada del delito) en los supuestos de sucesión de empresa», *Diario La Ley*, núm. 9126, 25 de enero de 2018.

(20) Roj: STS 3515/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3515.

(21) Preámbulo LME, apartado I.

(22) ÁLVAREZ ROLLO-VILLANOVA, S., en *La sucesión universal en las modificaciones estructurales*, Ed. Dykinson, 2017, p. 31 afirma que «La sucesión universal es el elemento nuclear en la regulación de las operaciones de modificación estructural. Supone un modo especial de transmisión de elementos patrimoniales en el que «la sociedad adquirente sucede en todas las relaciones jurídicas de la transmitente sin que los del propio procedimiento de la modificación estructural y por tanto sin que se apliquen los requisitos y formalidades de las transmisiones a título particular. Este efecto tan especial solo se puede producir cuando lo reconoce la Ley (*ex lege*), pero en los casos en los que lo reconoce se produce de manera automática cuando tiene lugar la operación (*ipso iure*), y también frente a terceros (*erga omnes*), de manera que los efectos de la transmisión no pueden quedar sometidos al consentimiento e intervención de estos y deben producirse para todo el patrimonio con carácter simultáneo con los demás efectos de la modificación estructural».

nes empresariales. Existen otros medios distintos a los previstos en la LEM con los que una persona jurídica responsable de un ilícito penal podría reestructurarse de tal forma que no fuera aplicable el artículo 130.2 CP, por lo que no parece acertado que se haya establecido este régimen de traslación o sucesión de responsabilidad solo para unos concretos casos previstos de reestructuración empresarial previstos en la LME, sin haber establecido una norma que pudiera ser aplicada ante la variedad de mecanismos que permite la legislación mercantil.

La LME tiene por objeto dar carta de naturaleza a unos procedimientos específicos (fusión, escisión, transformación, etc.) que permiten agilizar los cambios estructurales mercantiles. La LME se articula sobre la base del concepto «sucesión universal del patrimonio», conforme al cual los derechos y obligaciones se transmiten en bloque a la sociedad resultante, frente al tradicional concepto de sucesión particular, en el que cada activo y cada pasivo se transmitirían por medio de su oportuno proceso, dificultando enormemente complejos procesos de reestructuración de negocios. Pero el resultado de esas modificaciones estructurales podría llegar a obtenerse por otros caminos más tortuosos pero que soslayasen la aplicación de los procesos de fusión, absorción y escisión y, por consiguiente, evitaran la aplicación del artículo 130.2 CP. En este sentido Álvarez Rollo-Villanova advierte de esa posibilidad si bien desde la perspectiva de la sucesión de la responsabilidad civil. y plantea diferentes ejemplos que también serían aplicables para un supuesto de responsabilidad penal. Así, «los socios de la sociedad que se va a integrar en otra podrían tomar un acuerdo de disolución y adjudicarse los activos y pasivos de la sociedad y a continuación la absorbente tomar un acuerdo de aumento de capital por el que los socios pasaran a formar parte de la sociedad absorbente. También podría pensarse que la sociedad aportara los bienes directamente a la sociedad absorbente en un aumento de capital ordinario, y a continuación se disolviera y liquidara la sociedad aportante con entrega a los socios de las particiones de la absorbente. El resultado de utilizar este tipo de mecanismo sería exactamente el mismo pero el procedimiento sería distinto y mucho más complejo en varios aspectos» (23). Por ello, cabe añadir un nuevo déficit al artículo 130.2 CP, en el sentido de que el traslado de responsabilidad penal que establece se limitaría solo a unos concretos y específicos mecanismos regulados en la LME, pero no a cualquier operación societaria, lo que puede generar graves lagunas de punibilidad.

(23) ÁLVAREZ ROLLO-VILLANOVA, S., *op. cit.*, p. 32.

En todo caso, el aspecto que ha acaparado la mayor atención de la doctrina penal ha sido la incompatibilidad del artículo 130.2CP con los principios que rigen el Derecho penal. La literalidad del texto, al menos en lo que respecta a las modificaciones estructurales, parece establecer un mecanismo de traslación o sucesión objetiva y automática de la responsabilidad penal(24) de un ente infractor al ente resultante. Como señaló Dopico cuando se produjo la promulgación de la Ley, esta interpretación sería incompatible con el principio de culpabilidad y supondría una peligrosa puerta a la responsabilidad objetiva(25). Añadiendo el mismo autor, recientemente y de forma más contundente, que el precepto es inconstitucional(26). La interpretación literal sería incompatible con principios clásicos del Derecho penal como el de culpabilidad (art. 5 CP) y de personalidad de las penas(27), conforme a los que «solo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos» (STC 60/2010 de 29 de octubre (FJ 4.º) (Ponente: Sr. Delgado Barrio)(28). Además, la interpretación literal sería también incongruente con los novedosos y relevantes postulados que el Tribunal Supremo viene estableciendo en los últimos años en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas como, por ejemplo, el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas, o la proscripción de fórmulas que permitan la responsabilidad objetiva. En efecto, el Tribunal Supremo

(24) CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. , «La responsabilidad penal de la persona jurídica: fundamentos y sistema de atribución», en Silva Sánchez (dir.), Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Atelier, 2020, pp. 73 a 95. «Los términos del artículo 130.2 CP hacen surgir la impresión de que el traslado de la sanción de una persona jurídica a otra opera de modo objetivo, permitiéndose luego su moderación. Tal solución, sin embargo, contradice la jurisprudencia constitucional sobre el traslado de las sanciones. Culminando una serie de sanciones en materia tributaria, la STC 146/1994, ponente Díaz Eimil [...] si no es constitucional trasladar objetivamente una sanción administrativa, menos aún puede serlo trasladar una pena».

(25) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas» en Ortiz de Urbina, I. (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, 2010, pp. 11-38.

(26) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas por absorción de sociedades? A la vez, algunas consideraciones constitucionales al hilo del caso Santander-Popular (SAN núm. 246/2019, de 30 de abril)» en Gómez, V. (dir.), Valiente, V. (coord.) *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Ed. Boletín Oficial del Estado (Colección: Derecho penal y Procesal Penal núm. 13), 2022, pp. 553-566.

(27) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» en DE LA MATA, N.; DOPICO, J.; LASCURAÍN, J. A., y NIETO, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Dykinson, 2018, pp. 161 ss.

(28) ECLI:ES:TC:2010:60.

ha declarado que «parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal» (STS 514/2015 de 2 de septiembre, FD 3.º (Ponente: Sr. Marchena)(29). Asimismo, el Alto tribunal ha aclarado, también respecto de las personas jurídicas, que nuestro sistema «no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio» (STS 221/2016 de 16 de marzo, FD 5.º) (Ponente: Sr. Marchena)(30).

La mayoría de los comentaristas coinciden en señalar que estamos claramente ante una cláusula antielusión(31). Más concretamente, para Feijoo se trata de «[u]na regulación contra el fraude de ley mediante uso de la cobertura de normas societarias»(32). Con el propósito de afianzar esta finalidad algunos autores proponían que hubiera sido «más plausible que el texto legal añadiese la exigencia de que las modificaciones societarias fueran encubiertas, aparentes, ficticias o bien de mera pantalla». Es decir, que las «cauteladas y declaraciones sensatas previstas para las hipótesis de disolución, deberían haberse contemplado también para el resto de actos societarios contemplados en el primer pasaje del artículo 130.2 CP»(33). Más contundente, sostiene Eloy Velasco que «en los supuestos en que no se haga fraudulentamente para eludir responsabilidades penales, sino por otros motivos, siempre que sean lícitos, debe conllevar la inaplicación de este precepto»(34). y por lo que respecta al Tribunal Supremo, con cita de nuevo en la STS 530/2019, 31 de octubre de 2019 (FD 2.º (Ponente: Sr. Magro)(35), admite la finalidad antielusión del precepto afirmando que «[s]i no se produjera la transmisión de la responsabilidad penal y civil en los supuestos de modificación estructural de las sociedades mercantiles podrían admitirse supuestos de fraude en estas

(29) Roj: STS 3813/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3813.

(30) Roj: STS 966/2016 - ECLI:ES:TS:2016:966.

(31) FEJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Díaz-Maroto, J. (dir.), *Estudio sobre las reformas del Código Penal*, Ed. Civitas. 2011, cap. pp. 65 a 141.

(32) FEJOO SÁNCHEZ, B., «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en BAJO, M.; FEJOO, B., y GOMEZ-JARA, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas. 2016, cap. XI pp. 297 ss.

(33) MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos» en Quintero Olivares (dir.), Morales, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal español*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 805-846.

(34) VELASCO NUÑEZ, E., *10 años de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2020, p. 97.

(35) Roj: STS 3515/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3515.

transmisiones para dejar sin cumplir la pena, o escapar de los regímenes de la responsabilidad subsidiaria del artículo 120 CP en la modalidad de los núm. 2 o 3 CP, dejando a las víctimas y perjudicados sin percibir sus indemnizaciones ante una transmisión societaria de transformación de su estructura y denominación social».

Los crecientes trabajos doctrinales publicados en la materia han intentado conjugar la literalidad del precepto con la atribuida vocación antifraude y con los principios rectores del Derecho penal. Para salvar esta situación, algunos autores apuntaban desde el momento en que entró en vigor la reforma en 2010, que sería preciso establecer algún tipo de responsabilidad subjetiva en las entidades sucesoras si se pretendía hacerles partícipes de las consecuencias del delito identificando la persistencia en la entidad resultante del defecto de organización que posibilitó el delito. Así, Ortiz de Urbina, haciendo uso de la doctrina tributaria que establece que los supuestos de responsabilidad por ilícito ajeno constituyen sanciones específicas que sustituyen a la responsabilidad inicial, afirmaba que «[e]sta interesante construcción tiene como importante consecuencia que, conforme a ella, la persona jurídica pueda ser hecha responsable cuando su infracción del deber de cuidado tiene que ver con conductas posteriores a la conducta delictiva. Así, por ejemplo, de acuerdo con esta interpretación, si una gran empresa absorbe a otra persona jurídica más pequeña sin informarse de que estaba imputada o sin atender a los indicios que apuntaban a que podría serlo, de resultar finalmente condenada podría justificarse el traslado de responsabilidad a la empresa más grande atendiendo a que infringió su deber de cuidado al no informarse sobre la situación de la persona jurídica que absorbía. El efecto potencialmente expansivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de esta interpretación puede evitarse introduciendo un apartado de Derecho penal en los procedimientos de «due diligence», usuales en los procesos de absorción y fusión en este ámbito. De este modo, y por supuesto siempre que la mencionada «due diligence» sea llevado a cabo con la diligencia debida apuntada en su denominación, la empresa inicialmente ajena al delito podría demostrar su cumplimiento del deber de cuidado y quedar exenta de responsabilidad»(36). Otros autores, como Goena, han propuesto más recientemente considerar que la responsabilidad penal en casos de reestructuraciones societarias no constituye ni un traslado de sanción del ilícito previo, ni una responsabilidad propia por un acto posterior, sino «un mecanismo de responsabilidad por un estado de injusto constituido en la entidad

(36) ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 153 a 226.

originaria y perpetuado en la resultante. La identidad concurre en el estado de injusto que es objeto de sanción, siendo posible responsabilizar a todos los agentes que se encuentren vinculados a él, sin que ello vulnere el principio de responsabilidad por el hecho propio o el principio de personalidad de las penas»(37). Por su parte González Cussac propone una solución intermedia según la cual «[e]sta traslación de la responsabilidad penal es clara en casos de haberse dictado ya una condena o de estar abierto el proceso penal. Los nuevos gestores de la entidad asumen la transferencia de la responsabilidad penal. Mayores dudas ofrecen las hipótesis en las que la imputación por las conductas de los anteriores administradores se formula una vez transformada, fusionada o escindida la sociedad»(38).

