



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA TRANSMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL ENTRE PERSONAS JURÍDICAS**

**REFLEXIONES EN TORNO AL CASO "BANCO
POPULAR"**

Autor: Laura Asensio Pérez

5º E3 C

Derecho Penal Económico

Tutor: Prof. María Teresa Requejo Naveros

Madrid

Abril, 2022

*“Decís vosotros que los tiempos son malos,
sed vosotros mejores y los tiempos serán mejores:
vosotros sois el tiempo.”*

(San Agustín)

*A mi familia, sobre todo a mi madre, gracias por el apoyo
incondicional que me has dado siempre.
Por no soltarme nunca de la mano y por confiar siempre en mí.
Soy quien soy gracias a vosotros.*

*A la gran familia que me ha dado la Santa Casa:
Muga, Meri, Tebar, Victoria, Paniagua...
y todos mis chicos de E2, gracias por formar parte
de una de las mejores etapas de mi vida.*

*Me gustaría dar las gracias a todos
aquellos profesores de ICADE que me
han acompañado y guiado en este camino.*

Por último, a mi Juanma.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Listado de siglas.....	1
Resumen.....	2
Abstract.....	3
Introducción.....	4

Capítulo I. La Naturaleza de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

1.1 Marco teórico para la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	7
1.1.1 Regulación anterior a la LO 5/2010, de 22 de junio	8
1.2 Actual modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas	12
1.2.1 La Reforma del Código penal de 2010 establecida por la LO 5/2010	12
1.2.1.1 Análisis del artículo 31 <i>bis</i> del Código penal.....	12
1.2.1.2 Sistema <i>numerus clausus</i> de incriminación de las personas jurídicas	16
1.2.2 La Reforma del Código penal de 2015 establecida por la LO 1/2015	19

Capítulo II. El Sistema de traslado y extensión de la Responsabilidad Penal entre Personas Jurídicas. El soporte socio-legal del artículo 130.2 CP

2.1 La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	24
2.2 El análisis del artículo 130.2 del Código penal: la sucesión de la responsabilidad penal	26
2.2.1 Las modificaciones que pueden experimentar las personas jurídicas mencionadas en el artículo 130.2 del Código penal	29

2.2.1.1.1	La transformación de sociedades	30
2.2.1.1.2	La fusión de sociedades.....	30
2.2.1.1.3	La escisión de sociedades	31
2.2.1.1.4	La cesión global de activo y pasivo	32
2.2.2	Los efectos de las modificaciones estructurales en el mantenimiento de la personalidad de las personas jurídicas	33

Capítulo III. El estudio del caso “Banco Popular”

3.1	Los antecedentes del caso	36
3.1.1	La historia del Banco Popular Español.....	36
3.1.2	La historia del Banco Santander	38
3.2	La operación de fusión entre el Banco Santander y el Banco Popular Español	39
3.3	Las consecuencias de la operación de fusión entre el Banco Santander y el Banco Popular Español	42
3.4	El tratamiento jurisprudencial de la transmisión de la responsabilidad penal entre personas jurídicas.....	46

Capítulo IV. Conclusiones

	Conclusiones.....	51
	Bibliografía.....	53
I.	Legislación	53
II.	Jurisprudencia.....	55
III.	Obras doctrinales	56
IV.	Recursos de internet.....	60

LISTADO DE SIGLAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
LO	Ley Orgánica
FROB	Autoridad de Resolución Ejecutiva
BFA	Banco Financiero y Ahorros
LME	Ley sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades Mercantiles

RESUMEN

Se presenta una investigación sobre la extinción y la transmisión de la responsabilidad penal entre personas jurídicas, su tipicidad y regulación en el actual Código penal español. Asimismo, se examina el fundamento del precepto cuya constitucionalidad se cuestiona ampliamente desde su introducción en nuestro ordenamiento penal. Con posterioridad, se lleva a cabo el estudio de la operación de reestructuración empresarial entre el Banco Santander y el Banco Popular Español, con el fin de revisar las diferentes posturas que han surgido ante dicha operación y, evaluar los efectos sobre la responsabilidad penal que se derivan en la práctica.

Con este propósito se establece un marco teórico estructurado en cuatro capítulos. Un primer capítulo de aproximación conceptual, en el que se estudia la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un segundo capítulo centrado en el análisis detallado del sistema de traslado y extensión de la responsabilidad penal entre personas jurídicas, recogido en la disposición 130.2 del Código penal. Un tercer capítulo en el que se aborda el estudio del caso “Banco Popular” junto al tratamiento jurisprudencial en torno a dicha cuestión. Y un último capítulo, el cuarto, en el que se presentan las conclusiones del trabajo.

Palabras clave:

Responsabilidad penal de las personas jurídicas, reestructuración empresarial, principio de culpabilidad, Código penal español, principio *societas delinquere non potest*.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to present an investigation of the extinction and transfer of criminal liability between legal persons, its typicity and regulation in the current Spanish criminal Code. It also examines the basis of the precept, the constitutionality of which has been widely questioned since its introduction into our criminal law. Subsequently, a study is made of the corporate restructuring operation between Santander Bank and Spanish Popular Bank, to review the different positions that have arisen in relation to this operation and to evaluate the effects on criminal liability that are derived in practice.

For this purpose, a theoretical framework is presented, structured in four chapters is established. The first chapter is a conceptual approach, in which the nature of the criminal liability of legal persons is studied. A second chapter focuses on the detailed analysis of the system of transfer and extension of criminal liability between legal persons, set out in provision 130.2 of the Criminal Code. A third chapter deals with the study of the "Popular Bank" case together with the jurisprudential treatment of this issue. And a final chapter, the fourth, in which the conclusions of the research are presented.

Keywords:

Criminal liability of legal persons, corporate restructuring, principle of culpability, Spanish criminal Code, principle "*societas delinquere non potest*".

INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más relevantes que introdujo la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se vio modificada la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fue el reconocimiento y admisión por el Ordenamiento Jurídico Español de la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Con este hecho se puso término al tradicional *principio societas delinquere non potest*, que impedía considerar responsable penal de un delito a una persona jurídica¹.

La trascendencia que supuso este cambio ha suscitado, desde entonces, un grandísimo interés doctrinal y jurisprudencial, principalmente en torno a aspectos tales como: (i) el fundamento de la responsabilidad penal que se le reconoce a la persona jurídica; (ii) sus efectos; (iii) los derechos de la persona jurídica como imputada; o (iv) los modelos de imputación, entre otros. En consecuencia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha ocupado un papel dominante en los debates doctrinales penales de los últimos tiempos².

Pese a todo, algunas de las cuestiones con más importancia en la práctica, como la transferencia de la responsabilidad penal en los supuestos de modificaciones estructurales de la persona jurídica, no han sido objeto de un estudio particularmente profundo³. Precisamente, se trata de un factor decisivo en las operaciones de sucesión de empresas y al mismo tiempo, supone una problemática al confrontarse con el principio de personalidad de las penas, el cual siempre ha regido nuestro Ordenamiento penal.

Según este principio, la pena solo puede ser impuesta a aquella persona responsable penalmente del delito cometido, sin posibilidad de extender dicha responsabilidad y sus efectos, propiamente penales, a terceros no responsables⁴.

¹ Zungaldía, J.M., (2010) “Societas delinquere non potest. Análisis de la reforma operada en el Código penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio”, *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* (76).

² Del Rosal, B., & Lightowler-Stahlberg, (2018). La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia, *Diario de La Ley*, 9126.

³ *Id.*

⁴ Enciclopedia Jurídica. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/personalidad-de-las-penas/personalidad-de-las-penas.htm>

No obstante, el artículo 130.2 del Código penal, introducido por la mencionada Ley Orgánica 5/2010, recoge las modificaciones estructurales que puede experimentar la persona jurídica condenada (transformación, fusión, absorción o escisión) y defiende la traslación de su responsabilidad penal a la entidad o entidades resultantes, por el simple hecho de participar en una de estas operaciones de reestructuración, sea fraudulenta o no⁵.

Así pues, el Legislador defiende una traslación ciega o automática de la responsabilidad penal, con la intención de evitar ciertas lagunas de inmunidad e impedir que las prácticas delictivas, que puedan efectuarse en este contexto, queden impunes⁶.

A razón de lo expuesto, la regulación que ofrece el Código penal ante esta cuestión es escueta y muy ambigua, y no satisface las necesidades de seguridad y certeza preceptivas.

Por ello, el presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objetivo presentar la naturaleza y tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español, concretamente de la figura del traslado de la responsabilidad penal en los casos de modificaciones estructurales. Para posteriormente, llevar a cabo una interpretación sistemática de dicha figura, con el propósito de clarificar su contenido y proporcionar seguridad jurídica ante agentes económicos que puedan verse implicados en algún supuesto recogido por el mencionado precepto.

Con esta misma finalidad, se revisarán las posturas doctrinales de juristas y expertos en la materia existentes hasta la fecha.

A fin de realizar esta investigación, como se ha adelantado, el presente trabajo se va a organizar en cuatro capítulos diferentes:

En el primer capítulo, se realiza un breve recorrido histórico para conocer las diversas regulaciones anteriores a la reforma que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Seguidamente, se analiza

⁵ Art 130.2 CP.

⁶ Luzón Campos, E. (2019). Consideraciones a la traslación de responsabilidad penal de personas jurídicas en casos de absorción. *Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal*.

la naturaleza y tipicidad de la mencionada responsabilidad. A continuación, el segundo capítulo, se centra en la revisión del sistema de transmisión y extensión de la responsabilidad penal en casos de reestructuración empresarial.

En el tercer capítulo del marco teórico, se analiza en detalle uno de los supuestos más controvertidos del panorama español sobre la transferencia de responsabilidad penal entre personas jurídicas, el llamado caso “Banco Popular” y se plantean las diferentes posturas suscitadas ante dicha operación. Por último, en el capítulo cuarto, se presentan las conclusiones alcanzadas.

CAPÍTULO I. LA NATURALEZA PENAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1.1 MARCO TEÓRICO PARA LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA

En primer lugar, antes de dar comienzo a la línea de estudio planteada, conviene presentar brevemente el marco teórico prevalente para la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España.

Tradicionalmente, el Derecho Penal ha sido destinado a juzgar conductas típicamente humanas, de tal manera que, solo las personas individuales dotadas de voluntad, absoluta libertad y plenas facultades psicológicas podían ser sujeto activo de un delito⁷. De este modo, el esquema tradicional de la teoría del delito se caracteriza por haberse formulado tomando como referencia exclusiva a la persona física. Sobre la base de lo anterior, y de acuerdo con el principio enunciado en latín “*societas delinquere non potest*”, la ley negaba la posibilidad de considerar responsable penal de un delito a una persona jurídica⁸.

Sin embargo, el devenir de los tiempos y el surgimiento de las grandes empresas y asociaciones de personas dio lugar al nacimiento de nuevas formas de delincuencia llevada a cabo en el seno de las mismas, poniendo en evidencia la deficiencia de la teoría del delito hasta el momento consolidada⁹. Es entonces cuando se advirtió al respecto, que a pesar de que cualquier actuación delictiva en el marco de una compañía partía de la acción de una persona humana, lo cierto es que se hacía pertinente una regulación específica para sancionar la comisión de hechos delictivos en el seno de las personas jurídicas, en su propio beneficio, directo o indirecto.

⁷ Escrihuela, J. (2019). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Escuela Internacional de Doctorado, UCAM, Murcia.

⁸ Cobo del Rosal, M. (2012). *Societas delinquere non potest*. *Anales de Derecho*, 30, 1-14.

⁹ Rubianes, H. F., & Acosta, M. G. (2018). Justificación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Polo del Conocimiento*, 3, 182-208.

De este modo, se abrió el camino para habilitar en España el estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas como mecanismo independiente de la responsabilidad penal declarada para la persona física autora del delito¹⁰.

Para analizar y comprender el desarrollo de esta materia se deben tomar como punto de partida las diversas regulaciones y concepciones doctrinales anteriores a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010. Dicha reforma, hace realidad el reconocimiento expreso de la responsabilidad penal de la persona jurídica, de forma independiente de la responsabilidad que pueda descansar sobre las personas físicas vinculadas a ella¹¹.

1.1.1 Regulación anterior a la LO 5/2010, de 22 de junio

Tradicionalmente, la capacidad de incurrir en un delito se ha vinculado a la idea de libertad individual o de culpabilidad, de forma que solo se concebía a la persona natural como la única posible autora de delitos. En consecuencia, como se ha mencionado previamente, no se contemplaba la posibilidad de que las personas jurídicas pudiesen delinquir. No obstante, las transformaciones sociales y políticas experimentadas en los últimos 50 años han ido haciendo cada vez más patente la necesidad de sancionar a las personas jurídicas, por ser utilizadas como medios para cometer hechos delictivos. Esto se explica por el ingente incremento de la criminalidad en el seno de corporaciones, asociaciones y empresas debido, en gran parte a la irresponsabilidad penal de las personas físicas que actúan en su nombre¹².

En este contexto, y con anterioridad a la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal, fueron introducidos los artículos 129 y 31 del mismo texto legal para dar respuesta a esta tendencia político criminal cada vez más imperante¹³.

¹⁰ *Id.*

¹¹ Serrano, Ó. (2016). Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* (24).

¹² Vasco Mogorrón, M. d. (2000). La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español a partir del Nuevo Código Penal Español. *Derecho y Sociedad* (14).

¹³ Goena, B. (2013). La nueva Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Un análisis desde el 31 *bis.4* CP.

Así, el artículo 129 del Código penal fue la primera respuesta novedosa que surgió en 1995 ante esta nueva realidad, pues presentaba una serie de medidas o consecuencias accesorias para las empresas, asociaciones y organizaciones delictivas, con el fin de prevenir la continuidad de las actividades delictivas y de sus efectos¹⁴. Dichas medidas eran las siguientes:

- Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter definitivo o temporal (no más de 5 años).
- Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, asociación o fundación (no más de 5 años).
- Prohibición de realizar actividades u operaciones de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido el delito, de modo definitivo o temporal (no más de 5 años).
- Intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores (no más de 5 años).

Por su parte, en el año 2003, la LO 15/2003 introdujo el artículo 31 en el Código penal, como segunda medida hacia un sistema penal de responsabilidad de las personas jurídicas. Dicho artículo contaba con dos apartados:

En el primero de ellos se estableció la responsabilidad penal por actuaciones en nombre de otro, indicando que los administradores de una entidad deberían responder personalmente por el delito perpetrado en su seno, siempre que se dieran en la persona jurídica todas las condiciones requeridas por el delito para poder ser sujeto del mismo¹⁵. Dicho con otras palabras, esta norma determinó que serían las personas físicas las que cargarán con las consecuencias jurídicas derivadas de un acto o un hecho delictivo

¹⁴ Escrihuela, J. (2019). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Escuela Internacional de Doctorado, UCAM, Murcia, op.cit.

¹⁵ Goena, B. (2013). La nueva Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Un análisis desde el 31 *bis*.4 CP, op.cit.

consumado en el marco de la persona jurídica en cuyo nombre actuaban, de forma que se pudieran cubrir algunos vacíos legales de punibilidad.

Por otra parte, el segundo apartado del artículo 31 del Código penal de entonces, determinó que cuando la pena por los supuestos del artículo 31.1 consistiera en una multa, además de la persona física, también respondería del pago de la misma, de manera directa y solidaria, la persona jurídica, en cuyo nombre y por cuenta se había actuado¹⁶. Con lo cual, este artículo instauró la atribución de responsabilidad patrimonial a una persona jurídica por el hecho de otro¹⁷.

Asimismo, esta regla contaba con una aplicación restringida únicamente para los autores del delito excluyendo, de esta forma, a los partícipes. Por añadidura, no establecía como condición necesaria que el administrador hubiese actuado en beneficio de la persona jurídica, sino que bastaba solamente con que hubiera delinquido en nombre y por cuenta de la misma¹⁸.

De este modo, el legislador español de 2003 instauró estrictamente un mecanismo para garantizar el pago de la pena de multa¹⁹. Con lo cual, todo ello, y esencialmente con motivo de la reforma operada por la LO 1/2010, llevó a la derogación del artículo 31.2 del Código penal.