Otros autores, desde una perspectiva preventiva y constitucional pero en su vertiente más práctica consideran que no sería admisible que pudiera imponerse a la entidad absorbente o fusionada las penas de disolución o interdicción [arts. 33.7 b) a g)], por las graves consecuencias prácticas que ello conllevaría(39).

Desde una perspectiva atenta al Derecho mercantil se ha propuesto aplicar un concepto material de la persona jurídica centrado en la continuidad del elemento patrimonial tras la fusión o escisión para poder así efectuar el traslado de responsabilidad penal que recoge el artículo 130.2 CP; tanto en casos de fraude como en casos en que no se llevó a cabo la modificación de forma fraudulenta(40). Este planteamiento es conforme con la doctrina mercantilista de «sucesión universal del patrimonio» que citábamos antes y se basa en que «[c]uando se produce una «modificación estructural» (fusión, escisión) o cuando se produce la muerte de un individuo, lo que hay es un cambio en la titularidad del patrimonio. No hay transmisión de bienes. Hay sucesión universal. Las relaciones jurídico-patrimoniales de las que era parte ese patrimonio no se ven modificadas»(41). Conforme a este

(37) GOENA VIVES, B., «Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?», en *InDret Penal 2022*, número 1, pp. 259 ss.

(38) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programa de cumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, cap. 8, pp. 266 a 268.

(39) CORCOY BIDASOLO, M. en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 304 a 322.

(40) SCHULLER RAMOS, S. «Análisis del artículo 130.2 del Código Penal: responsabilidad de la empresa adquirente por delitos cometidos por la adquirida: continuidad patrimonial o económica de la empresa», *Diario La Ley Penal*, núm. 155, marzo-abril de 2022.

(41) ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Las modificaciones estructurales y la sucesión universal como transmisión de patrimonios», en *Almacén de Derecho*, 4 de octubre de

concepto material, consideran, no se verían afectados los principios de personalidad de las penas, tal y como ocurriría en los ámbitos tributario y laboral. En estos supuestos «no nos encontraríamos ante un problema relacionado con el principio de personalidad de la pena [...] si pervive la sociedad penalmente responsable»(42). Es decir, lo esencial para estos autores sería la persistencia del patrimonio, por lo que dicho patrimonio debiera de seguir siendo responsable con independencia de la afectación estructural del contrato de sociedad. Lo cierto es que para estos autores «es lógico que si hay sucesión universal de una persona jurídica respecto de otra, la sucesora asuma las deudas – y las multas – de la 'causante' y dado que el patrimonio de la 'causante' no se ha liquidado y repartido, sino que, simplemente, ha cambiado de titular (la titular del patrimonio de la causante es ahora la sucesora), la nueva titular debe considerarse responsable patrimonialmente en los mismos términos que lo era la 'causante'. Es irrelevante que ahora haya nuevos miembros –socios– en la persona jurídica sucesora. Los nuevos socios han de contar con el riesgo derivado de la imputación penal cuando aprueban la fusión y, si no están de acuerdo, el derecho de sociedades les proporciona mecanismos de protección (tales como la impugnación de la fusión, de la relación de canje o derechos de información)»(43). Este planteamiento abre un importante interrogante sobre la voluntad del legislador: ¿realmente estaba pensando, al redactar este precepto, en que conforme al principio de sucesión universal del patrimonio, se previese, como una obligación más de las que conforma el patrimonio societario, el traslado automático de la responsabilidad penal en los concretos casos de fusión, absorción y escisión? De ser así, ¿por qué solo estableció esos tres supuestos si, como hemos visto, la LME contempla más supuestos y, además, las sociedades pueden operar cambios en sus estructuras a través de mecanismos complejos no amparados en la sucesión universal del patrimonio? En todo caso, el argumento es razonable cuando se trata de trasladar la responsabilidad civil entre entidades, pero obvia la trascendencia en el sistema penal del principio de personalidad de las penas que hemos expuesto anteriormente. Además, cabe formular la siguiente pregunta: ¿qué finalidad (preventiva o retributiva) tiene

2019. Disponible en: <https://almacenederecho.org/las-modificaciones-estructurales-y-la-sucesion-universal-como-transmision-de-patrimonios> (última consulta: 16 de junio de 2023).

(42) FARALDO CABANA, P., «Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el artículo 130.2 CP», en Cancio, M. y Basso, G. (coord.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. I, Ed. UAM Ediciones, 2019, pp. 431-444.

(43) QUINTERO OLIVAREZ, G. y ALFARO AGUILA-REAL, J., *op. cit.* p. 14.

que el Estado castigue, de manera objetiva y automática, con una pena de multa o con medidas interdictivas como el cierre de la empresa, a un ente jurídico distinto al que cometió el ilícito por haber incorporado todo o parte del patrimonio del ente infractor? ¿debe operar esa sucesión o traslación de la responsabilidad penal en todo caso para penalizar al patrimonio infractor o debe exigirse la acreditación de una finalidad fraudulenta en la operación mercantil para que aplique el precepto? Profundizaremos en los aparentes motivos del legislador a continuación.

III. *VOLUNTAS LEGISLATORIS*: ESTUDIO SOBRE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA QUE DIO LUGAR AL ARTÍCULO 130.2 CP

La reforma del Código Penal que introdujo el artículo 130 CP tuvo lugar hace 12 años y su alcance fue muy relevante, no limitándose únicamente a la compleja y controvertida inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas(44). Por ello, las causas de extinción o no extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituyeron solo un elemento más en una reforma muy compleja y extensa. La magnitud de esta tarea explica seguramente, aunque no excusa, la falta de precisión del legislador en el texto del artículo 130.2 CP finalmente promulgado.

En el inicial debate de totalidad del Proyecto que se celebró en el Congreso de los Diputados, el entonces ministro de Justicia, Sr. Camaño, justificó la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro sistema penal en razones de política criminal, asegurando que esta realidad jurídica se introducía con todas las garantías(45):

«La reforma, señorías, es necesaria para dotar a nuestro derecho de instrumentos más eficaces para combatir determinados tipos de delincuencia. A tal fin, se incorpora por primera vez en nuestro derecho la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una opción presente en otros ordenamientos jurídicos que se introduce con todas las garantías y que persigue eliminar lo que doctrinalmente ya se conoce

(44) Muchos autores criticaron la inclusión de esta institución por su falta de encaje en la dogmática penal, entre otros, ROBLES, R., «Pena y persona jurídica. Crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, núm. 7705, 2011.

(45) DS. Congreso de los Diputados núm. 146 de 11 de marzo de 2010 Pleno-Debate de totalidad (p. 17)

como el fenómeno de la irresponsabilidad organizada. Las organizaciones permisivas con prácticas ilegales han de responder también en cuanto tales, en cuanto personas jurídicas, de la comisión del ilícito».

El Proyecto inicial ya incluía la preocupación por los efectos que sobre esta responsabilidad penal podrían tener las distintas vicisitudes que pueden afectar a la vida jurídica de una persona jurídica. En particular, el Proyecto abordó desde su inicio la preocupación por el hecho de que los propietarios y gestores de las sociedades pudieran tratar de eludir fraudulentamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante su disolución y/o modificaciones estructurales. Así, en la Exposición de Motivos del proyecto podemos leer el siguiente párrafo que se ha mantenido inalterado en todo el proceso legislativo(46):

«En este apartado relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al objeto de evitar que la misma pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulte de la escisión».

El objetivo declarado del legislador era evitar que la responsabilidad penal pudiera ser eludida fraudulentamente. Para ello, anunciaba con claridad la inclusión de previsiones específicas para los casos de disolución y de modificaciones estructurales. Sin embargo, la redacción del precepto que debía prevenir que se burlara la responsabilidad penal carecía de las garantías que pretendía el ministro. La propuesta inicial del artículo 130.2 CP tenía el siguiente contenido:

Vigésimo octavo. El actual artículo 130 pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se le añade un apartado 2 con el siguiente contenido:

«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 o resulte de la escisión. 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».

(46) *BOCG*. Congreso de los Diputados núm. A-52-1 de 27 de noviembre de 2009 – Iniciativa (p.1)

Tal y como hemos expuesto antes, frente a la claridad de las causas que motivan la extinción de la responsabilidad penal de las personas físicas, la propuesta para las personas jurídicas incluía una redacción alambicada, y expresada en negativo (qué no extingue), abocando al precepto a las dudas interpretativas. Además, el declarado esfuerzo del legislador por aportar «previsiones específicas» era claramente insuficiente, pues estas previsiones solo se establecían en el supuesto de disolución, obviando mencionar presupuestos que permitieran identificar los mecanismos con los que se pretendía burlar la responsabilidad en casos de modificaciones estructurales. Y, por último, al no incluir ninguna mención a la finalidad antifraude de la norma, propició un texto que presentaba importantes problemas dogmáticos en su aplicación literal.