De todo lo anteriormente expuesto, puede afirmarse que la reforma efectuada por la LO 5/2010 en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, es el resultado de un progreso en el Derecho Español que ya operaba con anterioridad al año 2010. Y que finalmente, es el 22 de junio de ese año, con la aprobación de la reforma del Código, cuando se hace efectivo el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona

¹⁶ Art. 31.2 CP de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre del Código Penal (BOE 283, de 26 de noviembre de 2003).

¹⁷ Silva, J., & Ortiz de Urbina, I. (2006). El art. 31.2 del Código penal. *InDret*. Obtenido de <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/121374/167822>

¹⁸ Goena, B. (2013). La nueva Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Un análisis desde el 31 *bis*.4 CP, *op.cit*.

¹⁹ Silva, J., & Ortiz de Urbina, I. (2006). El art. 31.2 del Código penal. *InDret*, *op.cit*.

jurídica independientemente de la responsabilidad que pueda afectar a las personas físicas vinculadas a ella²⁰.

Posteriormente, el 1 de julio de 2015 entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015 que profundiza, como se verá, un poco más en ciertas cuestiones que integran la responsabilidad penal de la persona jurídica²¹.

Por último, resulta conveniente resaltar que el reconocimiento y la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas inauguró multitud de problemas en cuanto a la interpretación y aplicación de la normativa penal en este ámbito²². No obstante, en los últimos años han surgido numerosos pronunciamientos de algunas Audiencias Provinciales, así como sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en los que, se han fallado sobre cuestiones relacionadas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De tal forma que, se ha ayudado a arrojar luz a esta ardua materia.

Sin embargo, existen otros aspectos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas de los cuales aún los tribunales no han tenido numerosas ocasiones de pronunciarse²³. Uno de estos aspectos a los que se hace alusión es, concretamente, el que se pretende abordar en este Trabajo Fin de Grado, y que tiene que ver con la cuestión de si debe transmitirse la responsabilidad penal de una persona jurídica a otra que no ha tenido implicación alguna en el hecho delictivo perpetrado por la primera.

²⁰ Gómez Fraga, A. (2019). *¿De Dónde Venimos y a Dónde vamos? Sobre La Propuesta Reforma De La Responsabilidad Penal De La Persona Jurídica y el Nuevo Delito De Administradores*. Obtenido de Uria:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4362/documento/art01.pdf?id=5570>

²¹ Serrano, Ó. (2016). Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* (24), op.cit.

²² Serrano, Ó. (2014). Contenido y Límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal. *Diario LA LEY*.

²³ Zabala, C. (2020). M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista para el Análisis del Derecho* (3). Obtenido de M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

1.2 ACTUAL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Una vez se han abordado las regulaciones y normativas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas anteriores a la actual, se va a proceder a la revisión exhaustiva y pormenorizada del vigente modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

1.2.1 La Reforma del Código penal de 2010 establecida por la LO 5/2010

1.2.1.1 Análisis del artículo 31 *bis* del Código penal

El artículo 31 *bis*, establecido por la LO 5/2010, introdujo como novedad en nuestro ordenamiento jurídico un modelo de responsabilidad penal directo e independiente de las personas jurídicas respecto de las personas físicas vinculadas a ellas.

Se trata de la admisión de declaración de autoría de la persona jurídica respecto de un delito cometido en su seno, al mismo tiempo que proclama la autoría de la persona humana que comete el acto delictivo y que está vinculada a la primera²⁴. De forma que, se consigna, por primera vez, un vínculo entre las actuaciones de las personas físicas y la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁵.

Del mismo modo, este nuevo modelo de responsabilidad penal que se establece es independiente²⁶, de forma que, pese a ser necesaria la constatación de la comisión de un delito por una persona física vinculada a una persona jurídica, no se precisa de la previa declaración de culpabilidad de dicha persona física para condenar a la persona jurídica²⁷.

²⁴ *Id.*

²⁵ Gutiérrez, C. (2016). *El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material*. Universidad Autónoma de Barcelona.

²⁶ Por el contrario, el modelo de responsabilidad penal dependiente implica que para que la persona jurídica sea condenada penalmente, primero debe haberse iniciado un proceso penal contra una persona física e, incluso, se haría necesaria una declaración previa de culpabilidad de la misma (Mendo Estrella, 2017).

²⁷ Gutiérrez, C. (2016). *El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material*. Universidad Autónoma de Barcelona, op.cit.

Asimismo, tampoco es exigible la individualización de la concreta persona física responsable del acto para poder dirigir el procedimiento contra la persona jurídica en cuestión, tal y como lo manifiesta el Legislador en el apartado segundo del artículo 31 *bis* del Código penal de 2010:

*“2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. [...]”*²⁸.

Por tanto, conforme a esta norma, las personas jurídicas pasan a ser penalmente responsables de los delitos siempre y cuando concurra alguno de los criterios recogidos por el artículo 31.1 *bis*:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

*En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos **el debido control** atendidas las concretas circunstancias del caso”*²⁹.

Concretamente, conforme al primer criterio de imputación recogido en el artículo 31.1 *bis*, se dispone que las personas jurídicas son penalmente responsables de los delitos efectuados en su nombre o por cuenta de estas, por sus administradores, representantes legales o por aquellas personas que poseen facultades de organización y control sobre ellas.

²⁸ Art. 31.2 *bis* de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE núm.152, de 23 de junio de 2010).

²⁹ Art. 31.1 *bis* de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE núm.152, de 23 de junio de 2010).

En este caso, el traslado de la responsabilidad penal a la persona jurídica se fundamenta en el defecto de organización y gestión interna al que debe hacer frente esta para prevenir la comisión de delitos en su seno³⁰.

De este modo, cuando un representante legal o administrador de una sociedad comete un delito que genera algún provecho para la persona jurídica, esta asumirá la responsabilidad penal, la cual vendrá motivada concretamente por el fundamento “*culpa in eligendo*”³¹. Dicho concepto se trata de una expresión que puede traducirse como “culpa en la elección”. Por tanto, la persona jurídica asume la responsabilidad penal por la falta de cuidado en la elección de la persona física que ha actuado incumpliendo la legalidad penal³².

De acuerdo con el segundo criterio de imputación, se establece que las personas jurídicas serán responsables de los delitos cometidos en provecho de las mismas por quienes, encontrándose bajo la autoridad o poder de dirección de las personas físicas nombradas anteriormente, hayan podido realizar los hechos delictivos por no haberse ejercido el debido control sobre ellas³³.

Por su parte, este criterio de imputación hace referencia a cuando el delito lo comete una persona física sometida a la autoridad de los representantes legales o administradores de la sociedad, como podría ser un trabajador o colaborador. En este caso es nuevamente la persona jurídica la que responde penalmente, pero esta vez, por “*culpa in vigilando*” que se traduce como “culpa en la vigilancia”³⁴. Así pues, en estos casos se admite que la persona jurídica es responsable de los actos que realiza otra persona sobre la que posee un especial deber de vigilancia, cuando no se han establecido los mecanismos de control necesarios para evitar la comisión del delito en cuestión.

³⁰ Sánchez Bernal, J. (2012). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4018439.pdf>.

³¹ Mendo Estrella, Á. (2017). *Dialnet*. Obtenido de El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6930584.pdf>.

³² Fernández Muñoz, M. L. (2016). La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno. *Estudios Socio-Jurídicos*, 5.

³³ Gutiérrez, C. (2016). *El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material*. Universidad Autónoma de Barcelona, op.cit.

³⁴ Mendo Estrella, Á. (2017). *Dialnet*. Obtenido de El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, op.cit.

En definitiva, la única situación posible que puede conducir a la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica es la previa comisión de delito perpetrado en nombre y por cuenta o en provecho de dicha persona jurídica por una persona física que cumpla con los requisitos mencionados anteriormente³⁵.

Con esta declaración, se precisa que las entidades no responderán por cualquier delito cometido por un representante legal o un subordinado, sino solamente por aquellos delitos cometidos en el marco de sus funciones empresariales y que, además, generen un beneficio directo o indirecto para la persona jurídica.

En este aspecto, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011 del 1 de junio, precisa que:

“la acción debe ser valorada como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que puedan determinar que la utilidad finalmente no se produzca. Así considerado, el provecho de la sociedad no constituye necesariamente una partida susceptible de valoración mediante una operación aritmética o un asiento contable, de modo que cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumple las exigencias del actuar en provecho, por difícil que pueda resultar su traducción a euros”³⁶.