Las actas parlamentarias muestran que la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas propuesta por el Gobierno del PSOE contó con la oposición de grupos como PNV, ERC, BNG e IU, ocupándose la extinta CIU de proponer las enmiendas de más calado. Así, tratando de hacer valer las recomendaciones del Consejo de Estado y del Consejo Fiscal, el grupo catalán insistió en la necesidad de legislar la responsabilidad de las personas jurídicas en un cuerpo legislativo independiente a fin de controlar la correcta introducción de esta disruptiva novedad jurídica en la dogmática penal clásica; al menos en tanto se adecuaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la nueva realidad legal. Así, propuso la creación de un artículo 129 bis CP que, junto a la modificación del artículo 129 CP, conformaran «un Capítulo específico del código donde estén tratadas de forma global todas las cuestiones que tienen que ver con la intervención del Derecho penal frente a empresas y personas jurídicas»(47). Por lo que atañe al presente trabajo, señalaban que el Proyecto había detectado el riesgo claro de que «el «suicidio» de las personas jurídicas mediante su disolución» podría ser «una estrategia útil para eludir la sanción penal», razón por la cual, conforme a la sistemática que proponía este grupo parlamentario, propusieron también la creación de un nuevo artículo 129 *quater* que recogiera, como cláusula de cierre a ese capítulo específico, que «[s]e considerará en todo caso a efectos de este capítulo que existe una disolución encubierta o meramente aparente de la empresa o 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». No obstante,

(47) *BOCG*. Congreso de los Diputados núm. A-52-9 de 18 de marzo de 2010 p.1, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Enmiendas 158, 159, 160 y 162.

también el referido grupo parlamentario omitió pronunciarse sobre las modificaciones estructurales.

Finalmente, la propuesta de CIU de crear un capítulo específico no cuajó, si bien el artículo 130.2 sí se vio reforzado con esa cláusula de cierre que permitían determinar cuándo debería considerarse que la disolución era meramente aparente.

Todavía en el Congreso, el grupo parlamentario Popular propuso una modificación del artículo 130.2 CP que fue acogida en el texto finalmente aprobado y que sigue vigente en el Código Penal(48) en virtud de la cual el Juez o Tribunal podría moderar la aplicación de la pena a la persona jurídica resultante en los casos de modificaciones estructurales, quedando el texto completo propuesto como sigue:

«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 o resulte de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar la aplicación de la pena a la persona jurídica resultante en función de la proporción que la persona jurídica responsable del delito originariamente guarde con la totalidad de la nueva personalidad jurídica en la que se integra». 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».

Esta enmienda, según se deduce de la explicación del portavoz de ese grupo, pretendía establecer un mecanismo moderador en la aplicación de la pena en los supuestos de «fusión o absorción dado que de lo contrario una entidad responsable del delito podría «contaminar» a otra muchísimo mayor que no hubiera tenido nada que ver en su comisión». Aun cuando la argumentación está lejos de referirse al debate sobre la aplicación a las personas jurídicas del principio de personalidad de las penas o la responsabilidad por el hecho propio, al menos trasluce una preocupación por los efectos dañinos que la sucesión de la responsabilidad podría tener sobre entidades cumplidoras.

Sólo una vez el texto llegó al Senado repararon los legisladores en que la redacción del artículo 130. 2 CP, tal y como había sido aprobada por el Congreso, carecía de la claridad exigible y que su redacción podría propiciar excesos en el uso de las disposiciones específicas que se prevenían para evitar el fraude. Esto dio lugar a que el grupo

(48) *BOCG*. Congreso de los Diputados núm. A-52-9 de 18 de marzo de 2010. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Enmienda 346.

parlamentario Popular incluyera una enmienda según la cual la responsabilidad penal se trasladaría a las personas jurídicas resultantes «siempre y cuando esas operaciones jurídicas se realicen a través de sociedades instrumentales o interpuestas y sean buscadas con el propósito de extinguir la previa responsabilidad penal y la sociedad adquirente, o absorbente, no hubiera podido razonablemente conocer la existencia previa del delito cometido»(49). La posterior intervención del senador Popular, el Sr. Altava Lavall, confirma que la motivación de esta enmienda era conseguir la coherencia legislativa entre el caso de la disolución y el de las modificaciones estructurales; es decir, que en ambos supuestos se aplicase una cláusula antifraude y que los dos casos contasen con previsiones específicas para detectar los presupuestos con los que poder considerar que la operación mercantil se había acordado con la finalidad de burlar la responsabilidad penal(50).

No cabe duda de que esta precisión del texto era absolutamente coherente con el propósito declarado en el proyecto de ley inicial. Además, dotaba de mayor claridad a un artículo que había experimentado algunas modificaciones en su tramitación en el Congreso que diluían su finalidad como cláusula antifraude. Sin embargo, la enmienda no fue aprobada. ¿Por qué? Seguramente, por razones puramente prácticas, ya que si se hubiera aprobado esa enmienda en la Cámara Alta se habría tenido que devolver el texto al Congreso, lo que habría abierto nuevos plazos, que habrían retrasado la aprobación del texto definitivo y que, seguramente, habrían dificultado que la ambiciosa reforma del Código Penal (que contaba con no pocos opositores) hubiera visto la luz. El texto, a fin de cuentas, había conseguido el apoyo de la mayoría parlamentaria en cuestiones claves y de difícil consenso, por lo que parece verosímil concluir que, en aquel momento, se considerara prescindible este matiz de detalle expuesto en el Senado. En última instancia, los órganos de la Administración de Justicia se encargarían de interpretar adecuadamente y conforme a la voluntad del legislador este precepto. ¿O no?

(49) *BOCG*. Senado núm. II-48-c de 27 de mayo de 2010 Enmiendas (Senado) – Enmienda 106; p.57 y *DS*. Senado Núm. 83 de 9 de junio de 2010, p. 4428, Senado – Pleno.

(50) «Por el Grupo Parlamentario Popular, tiene la palabra el senador Altava. El señor Altava Lavall: Gracias, señor presidente. Voy a pasar directamente ya a la defensa de las enmiendas, que es el trámite en el que nos encontramos. [...] Igualmente, por coherencia legislativa, la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no debe extinguir 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, siempre y cuando esas operaciones jurídicas se realicen a través de sociedades instrumentales o interpuestas y sean buscadas con el solo propósito de extinguir la previa responsabilidad penal».

En todo caso, lo cierto es que durante el trámite en el Congreso nunca se reparó en esa falta de coherencia entre los supuestos de disolución y de modificaciones estructurales. Y ello pese a que la exposición de motivos señalaba claramente que se quería evitar actuaciones fraudulentas en ambos casos y que se pretendía dotar al intérprete de la Ley, en ambos supuestos, de disposiciones específicas para su detección. Considerando el contexto histórico que nos aporta el estudio completo de la tramitación parlamentaria, así como el análisis crítico del actual artículo 130.2 CP realizado, donde hemos concluido que el legislador se refirió a disolución cuando en realidad estaba pensando en la extinción de la responsabilidad jurídica, parece razonable pensar que este déficit tuviera explicación en el hecho de que, en realidad, para el proyecto, el riesgo de fraude no era tan alto en los casos de modificaciones estructurales como en el caso de la, mal llamada, disolución. Ello motivó que, desde el principio, se fijase la atención solo en los supuestos de disolución fraudulenta (*recte*: extinción fraudulenta de la personalidad jurídica). Desde la lógica mercantilista tiene sentido que se focalizase en la extinción fraudulenta de la personalidad jurídica, ya que sería ese supuesto el que imposibilitaría la rendición de cuentas del infractor en el orden penal.

Para finalizar con este análisis de la tramitación parlamentaria, añadiremos que resulta preocupante constatar que en ninguna de las dos cámaras se suscitó el debate relativo a la posible incompatibilidad del precepto con el derecho a la presunción de inocencia, o con los principios de personalidad de las penas o de responsabilidad por el hecho propio, lo que pone de manifiesto la falta de análisis y sosiego de la que adoleció la inclusión de este precepto. Ello pese a la enorme trascendencia jurídica que iba a tener en las operaciones mercantiles, que sin duda alguna constituyen una actividad económica de enorme relevancia en cualquier economía de mercado.

Aun cuando es un hecho posterior a la tramitación parlamentaria, resulta pertinente mencionar que, cuando se aprobó la Ley, para la Fiscalía resultaba evidente la voluntad del legislador. Así, en su Circular 1/2011(51) relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, recogió con claridad que el precepto servía para evitar que se burlara la responsabilidad penal, no solo en los

(51) Como expresamente recoge la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015: «La presente Circular no afecta a la vigencia de la Circular 1/2011, que será de aplicación en todo aquello que no ha sido modificado por la LO 1/2015».

casos de disolución sino también por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión:

«-II.3 Régimen de atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de transformación, fusión, absorción y escisión.-

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. Sí se tiene en consideración la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, de modo que se evita la impunidad en los clásicos supuestos de sucesión de empresas, para cuya detección la propia norma facilita una serie de criterios económicos y organizativos que habrán de ser objeto de la necesaria actividad probatoria. Así pues, cuando la persona jurídica trate de eludir su responsabilidad penal por medio de mecanismos tan particularmente lesivos para los intereses de trabajadores y acreedores como su disolución preordenada a tal fin y/o ficticia, los Sres. Fiscales, valorando las concretas circunstancias del caso, podrán solicitar del juez la adopción de la medida cautelar de intervención judicial de la corporación, conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 33.7 del Código Penal. No se menciona sin embargo la disolución real de la sociedad, que parece equipararse así a la muerte de la persona física, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podría exigirse la sujeción a la responsabilidad penal. A este respecto, debe tenerse en consideración que el artículo 371 de la LSC prevé que con la disolución de la sociedad se abre el período de liquidación y que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dicha liquidación se realiza, debiendo añadir durante ese tiempo la expresión en liquidación a su denominación».

Para la Fiscalía, el requisito de la motivación elusiva estaba claro, lo que seguramente explica que no se plantearan dudas en relación con la contradicción con el principio de responsabilidad por el hecho propio ni sobre la constitucionalidad del precepto. Llama la atención, sin embargo, que con acierto la Circular recuerde que es exigible que se practique prueba sobre ese elemento volitivo del fraude en las disoluciones meramente aparentes, pero que esta reflexión no le hiciera reparar en la ausencia de comentarios al respecto en los casos de fusión, transformación y escisión, donde el tenor literal del precepto ampararía la responsabilidad objetiva y, por tanto, las exigencias probatorias se anularían. Por último, cabe destacar que la Circular instruye al cuerpo de Fiscales para que puedan solicitar del juez la

adopción de la medida cautelar de intervención judicial de la corporación si detectan indicios de dicho fraude.

IV. LA FINALIDAD FRAUDULENTO COMO REQUISITO PARA APLICAR LA SUCESIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL ENTRE EMPRESAS

1. Congruencia intrasistemática

Tal y como explicaremos a continuación, a la luz del análisis doctrinal, del estudio parlamentario y de la opinión de la Fiscalía General de Estado, resulta plenamente justificado sostener que el artículo 130.2 CP debe ser interpretado como una cláusula antifraude. Por consiguiente, el artículo 130.2 CP solo será aplicable en aquellos casos en que las disoluciones o modificaciones estructurales hubieran sido realizadas con el objetivo de burlar la responsabilidad penal de una persona jurídica. *Sensu contrario*, no podrá establecerse la responsabilidad objetiva de la persona jurídica afectada por la vicisitud correspondiente (disolución o modificación estructural), ni trasladar o suceder automáticamente la responsabilidad de una sociedad a otra.