A fin de cuentas, la LO 5/2010 no optó por la instauración de un modelo de responsabilidad penal por hechos propios de la persona jurídica en sentido estricto, sino que se le otorgaba dicha responsabilidad por el acto cometido por un representante legal o un empleado, en su seno y en su propio beneficio³⁷. Así, se le atribuye a la sociedad la responsabilidad resultante del hecho de una persona física, suscitándose un conflicto con el principio tradicional de culpabilidad e imputación de las penas, según el cual nadie puede responder penalmente por delitos ajenos³⁸.

³⁵ *Id.*

³⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 relativa a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010.

³⁷ Gutiérrez, C. (2016). *El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material*. Universidad Autónoma de Barcelona, op.cit.

³⁸ Ley Derecho. Obtenido de <http://leyderecho.org/principio-de-culpabilidad>.

Una vez examinada la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica instaurada en 2010 resulta adecuado destacar el sistema de incriminación *numerus clausus* que el Legislador escoge para la exigencia penal de las personas jurídicas.

1.2.1.2 Sistema *numerus clausus* de incriminación de las personas jurídicas

Este sistema fue adoptado también en la reforma del Código penal de 2010, y se mantuvo con la posterior reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.

De conformidad con este régimen, las personas jurídicas no pueden responder por todos los delitos recogidos en el Código, sino que el Código Penal opta por un régimen de incriminación limitado, en virtud del cual las personas jurídicas únicamente pueden responder por un catálogo cerrado y tasado de delitos. De tal modo que, estos sujetos solo pueden responder de su conducta cuando el legislador así lo haya contemplado expresamente³⁹.

Este rasgo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha mantenido inmutable desde su incorporación en el ordenamiento español, tal y como refleja la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, en el párrafo VII “*Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea*”⁴⁰.

Si bien, la lista concreta de delitos por los que puede responder una persona jurídica se ha modificado progresivamente, pues se han ido añadiendo al catálogo previsto en 2010 otros delitos *ex novo* por posteriores reformas penales⁴¹. De facto, el referido sistema *numerus clausus* de delitos ha sido ampliado recientemente por la LO 1/2019, consistiendo en la actualidad en los siguientes⁴²:

³⁹ Martín Fernández, J., & Juan Lozano, A. M. (2016). *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lefebvre.

⁴⁰ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm.152, de 23 de junio de 2010).

⁴¹ Goena, B. (2013). La nueva Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Un análisis desde el 31 bis.4 CP, op.cit.

⁴² Almodovar Puig, B. (2021). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Madrid.

- Tráfico ilegal de órganos (art.156 *bis*)
- Trata de seres humanos (art. 177 *bis*)
- Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 *bis*)
- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197 *quinquies*)
- Estafas (art. 251 *bis*)
- Delitos de frustración de la ejecución o alzamiento de bienes (art. 258 *ter*)
- Insolvencias punibles (art. 261 *bis*)
- Daños informáticos (art. 264 *quater*)
- Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial (arts. 270 a 277 en relación al art. 288 Código penal)
- Delitos de descubrimiento y revelación de secretos empresariales (art. 278 a 280 en relación al art. 288 Código penal)
- Delitos de detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281 en relación al art. 288 Código penal)
- Delitos de publicidad engañosa (art. 282 en relación al art. 288 Código penal)
- Delitos de fraude de inversiones (art. 282 *bis* en relación al art. 288 Código penal)
- Delitos de facturación fraudulenta (art. 283 en relación al art. 288 Código penal)
- Delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y los de manipulación operativa e informativa en mercado de valores (art. 284 en relación al art. 288 Código penal)
- Delito de uso de información privilegiada (art. 285 en relación al art. 288 Código penal)
- Delito de posesión y revelación de información privilegiada (art. 285 *bis* en relación al art. 288 Código penal)

- Delitos de piratería de servicios de radiodifusión o interactivos (art. 286 en relación al art. 288 Código penal)
- Delitos de corrupción en los negocios, incluyendo la corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 286 *bis* y 286 *ter* en relación al art. 288 Código penal)
- Blanqueo de capitales (art. 302.2)
- Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 *bis.5*)
- Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 *bis*)
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 *bis.5*)
- Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4)
- Delitos relativos a radiaciones ionizantes (art. 343.3)
- Delitos de riesgos catastróficos y destrucción del ozono (art. 348.3)
- Delitos dolosos contra la salud pública que no sean delitos de tráfico de drogas o precursores (art. 366)
- Tráfico de drogas (art. 369 *bis*)
- Falsificación de moneda (art. 386.5)
- Falsificación de medios de pago (art. 399 *bis*)
- Cohecho (art. 427 *bis*)
- Tráfico de influencias (art. 430)
- Delitos por malversación (art. 435 5º)
- Incitación al odio (art. 510 *bis*)
- Terrorismo (art. 580 *bis*)
- Delitos de contrabando (LO 6/2011 de 30 de junio⁴³)

⁴³ Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. Boletín Oficial del Estado, de 1 de julio de 2011, núm. 156.

Como puede constatarse, la mayoría de estos delitos presentan una marcada condición de carácter socioeconómico o una relación con el desempeño de actividades delictivas en grupo. Sin embargo, parte de la doctrina aboga por la extensión de la responsabilidad penal de la persona jurídica a todos los delitos previstos en el Código penal o en las leyes penales especiales, argumentando que cualquier de ellos es susceptible de ser perpetrado por los administradores o empleados de una sociedad, en su beneficio⁴⁴.

1.2.2 La reforma del Código penal de 2015 establecida por la LO 1/2015

En último término, el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica fue reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Dicha ley contribuye especialmente al progreso en la sensibilización por la ética empresarial y fomenta la persecución de las malas prácticas en el seno de las organizaciones. Además, contribuye a la configuración de un modelo de gestión y organización en las sociedades que sea apropiado para prevenir riesgos penales y adecuar las actuaciones empresariales a los estándares éticos⁴⁵.

En particular, esta reforma implanta “*los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad*”, sustituyendo al “*debido control*” establecido en la anterior reforma del Código penal. De forma que, se esclarece y se precisa el referido deber de respeto al Derecho en el seno de las personas jurídicas⁴⁶.

Así el artículo 31 *bis* del Código penal introducido por la reforma del año 2015 establece que:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando

⁴⁴ Rodríguez Ramos, L. (noviembre de 2018). Responsabilidad penal de los administradores ¿Elusión por estructura jerárquica, encargos o delegación de funciones? Diario La Ley.

⁴⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 77, de 31 de marzo de 2015)

⁴⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 relativa a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica número 1/2015.

individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

*b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos **los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso** ”⁴⁷.*

Con esta nueva redacción, se configura el defecto de organización y deber de vigilancia y control empresarial como el hecho propio que posibilita la atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, sin vulnerar el principio de culpabilidad⁴⁸.

Cabe destacar en este contexto, la STS 221/2016, de 16 de marzo en la que el Tribunal Supremo determina que:

“La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan [...] incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso ”⁴⁹.

Por otro lado, es importante atender a la nueva redacción que se realiza del apartado segundo del artículo 31 *bis* del Código penal, en el cual se instaura un régimen de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica por medio de la implantación de modelos de organización y gestión que disuaden la comisión de delitos, los llamados *Compliance programmes*.

En concreto, el artículo 31.2 *bis* del Código penal manifiesta que:

⁴⁷ Art. 31.1 bis CP.

⁴⁸ Gutiérrez, C. (2016). *El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material*. Universidad Autónoma de Barcelona, op.cit.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal, Sección 1ª), de 16 de marzo, 221/2016, Aranzadi, Ref. 2016 \1535.

“2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión [...] 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2 [...]”⁵⁰.

En este apartado, el Legislador establece una fórmula de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los ya mencionados *Compliance programmes*. Estos programas de cumplimiento son reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como fundamentales en la conformación de una cultura empresarial de respeto al Derecho⁵¹. Y, además, permiten excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica que cuenta con ellos, incluso en aquellos casos en los que se lleven a cabo delitos en su seno.

En esta línea, el Tribunal Supremo en la Sentencia 154/2016, de 29 de febrero, afirma que es necesario que los órganos jurisdiccionales lleven a cabo un “*análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran*”⁵².