Por lo que respecta a los casos de transformación, fusión, escisión y absorción, estaríamos ante una norma que previene el fraude de ley⁽⁵²⁾, permitiendo que los efectos de la responsabilidad penal y de la pena, que se trataban de eludir, se trasladaran a la sociedad resultante. En cuanto al caso de la disolución/extinción meramente aparente, esta actuación elusiva estaría más próxima a la figura de la simulación absoluta, razón por la cual debiera declararse la nulidad radical del acto jurídico simulado (la disolución del contrato de sociedad/extinción de la persona jurídica).

La finalidad elusiva y fraudulenta de la operación mercantil como requisito para la aplicación del artículo 130.2 CP permite alcanzar una solución coherente con la interpretación integral del Código Penal, los principios que informan nuestro Derecho penal y la regulación mercantil.

(52) En cuanto al fraude de ley, el artículo 6.4 del Código Civil prevé, sobre la eficacia general de las normas jurídicas que «[l]os actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir». Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que nos encontramos ante una institución jurídica aplicable a todo el ordenamiento (STC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 8.º)).

En efecto, esta interpretación es respetuosa con la *voluntas legislatoris*. El legislador, en el preámbulo, incluyó tanto las disoluciones como las modificaciones estructurales a los efectos de trasladar la responsabilidad penal cuando estas operaciones mercantiles se hubieran buscado de propósito para eludir la responsabilidad penal.

Esta interpretación también promueve los principios que informan nuestro Derecho penal. Al exigirse la acreditación de la existencia de una finalidad fraudulenta se evita el riesgo de inversión de la carga de la prueba al imponer a la acusación la obligación de presentar al tribunal elementos que acrediten suficientemente el ánimo defraudatorio (bien de manera indiciaria en la fase de instrucción, o bien con la práctica de la prueba en la fase de juicio oral). Y, en caso de verificarse esos elementos, podrá trasladarse entonces la responsabilidad penal entre personas jurídicas, aplicando la norma que se trataba de eludir, imputando o procesando a la entidad sucesora, e imponiéndole medidas cautelares y/o penas de multa o interdictivas.

Esta interpretación también es congruente con el cuerpo doctrinal que el Tribunal Supremo viene configurando en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que «derechos y garantías constitucionales [...] como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., [...] ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta» (STS 154/2016 de 29 de febrero, FD 8.º)(53).

La interpretación propuesta resulta además respetuosa con el principio de responsabilidad personal de las penas, pues la persona jurídica solo responderá por su propio defecto de organización, sin que pueda alegarse que se está tratando de responsabilizar a una persona jurídica diferente y ayuna de responsabilidad.

Por último, con esta interpretación evitamos la responsabilidad objetiva, constitucionalmente proscrita en nuestro ordenamiento, ya que las personas jurídicas deben responder por sus propias acciones y con base en su propia culpabilidad, como han señalado entre otros Zugaldía(54). Y es que, como también ha expresado nuestro Tribunal Supremo, el Código Penal «ha establecido un sis-

(53) Roj: STS 613/2016 - ECLI:ES:TS:2016:613.

(54) ZUGALDIA ESPINAR, J. M., «La teoría jurídica del delito de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, 25 de noviembre de 2019.

tema de responsabilidad penal de la persona jurídica [...] basado en el principio de autorresponsabilidad a partir de los siguientes presupuestos: a) Es exigible un juicio de culpabilidad específico sobre la actuación de la persona jurídica; b) el fundamento de la responsabilidad penal no es objetivo sino que ha de tener su soporte en la propia conducta de la persona jurídica y c) el principio de presunción de inocencia se aplica a la persona jurídica y es autónomo respecto del de la persona física» (STS 234/2019 de 8 de mayo, FD 5.º) (Ponente: Sr. Maza)(55).

Además, desde la perspectiva de la finalidad de la norma se consolida el propósito de la inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento que, según reconoce el propio legislador, es lograr «que las empresas sean cumplidoras»; es decir, que ayuden a prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad y en su beneficio. En efecto estamos ante un sistema donde debe primar la finalidad preventiva de la pena frente a la retributiva(56). Piénsese que, poco o nada lograría nuestro sistema legal sancionado a personas jurídicas cumplidoras con penas de multa o interdictivas por el simple hecho de haber incorporado en su estructura, de buena fe, el patrimonio social de una empresa incumplidora extinta (siempre y cuando esta última no hubiera llevado a cabo la operación con la finalidad de eludir la responsabilidad, precisamente).

Para finalizar este apartado, analizaremos las implicaciones que tendría en el proceso penal la exigencia de la finalidad fraudulenta como requisito para la aplicación del artículo 130.2 CP. Así, conforme al derecho de presunción de inocencia y al principio acusatorio, es exigible que por parte de la acusación (bien sea Ministerio Fiscal o acusación particular) se fundamente y acredite la existencia de indicios (fase de instrucción) o elementos probatorios (juicio oral) que establezcan la existencia de esa finalidad elusiva. Sólo así podrán el Juez Instructor o el Magistrado o Magistrados juzgadores establecer, a través de una resolución suficientemente razonada, el traslado de la responsabilidad penal. Para apreciar el fraude de ley deberá acreditarse que la operación mercantil no perseguía la finalidad usual de la operación, sino eludir la responsabilidad penal. Aplicando los cánones de la sucesión de responsabilidad en el ámbito civil Álvarez Rollo-Villanova expone que «para que pueda apreciarse fraude debe existir una discrepancia entre la causa típica del negocio y la voluntad de las

(55) Roj: STS 1470/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1470.

(56) GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, 2017, pp. 93-139.

partes, dirigida a eludir una norma imperativa». y recuerda que la causa válida se presume, por lo que quien alegue lo contrario, debe probarlo(57); y, en este sentido, con cita la STS 50/2011 de 14 de abril, recuerda sobre la finalidad típica de las modificaciones estructurales, que «son operaciones de naturaleza societaria que se dirigen a facilitar una mejor y más adecuada adaptación de los modelos organizativos de las personas jurídicas para la consecución de sus propios fines». Por lo tanto, el órgano judicial deberá identificar previamente la finalidad fraudulenta. Así, como propone Zabala conforme a la experiencia estadounidense a través de, por ejemplo, el análisis de los proyectos de fusión, o los trabajos de cumplimiento normativo realizados con anterioridad y posterioridad al acometimiento de la actuación mercantil, podrá alcanzar la convicción sobre los indicios o pruebas de la existencia de la finalidad fraudulenta(58).

Desde luego, este modo de proceder, respetuoso con el derecho a la presunción de inocencia, mitigaría los daños que, como advierte Lightowler-Stahlberg, la pena de banquillo causaría en accionistas, trabajadores y terceras partes ante la simple imputación de una sociedad mercantil cotizada(59). En este sentido, cabe recordar que, para la fase de instrucción, la imputación solo puede justificarse si responde a un pronóstico razonable de utilidad para el ejercicio efectivo del *ius puniendi* del Estado. El Instructor debe administrar de forma responsable y razonable las reglas de imputación, no sometiendo al proceso penal a ninguna persona si no hay causa para ello, y no manteniendo dicha situación de imputación si desaparecen las causas o razones que la justificaron.

Por lo que respecta a la disolución/extinción meramente aparente, estaríamos ante una simulación absoluta en la que deberá acreditarse que existe un negocio jurídico (la disolución/extinción) sin que exista voluntad negocial alguna. En este caso el precepto sí aporta herramientas para identificar cuando la disolución es meramente consistentes en que «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».

(57) ÁLVAREZ ROLLO-VILLANOVA, S., *op. cit.*, p. 313.

(58) ZABALA, C., «M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica», *InDret Penal*, 2020, número 2, p. 195. En un sentido similar, GOMEZ-JARA, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Edisofer, 2010, p. 509.

(59) LIGHTOWLER-STAHMBERG JUANES, P., «El tratamiento de las personas jurídicas investigadas: análisis de las resoluciones judiciales más relevantes en la fase de instrucción», *Diario La Ley* núm. 10035, 23 de marzo de 2022.

2. Comprobación de resultados: aplicación en abstracto de nuestra tesis a los supuestos previstos en el artículo 130.2 CP

Una aproximación en abstracto a la aplicación del artículo 130.2 CP con la exigencia de acreditación del fraude debe focalizarse en tres aspectos:

- Primero, identificar si la personalidad jurídica se ha extinguido.
- Segundo, si esta extinción se ha producido fraudulentamente, con la intención de evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica.
- Tercero, localizar el patrimonio transmitido que debiera responder por la responsabilidad penal.

Comenzando con los supuestos de disolución meramente aparente, si atendemos a la regulación de la LSSC analizada antes, en tanto el proceso de disolución no haya concluido con la liquidación del patrimonio, la personalidad jurídica seguirá existiendo, por lo que no se plantearían problemas desde la perspectiva de la responsabilidad penal del ente, que podría ser declarado responsable penal sin dificultad alguna. Su patrimonio (en liquidación) respondería de las penas de multa que le pudieran ser impuestas y, aunque las penas interdictivas pudieran ver mermados sus efectos, en todo caso serían también aplicables. Si, por el contrario, considerásemos que el legislador quiso referirse en realidad a la extinción meramente aparente, entonces entraría en juego la doctrina de la simulación, que conllevaría la declaración judicial de nulidad y retroacción de los negocios jurídicos ilícitos.

Continuando con las modificaciones estructurales previstas en el artículo 130.2 CP (transformación, fusión, escisión y absorción), el posible traslado de la responsabilidad penal dependerá de si con la operación mercantil fraudulenta se ha extinguido la personalidad jurídica del ente responsable y de si, aun persistiendo esa personalidad jurídica, lo que ha desaparecido o menguado es su patrimonio.

Un primer grupo de casos lo constituirían aquellos supuestos en los que la personalidad jurídica no se ha extinguido. Siendo necesario atender, en un segundo nivel, a la situación de su patrimonio. Para autores como Dopico, si se determinase que existe una transformación fraudulenta, la traslación de la responsabilidad penal de la persona jurídica se llevaría a cabo a través de un sencillo proceso de levantamiento del velo⁽⁶⁰⁾. Sin embargo, esta doc-

(60) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 11-38.

trina de origen estadounidense presenta graves inconsistencias en su aplicación en España, por lo que parece menos problemática la aplicación del fraude de ley. Así, si atendemos a la realidad jurídica que suscita un proceso de transformación fraudulenta, la sucesión de la responsabilidad penal no presentará ningún problema, puesto que la personalidad jurídica del ente transformado no se extinguirá y su patrimonio tampoco se verá alterado, por lo que el patrimonio del ente resultante responderá penalmente(61).