De manera que, la valoración de los mencionados modelos de organización y gestión se convierte en un punto clave del proceso penal, pues en aquellas ocasiones en las que se

⁵⁰ Art. 31.2 *bis* CP.

⁵¹ Luzón Campos, E. (2019). Consideraciones a la traslación de responsabilidad penal de personas jurídicas en casos de absorción. *Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal*.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo (Salda de lo Penal), de 29 de febrero, 154/2016, Aranzadi, Ref. TC 2016\154.

prueba que existe una verdadera y eficaz cultura de cumplimiento en el seno de la persona jurídica en cuestión, se procede a reconocer la exención de la responsabilidad penal de la misma.

Esta disposición genera dudas en cuanto a los beneficios que podrían producirse en aquellos casos en los que la persona jurídica en cuestión hubiera implantado tales programas de cumplimiento previamente a la comisión del delito. Por este motivo, parte de la doctrina considera que esta situación no debe excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica⁵³.

Igualmente, en la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado se recoge lo siguiente:

“En último término, se tratará de evitar [...] que la compañía se desentienda de la responsabilidad derivada de los delitos cometidos o no evitados por su gestor, cuando es este último quien [...] lleva a la práctica la propia política empresarial, de modo que cualquier vacua formulación corporativa contra el delito o la más sofisticada operación de maquillaje articulada, en su caso, por medio de las denominadas compliance guide, sirvan, por sí solos, de eficaz recurso para eludir la responsabilidad penal”⁵⁴.

Continúa indicando que:

“lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, compliance guide [...], sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica”⁵⁵.

Por su parte, otra vertiente de la doctrina opina que esta postura es incongruente con la norma dispuesta en el artículo 31 *quater* del Código penal, donde se recoge que la

⁵³ Velasco Núñez, E., & Saura Alberdi, B. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*, Aranzadi.

⁵⁴ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2015.

⁵⁵ *Id.*

implantación por la persona jurídica de medidas eficaces para prevenir hechos delictivos con posterioridad a la comisión de un delito en su seno, se considera una circunstancia atenuante en el proceso penal⁵⁶. Por ello, con más razón, la previa implantación de estas medidas debe implicar la completa exención de responsabilidad penal.

Una vez presentado el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica hoy vigente, se procede a continuar con el estudio en detalle de la cuestión principal del presente trabajo, la transmisibilidad de las sanciones penales entre personas jurídicas.

⁵⁶ Velasco Núñez, E., & Saura Alberdi, B. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*, Aranzadi, op.cit.

CAPÍTULO II: EL SISTEMA DE TRASLADO Y EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL ENTRE PERSONAS JURÍDICAS. EL SOPORTE SOCIO-LEGAL DEL ARTÍCULO 130.2 CP

De acuerdo con la introducción llevada a cabo en el Capítulo I, es necesario precisar que la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010, y posteriormente modificada por la LO 1/2015, presenta aún ciertos interrogantes de índole práctico cuyas soluciones han sido escasamente abordadas por los tribunales⁵⁷.

En concreto, en el presente capítulo se pretende abordar y aclarar la interpretación de la nueva disposición introducida en el artículo 130.2 del Código penal, relativa a la transmisión y extensión de la responsabilidad penal entre personas jurídicas. Del mismo modo, se analizarán las diversas consecuencias jurídico-penales derivadas del traslado de la responsabilidad penal en los casos de modificación estructural mencionados por el apartado segundo del artículo 130 del Código penal.

Previamente al análisis de la cuestión que aquí se nos presta, se estima necesario realizar una breve introducción sobre qué se entiende por extinción de la responsabilidad penal y cómo se prevé en el marco de la persona jurídica. A continuación, en el siguiente subepígrafe, se procede al desarrollo del citado aspecto.

2.1 EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La extinción de la responsabilidad penal y sus efectos se encuentra regulada en el Libro I, Título VII, Capítulos I y II, del Código penal, concretamente entre los artículos 130 a 137. Adicionalmente, en dicho apartado se encuentran consagradas las causas que extinguen la responsabilidad criminal y la cancelación de los antecedentes delictivos.

⁵⁷ Zabala, C. (2020). M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista para el Análisis del Derecho* (3), op.cit.

En particular, el artículo 130 del Código penal presenta las causas que extinguen la responsabilidad penal. Se trata de un precepto común para las personas físicas y para las personas jurídicas, debido a que la mayoría de estas causas son aplicables a las personas jurídicas de igual forma. Con la única salvedad de aquella que hace referencia a la muerte del reo, que se equipara a la disolución real de la persona jurídica, de conformidad con la Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado⁵⁸. Así como, la tercera causa presentada por el artículo 130 del Código penal, referente a la remisión de la pena, que solamente es aplicable a las personas físicas, puesto que dicha figura es contemplada para las penas privativas de libertad de forma exclusiva⁵⁹.

Por otra parte, el artículo 130.2 del Código penal es aplicable únicamente a las personas jurídicas, y precisa que las modificaciones estructurales referentes a la transformación, fusión, absorción o escisión no extinguirán la responsabilidad penal de la persona jurídica⁶⁰. De este modo, se impide que la entidad en entredicho utilice mecanismos jurídicos que posibiliten confundir o distraer la personalidad jurídica de quien es verdaderamente responsable penalmente.

Este mismo precepto también hace referencia a los casos de disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, en referencia a aquellas situaciones en las que como dicta el artículo 130.2 la entidad “*continúa su actividad económica y mantiene la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos*”⁶¹. Evidentemente, en estos supuestos tampoco se extinguirá la responsabilidad penal de la organización.

Una vez introducidos en materia, será trascendental delimitar en el siguiente apartado todos los aspectos relevantes que se enmarcan en la nombrada disposición, referente al apartado 2 del artículo 130 del Código penal. Trataremos este último precepto con especial atención, abordando y aclarando la interpretación relativa a la transmisión y extensión de la responsabilidad penal entre personas jurídicas.

⁵⁸ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 relativa a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, op.cit.

⁵⁹ López-Gómez, C. (2020). *M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, op.cit.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Art. 130.2 CP.

2.2 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 130.2 CP: LA SUCESIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Como se ha adelantado, la reforma del Código penal de 2010 incorporó en nuestro ordenamiento una cláusula anti-elusión⁶², a fin de que no pudiera burlarse la responsabilidad penal de la persona jurídica, con la que se clausura el régimen de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En concreto, se está haciendo alusión a la ya mencionada cláusula recogida en el segundo apartado del artículo 130 del Código penal, el cual enuncia que:

*“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 [...]”*⁶³.

Y continúa el precepto estableciendo que:

*“No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica [...]”*⁶⁴.

A razón de lo expuesto, se extrae que el citado artículo 130.2 pretende evitar determinadas lagunas de impunidad que no son convenientes en el sistema de traslado y atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos en su seno⁶⁵. El objetivo final es impedir que las prácticas delictivas queden impunes, es decir, sin ninguna sanción penal, simplemente por el hecho de efectuar una de las modificaciones estructurales mencionadas por dicho precepto⁶⁶.

⁶² Feijóo, B., Bajo, M., & Gómez-Jara, C. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas Adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal* (2ª edición ed.). Civitas.

⁶³ Art. 130.2 CP.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ Zabala, C. (2020). M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista para el Análisis del Derecho* (3), op.cit.

⁶⁶ *Id.*

En esta línea, el Legislador ha argumentado en el apartado VII del Preámbulo de la LO 5/2010, que:

“al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas 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 aquella 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 y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión”⁶⁷.

Con este fin, el legislador penal estipula la transmisión y extensión de la responsabilidad penal correspondiente de una organización delinciente a otra u otras personas jurídicas cuando la primera se haya disuelto o extinguido previamente a la imposición de la sanción penal, a consecuencia de la participación en una operación de modificación estructural, fraudulenta o no.

Sin embargo, el precepto no prevé expresamente otros supuestos de reestructuración empresarial, como son los casos de liquidación o disolución de las organizaciones⁶⁸. Estos resultan ser supuestos de hecho verdaderamente semejantes a los citados en el anterior artículo, respecto de los que existe una laguna jurídico-penal al no estar contemplados en la normativa en cuestión.

Por otro lado, tal y como aparece dispuesto en el apartado 2 del artículo 130 del Código penal, se efectúa la transmisión objetiva de la responsabilidad penal hacia la persona jurídica resultante de la modificación estructural practicada⁶⁹, sin establecer criterio limitador alguno. Así pues, se lleva a cabo una traslación “ciega” o automática de la responsabilidad.

⁶⁷ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, op.cit.

⁶⁸ Zabala, C. (2020). M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista para el Análisis del Derecho* (3), op.cit.

⁶⁹ *Id.*

La aplicación práctica de dicha cláusula penal puede originar un problema jurídico y puede provocar situaciones injustas, a la vez que confusas, pues nuestro sistema jurídico-penal siempre se ha regido por el tradicional principio de culpabilidad implantado por el artículo 5 del Código penal, el cual sostiene que “*no hay pena sin dolo o imprudencia*”⁷⁰. Por consiguiente, al aplicar la cláusula de referencia, se estaría vulnerando este principio, según el cual ningún sujeto podrá ser sancionado si no se aprecia en él un componente de “culpa”.

Del mismo modo, nuestro sistema jurídico-penal garantista se rige paralelamente por el principio de responsabilidad personal o de actos propios, cuyo contenido previene la atribución de responsabilidad penal a cualquier persona por actos completamente ajenos a la misma o en los que no haya tenido implicación activa o pasiva⁷¹. Con lo cual, también se confronta con la literalidad del artículo 130.2 del Código Penal.

En este contexto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo expuso en la Sentencia 514/2015, de 2 de septiembre que “*cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal*”⁷². De igual modo, las posteriores sentencias del Tribunal Supremo núm. 154/2016, de 29 de febrero⁷³ y núm. 221/2016, de 16 de marzo⁷⁴, han venido reforzando la citada tesis.

No obstante, la interpretación sistemática del artículo 130.2 del Código penal no respeta los principios generales del Derecho Penal, como se ha explicado.

Si bien es cierto que, para atenuar este conflicto, el Legislador incorpora una cláusula potestativa conforme a la cual el Tribunal o Juez podrán moderar el traslado de la pena a

⁷⁰ Art. 5 CP.

⁷¹ Cuerda Riezu, A. (2009). El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas *LXII*.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda de lo Penal), de 2 de septiembre de 2015, 514/2015, Aranzadi, Ref. TS 2015\3813.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 29 de febrero, 154/2016, Aranzadi, Ref. TC 2016\154, op.cit.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 16 de marzo, 221/2016, Aranzadi, Ref. TS 2016\966.

la persona jurídica resultante, teniendo en cuenta la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella⁷⁵.

Así pues, la no clarificación de la naturaleza de dicho sistema de traslado de responsabilidad penal conlleva a una situación de inseguridad jurídica para las organizaciones involucradas en las referidas modificaciones estructurales. Esta situación puede generar, incluso, complicaciones para culminar dichas operaciones con éxito y a su vez, causar fatales consecuencias económicas al desincentivar la práctica de operaciones de reestructuración de naturaleza social⁷⁶.

Con base en todo lo expuesto, se permite concluir que la raíz del problema se encuentra en la interpretación del contenido del artículo 130.2 del Código penal, ya que la terminología empleada por el Legislador penal puede resultar contradictoria y desfavorable. Del mismo modo, puede prestarse a interpretaciones no homogéneas de los conceptos empleados por el Legislador en los distintos textos legales, e incluso, en los diversos artículos de un mismo Código, como ocurre en este caso, entre el artículo 5 y el artículo 130.2 del Código penal.

2.2.1. Las modificaciones que puede experimentar una persona jurídica mencionada en el artículo 130.2 del Código penal.

No es una novedad que las personas jurídicas, en el transcurso de su vida, pueden sufrir transformaciones o modificaciones en su estructura inicial como consecuencia de operaciones societarias que atienden a diversas finalidades. En todas estas operaciones se efectúa una alteración, en mayor o menor medida, de la estructura societaria inicial, y se lleva a cabo a través de una de las operaciones de modificación recogidas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME). Dicha ley define las modificaciones estructurales como las operaciones de transformación, fusión, escisión y la cesión global de activo y pasivo⁷⁷.

⁷⁵ Luzón Campos, E. (2019). Consideraciones a la traslación de responsabilidad penal de personas jurídicas en casos de absorción. *Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal*, op.cit.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE núm. 82, de 04/04/2009).

La mayoría de estas operaciones tienen como resultado el nacimiento de una persona jurídica diferente de la original, pero no ocurre en todas ellas, como veremos.

Para entrar un poco más en detalle, en los siguientes subepígrafes, se va a analizar la naturaleza de las diversas modificaciones estructurales que pueden experimentar las sociedades, según la Ley 3/2009.

2.2.1.1 La transformación de sociedades

El artículo 3 de la LME define la transformación de sociedades como la operación por la que: *“una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica”*⁷⁸.

Por consiguiente, la operación de transformación trata de una modificación estatutaria por la que una sociedad altera su tipo social, pero, en cambio, conserva su personalidad jurídica y, por tanto, también la titularidad de sus relaciones jurídicas, sin variación alguna.

2.2.1.2 La fusión de sociedades

La fusión de sociedades viene enunciada en el artículo 22 de la LME y según GARCIA DE ENTERRIA se trata de *“una operación jurídica que, afectando a dos o más sociedades, comporta la extinción de todas o de alguna de ellas y la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola sociedad, que puede ser tanto una de las sociedades afectadas como una sociedad de nueva creación”*⁷⁹.

⁷⁸ Art. 3 LME.

⁷⁹ García de Enterría, J., & Iglesias, J. L. (2008). *Lecciones de Mercantil. Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades*. Aranzadi.

Los efectos de esta modificación estructural son varios: por un lado, la transmisión en bloque y por sucesión universal de los activos y pasivos de las sociedades fusionadas, por otra parte, su disolución sin liquidación y, por último, la continuidad en la participación de sus socios mediante el canje de su participación en ellas por una parte proporcional del capital de la sociedad resultante de la operación⁸⁰.

Además, se pueden diferenciar distintas clases de fusiones: fusión por creación y fusión por absorción.

- Fusión por creación (Artículo 23.1 LME)

En una operación de fusión por creación las sociedades que se fusionan se extinguen y transmiten sus patrimonios en bloque a una nueva entidad, la cual adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de las extinguidas. En consecuencia, la operación dará como resultado el nacimiento de una persona jurídica diferente de la original⁸¹.

- Fusión por absorción (Artículo 23.2 LME)

En una operación de fusión por absorción, la sociedad o sociedades fusionadas, se extinguen y se integran en una sociedad preexistente, que adquirirá por sucesión universal los patrimonios de dichas sociedades, aumentando, en su caso, su capital social en la cuantía que proceda⁸².

2.2.1.3 La escisión de sociedades

La operación de escisión no viene tipificada como tal en la LME, sino que se encuentra regulada en el Título III de dicha ley, por remisión a los diferentes tipos de escisión que existen. Por tanto, se hace preciso atender a ellos.

- Escisión total (Artículo 69 LME)

⁸⁰ Art. 22 LME.

⁸¹ Art. 23.1 LME.

⁸² Art. 23.2 LME.

En primer lugar, la escisión total es aquella operación en la que se extingue una sociedad y su patrimonio social se divide en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque a una nueva sociedad o es absorbida por una sociedad preexistente. Los socios de la sociedad escindida reciben un número de acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias equivalente a sus respectivas participaciones en la entidad que se extingue⁸³.

- Escisión parcial

Esta operación se trata de la transmisión en bloque y por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio social de una entidad a una o varias sociedades de nueva creación o preexistentes. De esta forma, la sociedad que se escinde deberá reducir su capital en la cuantía traspasada y sus socios recibirán como contrapartida un número de acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias proporcional a sus respectivas participaciones en la entidad originaria⁸⁴. En esta operación, a diferencia de la escisión total, la sociedad no se extingue y continúa en el tráfico mercantil con el restante patrimonio social.