En este primer grupo de casos también se encontrarán los supuestos de escisión parcial(62) y de segregación(63) fraudulentas. En estos casos la sociedad infractora seguiría existiendo, lo que reducirá, al menos teóricamente, los problemas de aplicación del artículo 130.2 CP al poder ser declarada responsable penalmente. Sin embargo, pudiera ocurrir que, aun existiendo el ente infractor, la modificación estructural hubiera afectado al patrimonio que debiera responder por el delito(64). Para Dopico(65), en los casos de escisión habría que

(61) El proceso de transformación se regula en el artículo 3 LME que recoge que «en virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica». El ejemplo más sencillo sería el de una sociedad de responsabilidad limitada que se transforma en una sociedad anónima. Este cambio afecta a la organización, no a la personalidad jurídica y no hay transmisión alguna de patrimonio, por lo que, la sociedad resultante se subroga en los derechos y obligaciones de la transformada.

(62) La escisión parcial consiste en «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria» (art. 70 LME). En este supuesto la sociedad escindida no se extingue, sino que reduce su capital social. Se produce el traspaso en bloque y a título universal de una o varias partes del patrimonio a favor de una o varias sociedades, si bien las partes del patrimonio que se traspasan deben formar unidades económicas (ramas de actividad), y los socios de la escindida asumen la condición de socios de las beneficiarias.

(63) La segregación consiste en «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias» (art. 71 LME). Por consiguiente, en la segregación no hay extinción de la sociedad segregada, ni disminuye su capital social, sino que sufre una alteración en la composición de su patrimonio. Se traspasa en bloque por sucesión universal una o varias partes del patrimonio de la sociedad que se segrega. Es la sociedad segregada –y no sus socios– la que recibe las acciones.

(64) Lo más probable es que, si se ha buscado voluntariamente la modificación estructural o la disolución para eludir la responsabilidad penal, entonces se haya procurado proteger el patrimonio de la respuesta punitiva del Estado.

(65) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», *op. cit.*, p. 36.

identificar la entidad resultante en la que se hubiera producido el defecto de organización que posibilitó la comisión del hecho de referencia a fin de valorar qué entidad debiera ser responsable penalmente. Así, el órgano judicial debería atender a la localización del defecto de organización determinante del delito para trasladar esa responsabilidad penal. Esta aproximación es correcta y está centrada en salvaguardar el principio de personalidad de las penas. Sin embargo, esta no da una solución adecuada a los supuestos en que, precisamente, la modificación estructural se hubiera hecho con el propósito de escindir la rama afectada por el delito, reorganizando de tal forma el patrimonio, que la rama heredera del defecto de organización quedara deliberadamente mermada para responder, salvándose el patrimonio en la otra rama. Explicado con un ejemplo, si la sociedad infractora, A, contara con dos actividades diferenciadas, una rama hotelera y otra de seguros, y se escindiera en dos personas jurídicas diferenciadas, A₁ y A₂, resultando que el defecto de organización se habría producido en la rama de seguros, la tesis analizada sugeriría que la traslación de la responsabilidad penal debería realizarse sobre la entidad A₂. Sin embargo, esta solución podría ser insuficiente si, precisamente, el infractor hubiera estudiado la forma de salvar el patrimonio societario en la sociedad no afectada por el defecto de organización. La aplicación del artículo 130.2 CP como un fraude de ley permitiría hacer responsable penalmente al patrimonio inicial en su conjunto sin verse comprometido por el principio de personalidad de las penas.

En el segundo grupo de casos, nos encontraríamos con aquellos en que la modificación estructural fraudulenta ha producido la extinción de la personalidad jurídica. Así, en el caso de una fusión(66) por absorción o una escisión total(67) fraudulentas, al producirse la extin-

(66) La fusión consiste en un procedimiento societario de concentración empresarial, en virtud del cual «dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan» (art. 22 LME). En el proceso de fusión se produce la extinción de las sociedades participantes, produciéndose la transmisión universal del patrimonio (derechos y obligaciones), lo que incluye la absorción de todas las deudas de las que se extinguen.

(67) La escisión total consiste en «la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde» (art. 69 LME). En la escisión total se produce la extinción de la sociedad escindida mediante su disolución sin liquidación. Se produce la división de todo su patrimonio en dos o más partes y se transmite por sucesión universal

ción de la personalidad jurídica de la sociedad absorbida y de la sociedad escindida y la sucesión universal de sus patrimonios, operará la cláusula antifraude (con las exigencias de prueba que hemos advertido en este trabajo), respondiendo penalmente la sociedad absorbente, así como su patrimonio resultante. Es decir, aquí sí operaría el artículo 130.2CP trasladando la responsabilidad penal a la sociedad resultante.

En estos casos se puede presentar un supuesto teórico muy interesante: ¿qué ocurrirá cuando la sociedad absorbida hubiera efectuado la operación mercantil para eludir la responsabilidad penal por hechos anteriores a la fusión, ocultándole a la absorbente su finalidad fraudulenta? Ortiz de Urbina propone que la sociedad adquirente (no culpable) solo responda si ha incurrido en una infracción del deber de cuidado en la operación mercantil(68). Otros, como Goena, consideran que puede justificarse exigir responsabilidad penal a la persona jurídica resultante cuando no «haya implementado un M&A criminal *due diligence* de detección y reacción que le permita distanciarse del ilícito en la entidad originaria por no haber corregido un defecto de organización»(69). En mi opinión, esos planteamientos serán correctos siempre y cuando se constate previamente la finalidad fraudulenta de la sociedad extinguida. Esta aproximación al problema redundaría en los deberes de diligencia de las entidades que van a acometer un proceso de modificación estructural de su sociedad, donde el ejemplo paradigmático sería el de la fusión por absorción.

No obstante, en última instancia, si se acreditase que solo la absorbida conocía la finalidad fraudulenta de la operación, el órgano judicial contaría con una herramienta para modular ese posible traslado de la responsabilidad penal al patrimonio de la entidad resultante, que en realidad habría sido utilizada. En efecto, como elemento de cierre para los casos en que sí se cumpliera el requisito de la existencia de fraude, el legislador ha previsto en el artículo 130.2 CP que el Juez pueda modular el traslado de la pena a la sociedad resultante. Aunque el precepto no lo indica, cabría entender que este traslado podría modularse cuantitativamente (a través de la graduación de la multa), pero también cualitativamente (en atención al alcance de las medidas interdictivas, que podrán limitarse a la rama de negocio donde se produjo el defecto de organización).

de las partes resultantes a favor de dos o más sociedades beneficiarias, de nueva creación o ya existentes.

(68) ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Ortiz de Urbina, I. (coord.), *Memento práctico. Penal económico y de la empresa, 2011-2012*, Ed. Francis Lefebvre, 2011, pp. 153-226.

(69) GOENA VIVES, B., *op. cit.*, pp. 259 ss.

3. Aplicación de esta tesis a casos reales

3.1. SOCIEDAD EN PROCESO DE DISOLUCIÓN

Muchos de los déficits señalados en este trabajo en relación con la redacción del precepto para casos de disoluciones meramente aparentes son puestos de manifiesto en el supuesto de hecho enjuiciado por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Oviedo en su Sentencia núm. 68/2015 de 9 de marzo(70) (Ponente: Sr. Rodríguez Santocildes), ratificada por la Sentencia 371/2017 de 20 de octubre de la Secc. 2.ª Audiencia Provincial Oviedo(71) (Ponente: Sra. Vázquez Llorens). Por un lado, la Fiscalía sostenía que el hecho de que la entidad estuviera en proceso de disolución, y más en concreto en fase de liquidación, no suponía la pérdida de personalidad jurídica, razón por la cual no se había producido la extinción de la responsabilidad penal. Para el Juzgado de lo Penal una interpretación *sensu contrario* del artículo 130.2 CP permitía concluir que la declaración de disolución había supuesto la extinción de la responsabilidad penal, siempre y cuando esta disolución no hubiera sido meramente aparente. Lo cierto es que habría resultado más sencillo si el término empleado por el legislador hubiera sido el de extinción, pero en todo caso, el Juzgado centra acertadamente el debate en si la disolución había sido meramente aparente o no a los efectos de aplicar el artículo 130.2 CP. Concluyendo que, comoquiera que la disolución fue real, no había razón para aplicar el artículo 130.2 CP (FD 6.º):

«Sexto. [...] A la vista de este precepto, una vez afirmada la responsabilidad penal de los acusados personas físicas en los términos que se acaban de exponer, procedería en principio establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos de los ejercicios de 2010 y 2011 en que ya estaba vigente este precepto. No obstante, como ha indicado el Ministerio Fiscal en vía de informe, la cuestión a analizar es si dicha responsabilidad penal se extinguió con ocasión del Auto de 17 de diciembre de 2013 de apertura de la fase de liquidación dictado en el procedimiento concursal, en el cual, de conformidad con lo que establece el artículo 361.2 del Texto Refundido la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio), se dispuso expresamente la «disolución de la entidad». El Ministerio Fiscal argumenta que esta disolución no determinó la extinción de su responsabilidad penal por cuanto la entidad, aun disuelta, conservaba personalidad jurídica, tal y como establece el artículo 371.2 del citado Texto Refundido según el cual «La sociedad

(70) Roj: SJP 10/2015 - ECLI:ES:JP:2015:10.

(71) Roj: SAP O 3095/2017 - ECLI: ES:APO:2017:3095.

disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión “en liquidación”» (en tal sentido, por Auto de 26 de mayo de 2014 dictado en la presente causa se acordó la sucesión procesal de la entidad Enastur S.A. por la entidad Enastur En Liquidación). No obstante, coincidiendo con el Ministerio Fiscal en que estamos ante una cuestión sobre la que no existen precedentes pronunciamientos en la práctica judicial y que solo ha merecido contados análisis doctrinales, estimamos que por aplicación *a sensu contrario* de lo que dispone el artículo 130.2 párrafo 2.º CP la disolución de la sociedad acordada en el Auto del Juzgado de lo Mercantil sí determinó la extinción de su responsabilidad penal, no de otro tipo de responsabilidades, singularmente la responsabilidad civil derivada del delito (art. 120.4 CP). [...] A la vista de este precepto, la disolución que no sea encubierta o meramente aparente de la persona jurídica sí debe determinar la extinción de su responsabilidad penal. No adivinamos otro sentido a dicho redactado que no sea este que acabamos de expresar. y obviamente, una disolución como la que se produjo en este caso, acordada en una resolución judicial en cumplimiento de lo que dispone el artículo 361.2 de la Ley de Sociedades de Capital no puede reputarse aparente o ficticia. No es pues que la extinción de la responsabilidad penal de la sociedad traiga causa de la extinción de su personalidad jurídica, que ciertamente no se produce por la disolución, sino de lo que dispone el transcrito precepto del Código Penal. Del mismo modo que tradicionalmente se entendió que nunca cabía exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas (el principio *societas delinquere non potest*) ahora se establece que sí son responsables penalmente, pero solo hasta su disolución salvo que esta sea ficticia»(72).