- Segregación (Artículo 71 LME)

La segregación consiste en una nueva modalidad de escisión prevista en el artículo 71 de la Ley 3/2009 por la que una sociedad traspasa en bloque, y por sucesión universal, una o varias partes de su patrimonio a una o varias entidades, cada una de las cuales constituye una unidad económica. Como contrapartida, la propia sociedad que se segrega recibe a cambio, acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias. De tal forma que, no se produce la extinción de la sociedad segregada, ni tampoco se ve reducido su capital social, en la medida en que en esta operación es la sociedad, y no sus socios, quien recibe las participaciones o acciones de las sociedades beneficiarias⁸⁵.

2.2.1.4 La cesión global de activo y pasivo (Artículo 81 LME)

⁸³ García de Enterría, J., & Iglesias, J. L. (2008). *Lecciones de Mercantil. Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades*. Aranzadi, op.cit.

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ Art. 71 LME.

La cesión global de activo y pasivo es la última figura regulada en la LME, concretamente en su título IV. El artículo 81 de la LME determina que se trata de una operación por la cual una sociedad (cedente) traslada en bloque y por sucesión universal todo su patrimonio a uno o varios destinatarios (cesionarios), que pueden ser socios o terceros, a cambio de una contraprestación dineraria, no dineraria o mixta. En todo caso, dicha contraprestación no podrá consistir en acciones ni participaciones de los cesionarios⁸⁶.

2.2.2. Efectos de las modificaciones estructurales en el mantenimiento de la personalidad de la persona jurídica

Como se ha hecho mención en diferentes ocasiones a lo largo del Trabajo, el artículo 130.2 del Código penal supone la transmisión de la responsabilidad penal a otra persona diferente de la originariamente responsable, y esta declaración se suele reconocer, sin hacer distinción alguna, entre los diversos casos de modificaciones estructurales⁸⁷.

Ahora bien, lo cierto es que es necesario precisar exactamente en qué casos concretos, de las modificaciones estructurales mencionadas en el artículo 130.2, se produce dicho traslado de responsabilidad penal, entendido como la exigencia de asumir las consecuencias de la responsabilidad penal una persona jurídica distinta de aquella en cuyo seno se cometió el delito⁸⁸.

Pues bien, no resulta necesario practicar ningún traslado de responsabilidad penal en aquellos casos en los que se lleve a cabo una transformación de sociedades, puesto que se mantiene la personalidad jurídica y la identidad de la persona jurídica responsable penalmente. Esto es así porque según el artículo 3 de la LME: *“en virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica”*⁸⁹.

⁸⁶ Art. 81 LME.

⁸⁷ Zabala, C. (2020). M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista para el Análisis del Derecho* (3), op.cit.

⁸⁸ Morales Prats, F., Tamarit, J., & García Alberó, R. (2018). *La transmisibilidad de la pena de multa en las modificaciones estructurales. Sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a las personas jurídicas*. Aranzadi.

⁸⁹ Art. 3 LME.

En lo que respecta a las operaciones de fusión de sociedades se debe hacer una distinción entre la fusión en sentido estricto, o fusión por creación, y la operación de fusión por absorción:

En el caso de llevarse a cabo una transmisión en bloque de todo el patrimonio social de las entidades fusionadas hacia una nueva entidad, como se produce en la fusión en sentido estricto, la sociedad condenada se extingue. Por consiguiente, se practica la transmisión de responsabilidad penal entre las sociedades originalmente responsables de un supuesto delito y la sociedad resultante de la fusión, como se dispone en el artículo 130.2 del Código penal.

En cambio, esto no ocurre cuando se practica una operación de fusión por absorción. Como se ha indicado previamente, en este caso, la sociedad preexistente es la que adquiere por sucesión universal el patrimonio de otra u otras sociedades, que son las extinguidas. No obstante, la entidad condenada originariamente mantiene su existencia, con todo su patrimonio, así como, su personalidad jurídica. Por tanto, no se precisa practicar el traslado de responsabilidad penal.

Con respecto a la operación de escisión también se precisa diferenciar entre los tres supuestos expuestos en el epígrafe anterior.

En la escisión parcial, así como en la segregación de una sociedad, la persona jurídica condenada continúa existiendo, aunque una parte o varias partes de su patrimonio se ha trasladado en bloque, por sucesión universal, a la entidad o entidades que resulten de la operación. En el otro supuesto, referente a la escisión total, sin embargo, todo el patrimonio de la persona jurídica condenada originariamente se traslada a la sociedad o sociedades que resulten de la escisión, produciéndose la extinción de la primera⁹⁰.

⁹⁰ Morales Prats, F., Tamarit, J., & García Albero, R. (2018). *La transmisibilidad de la pena de multa en las modificaciones estructurales. Sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a las personas jurídicas*. Aranzadi, op.cit.

Por tanto, en los primeros casos continúa existiendo la persona jurídica responsable penalmente por haberse cometido un delito en su seno, por lo que no es necesario trasladar la responsabilidad penal. Mientras que, en el último escenario, el precepto introducido por la Ley Orgánica 5/2010 obliga a trasladar la responsabilidad penal a la entidad o entidades resultantes de la escisión.

En los supuestos de cesión global de activo y pasivo, la sociedad condenada cedente se extingue, pues como se ha visto, esta transmite en bloque todo su patrimonio a uno o varios destinatarios. Por lo tanto, en esta última situación no tiene sentido plantear la práctica o no del traslado de la responsabilidad penal a otra persona jurídica, es decir, no se trata de una cuestión relacionada con el principio de personalidad de las penas ni del mantenimiento de la personalidad de la persona jurídica culpable del delito⁹¹.

Así, se debe atender a si la disolución de la entidad que cede todo su patrimonio es real o, por el contrario, se trata de una disolución meramente aparente en los términos expresados por el artículo 130.2 del Código penal.

Con todo ello, se concluye que no todos los supuestos de modificaciones estructurales recogidos en el artículo 130.2 del Código penal dan lugar a la extinción de la persona jurídica originariamente culpable ni tampoco, al traslado de la responsabilidad penal a otra persona jurídica diferente⁹².

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.*

CAPÍTULO III: ESTUDIO DEL CASO “BANCO POPULAR”

A los efectos del presente trabajo, es necesario estudiar en detalle la polémica operación de compraventa del Banco Popular Español por parte del Banco Santander, que culmina el 7 de junio de 2017. A este respecto, conviene detallar los antecedentes de la mencionada operación, al mismo tiempo que se esclarece el contexto en el que se origina.

3.1 ANTECEDENTES DEL CASO

Como se ha indicado previamente, para comprender la operación de fusión llevada a cabo entre las dos entidades bancarias y la problemática que se ha suscitado con relación a la traslación de la responsabilidad penal hacia el Banco Santander, se deben examinar los antecedentes de dicha operación. A este respecto, conviene ilustrar brevemente la historia de estas dos entidades implicadas en el proceso de fusión, así como analizar el contexto en el que se produce la operación.

3.1.1 Historia del Banco Popular Español

El 14 de julio del año 1926, Emilio González-Llana Fagoaga, ingeniero y político del Partido Conservador, fundó el Banco Popular Español, bajo el nombre de Banco Popular de los Previsores del Porvenir⁹³. Los inicios fueron complicados e inestables, pues estuvieron marcados por la Gran Depresión y, posteriormente, por la Guerra Civil Española en 1936.

Tras esta desafiante época, el mando de la entidad pasó a manos de Lluís y Xavier Valls, que marcarían el devenir del ya denominado Banco Popular Español, habida cuenta de que bajo su mandato la entidad experimentó su momento culmen y en 1947 alcanzó gran importancia a nivel nacional. Años más tarde, el Banco Popular Español fue reconocido como la entidad financiera más rentable del mundo por la agencia IBCA y continuó inmerso en una imponente expansión hasta la crisis financiera del año 2007, cuando se produce el declive del Banco Popular Español⁹⁴.

⁹³ Totella, G., Ortiz-Villajos, J. M., & García Ruíz, J. L. (2011). *Historia del Banco Popular. La Lucha por la Independencia*.

⁹⁴ *Id.*

La depresión de la entidad se debió principalmente al interés que se adoptó por el mercado inmobiliario justo cuando estaba a punto de estallar la burbuja inmobiliaria, específicamente por la concesión masiva de hipotecas en el boom de la construcción y la concesión de créditos a pequeñas y medianas empresas del sector: constructoras y promotoras. Estas fueron, concretamente, las primeras empresas en quebrar en la detonación del mercado inmobiliario, lo cual implicó la imposibilidad para el Banco Popular de recuperar los créditos concedidos a dichas empresas. Más aún, no solo pecó de conceder créditos de dudoso cobro, sino que, además, el Popular no provisionó la alta probabilidad de insolvencia de dichos créditos de tal forma que, el Banco Popular Español tuvo que soportar abundantes impagos no contemplados⁹⁵.