Salvando las críticas que pueden hacerse, conforme expusimos al inicio del trabajo, en relación con en el uso de los términos disolución del contrato de sociedad y extinción de la personalidad jurídica, esta solución es acorde con la propuesta de interpretación del artículo 130.2 CP que realizamos, que aboga por la existencia de fraude como *conditio sine qua non* para la aplicación del precepto. Puesto que no hubo simulación ni se apreciaron los elementos de continuidad de la actividad económica ni identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, no procede la aplicación del artículo 130.2 CP. Además, esta solución es coherente con la legislación mercantil, en particular

(72) Roj: SJP 10/2015 - ECLI: ES:JP:2015:10.

con el artículo 361.2 LSC(73), puesto que la declaración de disolución y el inicio de un proceso de liquidación no suponen la pérdida de la personalidad jurídica. Por último, la solución es adecuada a la finalidad de prevención general que ha motivado la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro Derecho penal, reservando la pena de multa y las penas interdictivas para los casos extremos de fraude; en este caso de simulación. Por último, permite mantener incólume las pretensiones civiles que pudieran tener distintos actores contra el patrimonio de la entidad en liquidación, lo que garantiza que, conforme al artículo 371.2 LSC(74), la entidad aun disuelta conserve su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza, manteniendo la responsabilidad civil derivada del delito.

3.2. *MODIFICACIONES ESTRUCTURALES (JURISPRUDENCIA MENOR, CASOS MEDIÁTICOS Y MENCIÓN OBITER DICTA DEL TRIBUNAL SUPREMO)*

Los ejemplos que han confirmado los temores de la doctrina sobre los déficits de la regulación del artículo 130.2 CP han estado relacionados con procesos de fusión de sociedades cotizadas. Algunos de ellos, como veremos, han sido muy mediáticos, lo que centró la atención de la doctrina en el estudio del artículo 130.2 CP por un tiempo. Sin embargo, las soluciones que han aportado nuestros órganos judiciales han sido de lo más variadas. Encontramos resoluciones judiciales que aplican un criterio automático y objetivo de la traslación de la responsabilidad penal. También encontramos resoluciones fundadas en criterios de oportunidad, que tratan de salvar la «aparente» responsabilidad objetiva prevista en la literalidad del artículo 130.2 CP. Y, por último, encontramos resoluciones, como la del Caso Banco Popular, que introducen interesantes valoraciones sobre la finalidad antieiusiva de la cláusula de traslación de la responsabilidad penal. Analizaremos cada uno de los ejemplos.

(73) «Artículo 361. Disolución y concurso.

1. La declaración de concurso de la sociedad de capital no constituirá, por sí sola, causa de disolución.

2. La apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores producirá la disolución de pleno derecho de la sociedad.

En tal caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura de la fase de liquidación del concurso».

(74) «Artículo 371. Sociedad en liquidación.

1. La disolución de la sociedad abre el período de liquidación.

2. La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión “en liquidación”».

En primer lugar, en el caso de la adquisición de Banco de Valencia por CaixaBank el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 en su Auto de 13 de octubre de 2015 (Ponente: Sr. Pedraz), suscribiendo la tesis del Ministerio Fiscal, admitió a trámite una querrela contra los antiguos gestores de Banco de Valencia, pero inadmitió la imputación de dicha entidad y de la sociedad absorbente, CaixaBank, que habían llevado a efecto un proceso de fusión por absorción. El Auto no ofrece un razonamiento muy detallado pero parece dar un gran peso en su decisión al hecho de que el FROB, ergo el Estado, hubiera participado en la operación, llegando a manifestar que la traslación de la responsabilidad penal de la persona jurídica haría peligrar todo el sistema de ayudas concertado tras la crisis económica. Recoge en su FD 2.º

«En cuanto a la responsabilidad penal que se pretende de Banco de Valencia, este Instructor asume, por exhaustivos y extensamente argumentados, los razonamientos alegados por el Ministerio Fiscal para rechazar su imputación, así como la de la absorbente Caixabank SA. Efectivamente, Caixabank SA entra en escena porque el Fondo de Reestructuración Ordenado Bancario, FROB, pone en el mercado las acciones del Banco de Valencia para su adquisición por alguna entidad de reconocida solvencia, lo que provocó su fusión por absorción, expresamente prevista en el artículo 7 del RDL 9/2009 (actuación del FROB con relación a la recuperación y resolución de entidades de crédito); lo que le exime de responsabilidad alguna en la actuación de los investigados».

Esta parca argumentación ampara la decisión en que la operación mercantil se realizó por imperativo legal. Sin embargo, la solución que se defiende en este trabajo habría permitido alcanzar el mismo resultado con mayor seguridad jurídica: comoquiera que la finalidad de la operación no era eludir la responsabilidad penal (no hay un fraude de ley), no entraría en juego el artículo 130.2 CP. Y, obviamente, no existe fraude de ley cuando la fusión por absorción se produjo con intervención del propio Estado. Podemos conocer más detalles de la argumentación sostenida en este caso a través del Auto núm. 246/2019 de 30 de abril que se dictó posteriormente en el seno de otro asunto distinto, el del caso del Banco Popular. Allí la Sección 4.ª analizó el precedente del caso de Banco de Valencia a fin de compararlos y aportó detalles sobre los argumentos esgrimidos por el Ministerio fiscal, concluyendo (FD 4.º)(75):

«Que dicha adquisición –pilotada por un organismo público– implicase la asunción de responsabilidad penal por el adquirente como

(75) Roj: AAN 350/2015 - ECLI:ES:AN:2015:350A.

persona jurídica (Caixabank) no sólo habría hecho inviable el sistema establecido legalmente para el saneamiento bancario, sino que provocaría un sistema de responsabilidad objetiva incompatible con nuestro sistema constitucional y con la correcta interpretación de la norma cuya Exposición de Motivos aludimos. Destacando además que dicha adquisición se deriva del ejercicio de facultades expresamente previstas en las leyes».

Es decir, la fundamentación aúna el rechazo a la responsabilidad objetiva, con la voluntad antielusiva del legislador y con la intervención del Estado en el diseño y finalidad de la operación mercantil. Siendo ciertos esos aspectos, sin embargo la solución habría sido más sencilla si se hubiera centrado el análisis en si la finalidad de la fusión fue eludir la responsabilidad penal de Banco de Valencia o no. La respuesta negativa habría llevado a concluir que no debía operar el traslado de responsabilidad previsto por el artículo 130.2 CP.

En segundo lugar, analizaremos el caso de la adquisición de Banco Popular por Banco Santander, con dos posturas bien diferenciadas. Esta compleja operación societaria se articuló como una venta forzosa del negocio por el FROB en el que, en síntesis, primero se transmitieron las acciones del Banco Popular al Banco Santander y posteriormente se produjo la fusión por absorción, extinguiéndose la personalidad jurídica del Banco Popular. Tiempo después se inició un proceso penal contra el Banco Popular, que motivó la llamada al proceso de la sociedad absorbente, el Banco Santander.

En un primer momento el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 (Ponente: Sr. Calama) estableció «la sucesión procesal por fusión por absorción de sociedades teniendo por dirigido el procedimiento contra Banco Santander»(76). Posteriormente, ratificando su decisión ante un recurso de reforma el Juzgado insistió en la idea de que el mandato del precepto era claro e ineludible(77) y que debía trasladar la responsabilidad al ente resultante de la fusión. El Juzgado de Instrucción hizo suyas las explicaciones del Ministerio Fiscal que consideraba

(76) El Auto de 15 de enero de 2019 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4, en su FJ único traslada de manera automática la responsabilidad penal con el siguiente tenor: «Acreditada en las presentes actuaciones la inscripción del acuerdo de fusión por absorción en el que la entidad Banco Santander S.A. absorbe y adquiere en bloque y a título universal todos los elementos patrimoniales integrantes del activo y del pasivo del Banco Popular Español S.A., y conforme se establece en el artículo 130.2 del Código Penal: «La transformación, fusión, absorción o .», procede acordar la sucesión procesal por fusión por absorción de sociedades y tener por dirigido el presente procedimiento contra la entidad Banco Santander S.A.».

(77) Roj: AAN 428/2019 - ECLI:ES:AN:2019:428A.

que el caso de Banco de Valencia y Caixa Bank (antes analizado) no era equiparable a esta fusión por absorción. Recoge el Auto:

«Cuarto. Sobre la aplicación del artículo 130.2 del Código Penal al Banco Santander. [...] en el caso de las sociedades mercantiles, la pérdida de su personalidad jurídica en casos de fusión por absorción no conlleva la extinción de su responsabilidad criminal, la cual se traslada –por mandato de la ley– a la entidad absorbente. Como es sabido, el referido precepto tiene naturaleza imperativa y, por tanto, el Instructor debe aplicarlo de forma indefectible...» [...]

«Es lo cierto, que la instrucción, entre otras cuestiones, deberá analizar el apartado de riesgos legales contemplados en el proyecto de fusión, con especial detenimiento en los de naturaleza penal. y tras ello, ponderar la posible culpabilidad de Banco Santander S.A. En el orden procesal, deviene necesaria la intervención de dicha entidad en concepto de investigada, con todos los derechos propios de tal condición».

El Auto añadía que sería relevante analizar en la fase de instrucción la *due diligence* de la fusión, para valorar la posible exención de responsabilidad del adquirente. Sin embargo, resulta incongruente que se justificara la imputación del Banco Santander sobre un criterio de atribución de responsabilidad objetivo y vicarial y, sin embargo, se aludiera al posterior análisis de la *due diligence* de la fusión para determinar la culpabilidad del Banco Santander.

Posteriormente, la Sección 4.^a Sala de lo Penal vino a corregir esta decisión y revocó la imputación del Banco Santander mediante su Auto núm. 246/2019(78) (Ponente: Sr. Echarri), al entender que el precedente de Caixabank y Banco de Valencia era idéntico al de Banco Santander y Banco Popular. Sin embargo, aunque la Sala trató la cuestión de la naturaleza antifraude del artículo 130.2 CP, basó su solución en la ausencia de indicios de una conducta delictiva en la sociedad adquirente(79). Por ello, entiendo que la solución de la Sala de lo Penal no es del todo satisfactoria. Si se atiende a la tesis de este trabajo, lo procedente hubiera sido valorar en primer lugar si había indicios de que la operación fusión por absorción se había llevado a cabo

(78) Roj: AAN 3420/2019 - ECLI:ES:AN:2019:3420A.

(79) Para algunos autores como DOPICO, JACOBO, aunque «[l]a ratio decidendi del Auto de la Sala parece sólida y razonable», en realidad «la Sala no era competente para dictar tal resolución» ya que el magistrado instructor debió de suscitar una cuestión de inconstitucionalidad habida cuenta de la existencia de dos vías incompatibles para atribuir la responsabilidad a las personas jurídicas, la del artículo 31 bis CP y la del artículo 130.2 CP [DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas por absorción de sociedades? [...], *op. cit.*, pp. 553 a 566.

para burlar la responsabilidad penal(80). Sin embargo, sostiene el Auto de la Sala que «no se desprende una línea argumental convincente que indique, más allá de una interpretación literal y automática del artículo 130.2 CP, los motivos por los que la entidad absorbente Banco Santander SA, deba ser traída al proceso penal que nos ocupa. No señala qué actuación o conductas de aquella serían tributarias de responsabilidad penal, cuando menos a efectos indiciarios dada la fase procesal en la que nos encontramos ¿Qué conducta dolosa e imprudente grave ha desplegado aquél en los términos exigidos por el artículo 5 en relación con el artículo 31 bis CP? más allá de una interpretación esencialmente literalista del artículo 130. 2CP, despojada de cualquier consecuencia y garantías».

Contrariamente a lo sostenido por la Sala, la cuestión nuclear a analizar consistía en si la fusión fue una maniobra fraudulenta para evitar la responsabilidad penal. Este planteamiento supone adelantar la defensa de la entidad jurídica resultante a la determinación de la existencia de indicios de una fusión en fraude de ley y no tanto el identificar o no un hecho delictivo propio en la entidad resultante, como apunta el Auto. En mi opinión estamos ante dos injustos diferentes y que pudieran no ser excluyentes. Una cosa es identificar si la sociedad infractora trató de eludir la responsabilidad penal por medio de una modificación estructural, y otra distinta identificar si el defecto de organización que propició la comisión de un delito seguía vigente en la entidad resultante, permitiendo la continuación de la comisión del hecho delictivo, como analiza la Sala. Desde luego, bien pudiera no haber existido fraude de ley pero sí perpetuarse y seguir consumándose el delito en la sociedad resultante, lo que motivaría la responsabilidad de la persona jurídica, pero no por sucesión, sino por su propia responsabilidad penal nacida en la sociedad resultante.

El Auto continúa enunciando un argumento que responde a un criterio de oportunidad. Así, recoge que «debido a las graves consecuencias que una aplicación automática del artículo 130.2CP podría acarrear, se deben buscar límites a la misma, en evitación de la aplicación de una responsabilidad meramente objetiva, proscrita por nuestro tribunal Constitucional».

También realiza una exégesis del artículo 130.2 CP que pone en valor el estudio de la tramitación parlamentaria expuesta en este trabajo. Así, razona el Auto que «[e]s ciertamente preocupante que el precepto no haga distinción entre sucesiones fraudulentas, y aquellas

(80) La adquisición de acciones previa no plantea problemas puesto que Banco Popular seguía existiendo y el artículo 130.2 CP solo es aplicable en casos de modificaciones estructurales, no de venta de activos.

que tan solo obedecen a operaciones mercantiles legalmente previstas. Lo contrario, podría implicar una transferencia de responsabilidades penales o civiles *ex delicto* ilimitadas y de dudosa legalidad» y concluye, como la mayoría de la doctrina, que «el precepto está pensando, claramente, en la elusión de la responsabilidad penal a través de operaciones fraudulentas».

Es interesante analizar cómo el tribunal *sí realiza una valoración sobre la* importancia de la finalidad de la operación y así, valora positivamente «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 espurios, acreedores de alguna responsabilidad penal». Insistimos en que este debió de haber sido el debate central que permitiese establecer o negar la imputación del Banco Santander, y que el derecho a la presunción de inocencia y el principio acusatorio exigían que la acusación acreditara estos indicios como presupuestos esenciales para haber si quiera valorado la imputación de la compañía sucesora. Y, es obvio, como ocurría en el caso de Banco de Valencia, que el hecho de que la operación se hubiera articulado a través del FROB y de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, suponía una fuerte presunción de ausencia de fraude.

Y, por último, el Auto de la Sala invoca la protección del principio de personalidad de las penas al establecer, en su FD 6.º, que «en el caso de autos, el Banco Santander, ninguna imputación, ni responsabilidad penal tenía como consecuencia de los hechos que se investigan. No se puede 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 estarían produciendo una vulneración del principio de personalidad de las penas y del de culpabilidad, ya que se haría responder a aquel 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» [...] «en el caso de autos, en la entidad resultante tras la fusión por absorción, no concurre «hecho de referencia» alguno». Una vez más, incide en valorar el comportamiento de la entidad resultante, no tanto para determinar la ausencia de elementos de implicación en el fraude como para acreditar la existencia de una eximente derivada de ese comportamiento posterior al hecho delictivo. Así, establece que «se da una total desconexión, entre el comportamiento del Banco Santander y los supuestos delitos cometidos por los administradores del

Banco popular Español con anterioridad a la fusión y que nada tienen que ver con esta operación. Buena prueba de ello es la actitud adoptada por la entidad absorbente, que ha cambiado no solo por completo los órganos de administración de la entidad, sino también la estructura y el sistema de toma de decisiones, imponiendo la suya propia, y estableciendo los programas de cumplimiento normativos y de prevención adecuados». En todo caso, insistimos en que lo relevante para aplicar el artículo 130.2 CP es que hubiera indicios de fraude de ley; algo que indicara que el Banco Popular y sus gestores iniciaron el proceso de fusión por absorción para extinguir la responsabilidad penal del ente, y esto, como hemos visto, no ocurrió.

En tercer lugar, analizaremos dos resoluciones de la Audiencia Provincial de Barcelona con interpretaciones diametralmente opuestas. Por un lado, la Sección 2.^a en su Auto núm. 63/2018 de 29 de enero(81) (Ponente: Sra. Hita) se amparaba en el concepto de sucesión universal del patrimonio para concluir que, conforme al artículo 130.2 CP, la traslación de responsabilidad debe ser automática. Mientras que la Sección 9.^a en su Auto núm. 285/2019 de 14 de mayo(82) (FD 5.º y 6.º) (Ponente: Sr. Torras) incide en la finalidad antielusión del precepto y en la necesaria observancia de los principios de culpabilidad y responsabilidad por el hecho propio concluyendo que «una interpretación sistemática del artículo 130.2 CP conforme a los principios generales del Derecho penal permitiría excluir la traslación de la responsabilidad penal a la persona jurídica». Además, el Auto incluye una interesante reflexión sobre la necesidad de que «se arbitre por el legislador un trámite incidental en el que, con carácter previo a dicha imputación, y con la premura deseable, pueda apreciarse indiciariamente y de forma contradictoria, el elemento intencional o defecto de organización que permita aplicar el mecanismo sucesorio a la entidad absorbente», y ello a fin de evitar «el reverso tenebroso del estigma reputacional, tan grave en un sector en el que la honorabilidad es requisito legal esencial». No obstante, el Auto parece centrar el elemento que justifica la sucesión en que se advierta la existencia del defecto de organización en la sociedad resultante y no en la finalidad fraudulenta de la operación. Así, defiende la reforma del precepto a fin de que se exija valorar previamente a la aplicación del artículo 130.2 CP «(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

(81) Roj: AAP B 1804/2018 - ECLI: ES:APB:2018:1804A

(82) Roj: AAP B 4499/2019 - ECLI:ES:APB:2019:4499A

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». En otro orden de cosas, pero siendo una reflexión relevante, advierte el auto que «resultan especialmente alarmantes las consecuencias que el legislador parece no haber ponderado ni mensurado correctamente de la aplicación del artículo 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».

Por último, procederemos a analizar dos sentencias del el Tribunal Supremo en las que se hace una mención somera del artículo 130.2 CP. La STS 530/2019, 31 de octubre de 2019 (FD 20)(83) (Ponente: Sr. Magro) ya fue citada al inicio de este trabajo reconoce la finalidad antielusión del precepto al entender que «[c]on ello, el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso, no solo en materia de responsabilidad civil pretende, lo que es clave en el tema que tratamos, y es que se huya de que en un supuesto de transformación societaria se busquen mecanismos para «escapar» de un régimen de imposición de penas a la empresa que se transmite, para que la adquirente asuma activo, pasivo y hasta «la pena» impuesta en el régimen de responsabilidad penal ex artículo 31 bis CP. Si no se produjera la transmisión de la responsabilidad penal y civil en los supuestos de modificación estructural de las sociedades mercantiles podrían admitirse supuestos de fraude en estas transmisiones para dejar sin cumplir la pena, o escapar de los regímenes de la responsabilidad subsidiaria del artículo 120 CP en la modalidad de los núm. 2 o 3 CP, dejando a las víctimas y perjudicados sin percibir sus indemnizaciones ante una transmisión societaria de transformación de su estructura y denominación social».

Sin embargo, *añade* un argumento que podría llegar a entenderse como la admisión de la responsabilidad objetiva del ente resultante cuando afirma:

«Con ello, vemos que existe un régimen de evitación de la extinción de la responsabilidad penal y civil en supuestos de reordenación empresarial y transmisión de activos y pasivos, en cuanto se asume por el adquirente el activo y el pasivo con la contraprestación que se haya pactado en el contrato de cualquiera de las modalidades del ar-

(83) Roj: STS 3515/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3515.

título 1 de la Ley 3/2009, y entre ellas la de cesión prevista en los arts. 81 ss. *Ley 3/2009*. Y, en cualquier caso, las vicisitudes que operen entre cedente y cesionario no perjudicarían a la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120 CP por delito cometido por empleado de entidad bancaria del cedente, ya que se transmite a quien asume el activo y el pasivo sin exclusión posible».

El pronunciamiento de la Sala se realiza *obiter dictum*, puesto que el motivo venía a dar respuesta a una pretensión sobre la sucesión de la responsabilidad civil entre sociedades, lo que explica que no haya un análisis en detalle que merece el precepto. Pero, al afirmar simplemente que existe un régimen de evitación de la extinción de la responsabilidad penal y civil en supuestos de reordenación empresarial y transmisión de activos y pasivos, en cuanto se asume por el adquirente el activo y el pasivo, sin anudar esta responsabilidad (al menos la penal) a la existencia de fraude, podría llegar a sostenerse que se está amparando una responsabilidad automática por parte del adquirente.

En el segundo de los pronunciamientos (Sentencia núm. 109/2020, FD 9)(84) el TS (Ponente: Excmo. Sr. Magro) también menciona de manera colateral el artículo 130.2 CP afirmando que existe una traslación directa de responsabilidad penal «para evitar el fraude de la transmisión de empresas que están sometidas a un proceso penal con extinción de la investigada y traslación del patrimonio a una nueva».

En suma, como se aprecia de los precedentes analizados, la interpretación del complejo precepto presenta escasa seguridad jurídica y es preciso que, si no se mejora la redacción del artículo 130.2 CP, al menos el Tribunal Supremo en su labor nomofiláctica establezca un criterio orientativo para una actividad empresarial tan importante como es la de las operaciones societarias. En esta labor, una interpretación como la sostenida en este trabajo, centrada en la valoración de la finalidad fraudulenta como requisito para la aplicación del precepto (ya sea el fraude de ley para modificaciones estructurales, ya la simulación en la disolución) permite obtener una solución que satisface la voluntad del legislador y es congruente con los derechos y principios fundamentales que inspiran nuestro Derecho penal.

V. CONCLUSIONES

El artículo 130.2 CP presenta incongruencias muy relevantes con respecto a conceptos mercantiles consolidados, lo que ha provocado

(84) Roj: STS 1934/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1934

dudas interpretativas que han dado lugar a resoluciones judiciales inconsistentes con la legislación mercantil y, en ocasiones, aparentemente más inspiradas en criterios de oportunidad que en el principio de legalidad.

El análisis crítico realizado sobre el precepto y el estudio de su tramitación parlamentaria, justifican sostener que la existencia de fraude debe ser un requisito necesario para que se pueda efectuar el traslado de la responsabilidad penal entre sociedades. Por consiguiente, el artículo 130.2 CP solo será aplicable en aquellos casos en que se acredite que la disolución, transformación, fusión o escisión ha sido realizada con el objetivo de burlar la responsabilidad penal de una persona jurídica. *Sensu contrario*, no podrá establecerse la responsabilidad objetiva de la persona jurídica afectada por la vicisitud correspondiente (disolución o modificación estructural), ni trasladar automáticamente la responsabilidad de una sociedad a otra. En los casos de disolución meramente aparente, estaremos ante un supuesto de simulación, mientras que en los casos de modificaciones estructurales fraudulentas estaremos ante un fraude de ley.

Esta solución es coherente con una interpretación integral del Código Penal y la voluntad del Legislador, con los principios que, en relación con las personas jurídicas, informan el Derecho penal (principio de culpabilidad, personalidad de las penas y presunción de inocencia) y con la regulación mercantil. Además, esta interpretación refuerza la finalidad preventiva general de la norma. Asimismo, cabe sostener que la aplicación de esta interpretación a los casos más mediáticos en que se ha aplicado el artículo 130.2 CP por nuestros órganos judiciales permiten alcanzar los mismos resultados, pero con un sustrato que refuerza la seguridad jurídica frente a las soluciones basadas en criterios de oportunidad que priman en la actualidad.

Por último, *lege ferenda*, sería recomendable que el legislador adaptase el precepto a la legislación mercantil. En primer lugar, sustituyendo el término «disolución» por el de «extinción» delimitando con certeza cuando se extingue la responsabilidad penal. En segundo lugar, por lo que respecta a los casos de transformación, fusión, absorción y escisión, debiera sustituirse la mención a esas concretas modalidades de modificación estructural (que no cubren todo el espectro de la LME ni de la realidad mercantil), por una redacción que estableciera presupuestos necesarios para identificar el fraude de ley ante cualquier mecanismo mercantil que afectase a la estructura de la persona jurídica, dotando a nuestros tribunales de herramientas legales para acordar la sucesión de la responsabilidad penal entre personas jurídicas en caso de fraude.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Las modificaciones estructurales y la sucesión universal como transmisión de patrimonios», en Almacén de Derecho, 4 de octubre de 2019. Disponible en: <https://almacenederecho.org/las-modificaciones-estructurales-y-la-sucesion-universal-como-transmision-de-patrimonios> (última consulta: 16 de junio de 2023).
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Sobre la ejecución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Pérez-Cruz Martín, A. J. (dir.), Neira Pena, A. M. (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 333 a 374.
- ÁLVAREZ ROLLO-VILLANOVA, S., *La sucesión universal en las modificaciones estructurales*, Ed. Dykinson, 2017.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», en Zugaldía, Espinar, J. M. (coord.) *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 93 y 94.
- CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La responsabilidad penal de la persona jurídica: fundamentos y sistema de atribución», en Silva Sánchez (dir.), Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Atelier, 2020, pp. 73 a 95.
- CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 304 a 322.
- CORTÉS BECHIARELLI, E., «Límites a la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica» en Juanes Peces (dir.), Díez Rodríguez (coord.), *Memento Experto Responsabilidad penal y procesal de las Personas Jurídicas*, Ed. Francis Lefebvre, 2015, pp. 173 a 175.
- DEL ROSAL BLASCO, B. y LIGHTOWLER-STAHMBERG JUANES, P., «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada del delito) en los supuestos de sucesión de empresa», *Diario La Ley*, núm. 9126, 25 de enero de 2018.
- DIAMANTIS, M., «Successor Identity», en *36 Yale Journal on Regulation 1* (2019), *U Iowa Legal Studies Research Paper No. 2018-07*, de 27 de febrero de 2018, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3131184>.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas por absorción de sociedades? A la vez, algunas consideraciones constitucionales al hilo del caso Santander-Popular (SAN núm. 246/2019, de 30 de abril)» en Gómez, V. (dir.), Valiente, V. (coord.) *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Ed. Boletín Oficial del Estado (Colección: Derecho penal y Procesal Penal núm. 13), 2022, pp. 553 a 566.
- «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» en DE LA MATA, N.; DOPICO, J.; LASCURAÍN, J. A., y NIETO, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Dykinson, 2018, pp. 161 ss.

- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas» en Ortiz de Urbina, I. (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, 2010, pp. 35 a 38.
- ECHEVERÍA BERECIARTUA, E., *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2021.
- FARALDO CABANA, P., «Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el artículo 130.2 CP», en Cancio, M. y Basso, G. (coord.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. I, Ed. UAM Ediciones, 2019, pp. 431 a 444.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en BAJO, M.; FEIJOO, B., y GÓMEZ-JARA, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas. 2016, cap. XI pp. 297 ss.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Díaz-Maroto, J. (dir.), *Estudio sobre las reformas del Código Penal*, Ed. Civitas. 2011, cap. pp. 65 a 141.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, 2012, pp. 73 a 77.
- GIL GIL, A.; LACRUZ LÓPEZ, J. M.; MELENDO PARDOS, M., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Las consecuencias jurídicas del delito y la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en *Consecuencia jurídicas del delito*, Ed. Dykinson, 2018, pp. 505 a 522.
- GOENA VIVES, B., «Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?», en *Indret Penal 2022*, número 1, pp. 259 ss.
- *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, 2017, pp. 93 a 139.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Edisofer, 2010, p. 509.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* núm. 7534, 23 de diciembre de 2010. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkNTAwwT A7WY1KLizPw827DM9NS8klQAzmvY8CAAAAA=WKE>.
- GRIMM, D., «The foreign corrupt practices act in merger and acquisition transactions: successor liability and its consequences» en *7 N.Y.U. Journal of Law and Business* 247 (2010) de 23 de abril de 2015. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2597399#
- LIGHTOWLER-STAHMBERG JUANES, P., «El tratamiento de las personas jurídicas investigadas: análisis de las resoluciones judiciales más relevantes en la fase de instrucción», *Diario La Ley* núm. 10035, 23 de marzo de 2022.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho procesal penal*, 5.^a edición. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

- DE LA CALLE PERAL DE VERGARA, J. A., *et al.*, «Modificaciones estructurales» y «Disolución, liquidación y extinción», en *Memento práctico Sociedades mercantiles*, Ed. Francis Lefebvre, 2021, caps. 21 y 23. Disponible en: https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?jsessionid=134BF1284C95817731B9A06834C2D20E.TC_ONLINE01?producto=UNIVERSAL&pestanas=pestanas_mementos#pestanas_mementos.
- MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Curso de Derecho penal, Parte General*, Ed. Dykinson, 2011, Lección 38, pp. 1065 a 1886.
- MORAL DEL GARCÍA, A., «Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español» en Pérez-Cruz, A. J. (dir.), Neira A. M. (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 47 a 76.
- MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos» en Quintero Olivares (dir.), Morales, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal español*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 805 a 846.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y CHIESA, L. E., «Compliance y responsabilidad penal de los entes colectivos en los EE.UU». en Gómez, J. L. (dir.), Madrid, C. (coord.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 1501 a 1541.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Ayala, Ortiz de Urbina (Coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, Ed. Francis Lefebvre 2016, pp. 165 a 258.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Ortiz de Urbina, I. (coord.), *Memento práctico. Penal económico y de la empresa, 2011-2012*, Ed. Francis Lefebvre, 2011, pp. 153 a 226.
- QUINTERO OLIVARES, G., «La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas, artículo 130 CP» en Quintero Olivares, G. (dir.) *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Ed. Aranzadi, 2020, pp. 76 ss.
- QUINTERO OLIVARES, G. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Disolución de sociedades y extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Almacén de Derecho, 1 de mayo de 2021. Disponible en: <https://almacendederecho.org/disolucion-de-sociedades-y-extincion-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas> (última consulta: 16 de junio de 2023).
- RAGUÉS I VALLÉS, R., «La imputación subjetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de la empresa» en RAGUÉS I VALLÉS, R. y ROBLES, R., *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Ed. Atelier, 2018, pp. 93 a 118.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programa de cumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020.

- ROBLES PLANAS, R., «Pena y persona jurídica. Crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, núm. 7705, 2011.
- SCHULLER RAMOS, S., «Análisis del artículo 130.2 del Código Penal: responsabilidad de la empresa adquirente por delitos cometidos por la adquirente: continuidad patrimonial o económica de la empresa», *Diario La Ley Penal*, núm. 155, marzo-abril de 2022.
- VELASCO NÚLEZ, E., *10 años de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2020, pp. 96 a 100.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., *Lucha contra la corrupción, Compliance e investigaciones internas. La influencia del Derecho estadounidense*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., «M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Indret Penal 2020*, número 2, p. 195.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. y TRENDAFILOVA, S., *Manual de investigaciones internas*, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2020, pp. 40 ss.
- ZUGALDIA ESPINAR, J. M., «La teoría jurídica del delito de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, 25 de noviembre de 2019.