Más adelante, Ángel Ron, el presidente del Banco Popular en ese tiempo, llevó a cabo varias operaciones de ampliación de capital por importe de 2.500 millones de euros cada una de ellas, en 2012 y 2016, con la finalidad de recapitalizar el Banco Popular Español y reforzar sus índices de rentabilidad y solvencia cuando la entidad se encontraba en un proceso de desmoronamiento. Sin embargo, estas medidas tampoco resultaron satisfactorias para evitar el gran agujero de sus cuentas y finalmente, desembocaron en un traumático final afectando a más de 300.000 accionistas que perdieron el 100% de su inversión en los títulos del Popular⁹⁶. Dichas medidas fueron desencadenantes para la sustitución de Ángel Ron por Emilio Saracho en la presidencia del Banco.

Por último, y no menos importante, a todo esto, se le suma la práctica de una dudosa contabilidad de la entidad y una aportación de información inexacta a los inversores que participaban en las mencionadas ampliaciones de capital, quienes invirtieron sus ahorros en nuevas acciones con el convencimiento de que la entidad gozaba de buena salud financiera.

⁹⁵ González Vázquez, J.C. (2018). *“La primera aplicación del procedimiento de resolución bancaria por el MUR: dudas y valoraciones (provisionales) a la luz del caso Banco Popular”*.

⁹⁶ Tapia Hermida, A. (2020). *“La crisis del Banco Popular: Estado de la cuestión”*. Vol 3, (Estudios jurídicos), ISBN 978-84-1336.758.

Todo ello, desencadenó numerosas querellas y demandas contra el Banco Popular Español por delitos de estafa a inversores, falsedad de la contabilidad, manipulación de cuentas y exposición de una imagen infiel en la propia valoración de la entidad⁹⁷.

A la luz de los hechos, en junio de 2017, el Banco Popular Español se declara como una entidad inviable, que se encontraba al borde de la quiebra. Por esta razón, la Junta Única de Resolución convoca una subasta exprés para rescatar la entidad y esta es adquirida por el Banco Santander⁹⁸.

3.1.2 Historia del Banco Santander

El Banco Santander nació el 15 de mayo de 1957, bajo el reinado de Isabel II con el objetivo de desarrollarse principalmente en el comercio transatlántico. En el siglo XX, el Santander comenzó a expandirse por diferentes países y a crecer enormemente bajo la presidencia de Emilio Botín y López⁹⁹.

En el año 1994, el Banco Santander adquirió al Banco Español de Crédito (Banesto), convirtiéndose en la entidad líder del sector en España. Tras este acontecimiento, el Santander retoma su enfoque internacional y procede a efectuar adquisiciones fuera de España para continuar su expansión transfronteriza¹⁰⁰.

Esta entidad fue creciendo a un nivel exorbitante, tanto en el ámbito nacional como internacional durante todo su recorrido y es a finales del siglo XX, cuando protagoniza otra de las grandes operaciones de su historia, al fusionarse con el Banco Central Hispano Americano. Lo cual le llevó a experimentar un crecimiento exponencial y a seguir prosperando a consecuencia de nuevas adquisiciones y operaciones con otras entidades financieras¹⁰¹.

⁹⁷ Garijo, M. (2017). El presidente de Popular, Ángel Ron, se despide con los peores resultados de la historia del banco. Disponible en: <https://www.eldiario.es/economia/Banco-Popular-millones-provisiones-extraordinarias-0-608589173.html>.

⁹⁸ FROB. (2017). *Autoridad de Resolución Ejecutiva*. Obtenido de <https://www.frob.es/es/Lists/Contenidos/Attachments/519/FROBImplementingActJune72017.pdf>

⁹⁹ Kindelán, J. (2014). *Emilio Botín y el Banco Santander: historia de una ambición*. Conecta.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

Pese a todo, el Banco Santander no fue ajeno a la crisis financiera española que afectó al sector bancario, aunque el hecho de que la entidad restringiera su exposición al mercado inmobiliario limitó consecuentemente los efectos negativos del estallido de la crisis inmobiliaria. Adicionalmente, el Banco Santander llevó a cabo la venta de sus activos inmobiliarios, saneando de este modo sus balances.

Por último, en 2014, Ana Patricia Botín accede a la presidencia de la entidad y es justamente bajo su mando, en el año 2017, cuando se produce la adquisición del Banco Popular Español, en una operación reglada por la normativa europea, como se analizará a continuación¹⁰².

3.2 LA OPERACIÓN DE FUSIÓN ENTRE EL BANCO SANTANDER Y EL BANCO POPULAR ESPAÑOL

El Banco Central Europeo, encargado de la supervisión del Banco Popular, en aplicación del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014¹⁰³ decretó el 6 de junio de 2017 la situación crítica en la que se encontraba la entidad bancaria para continuar con su actividad financiera¹⁰⁴. Esta decisión se apoyó principalmente en los problemas de liquidez que enfrentaba el Banco Popular para atender a sus clientes y al pago de sus deudas y demás pasivos a su vencimiento, a causa de la gran depresión que afectó a la entidad durante los años de la crisis financiera española¹⁰⁵.

Dicha decisión fue notificada por el Banco Central Europeo a la Junta Única de Resolución (JUR) para que, en el ejercicio de las competencias que se le brindan en el

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

¹⁰⁴ Banco Central Europeo. (2017). *'Failing or Likely to Fail' Assessment of Banco Popular Español*. Obtenido de: https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.2017_FOLTF_ESPOP.en.pdf

¹⁰⁵ de Juan, A. (2018). *La crisis financiera 2007-2017*. Obtenido de: https://www.iefweb.org/wp-content/uploads/2019/01/crisis_financiera_2007_2017.pdf.

artículo 16 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio¹⁰⁶, procediera a la resolución del Banco Popular Español y a su venta.

La JUR, en su Decisión SRB/EES/2017/08, concretó que se cumplen los criterios normativamente exigidos para declarar la resolución del Banco Popular, por encontrarse con graves dificultades financieras, y sin esperanza de que existan perspectivas razonables de impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable¹⁰⁷.

Estos requisitos vienen dispuestos en el artículo 18.1 del Reglamento n.º 806/2014¹⁰⁸ y, habida cuenta de ellos, la JUR declaró la resolución de la entidad bancaria, así como la aprobación del dispositivo de resolución en el que se encuentran las medidas de resolución a aplicar sobre la misma¹⁰⁹.

¹⁰⁶ El artículo 16 del Reglamento (UE) n.º 806/2014 establece que: “La Junta tomará una decisión sobre una medida de resolución en relación con una entidad financiera establecida en un Estado miembro participante cuando se cumplan las condiciones previstas en el artículo 18, apartado 1, tanto en lo relativo a la entidad financiera como a la empresa matriz, sujetas a la supervisión en base consolidada”.

¹⁰⁷ FROB. (2017). *Autoridad de Resolución Ejecutiva*, op.cit.

¹⁰⁸ El artículo 18.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014 sostiene:

“1. La Junta adoptará un dispositivo de resolución de conformidad con el apartado 6 en relación con los entes y grupos mencionados en el artículo 7 [...] cuando se cumplan las condiciones para la aplicación de dichos apartados, solo cuando considere, en sesión ejecutiva, después de recibir una comunicación con arreglo al párrafo cuarto, o por iniciativa propia, que se cumplen las siguientes condiciones:

- a) que el ente esté en graves dificultades o probablemente vaya a estarlo;
- b) teniendo en cuenta el calendario y otras circunstancias pertinentes, que no existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado, incluidas las medidas por parte del SIP, o de supervisión emprendidas en relación con el ente, incluidas las medidas de actuación temprana o la amortización o conversión de los instrumentos de capital de conformidad con el artículo 21, puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable;
- c) que la medida de resolución sea necesaria para el interés público de conformidad con el apartado 5”.

¹⁰⁹ FROB. (2017). *Autoridad de Resolución Ejecutiva*, op.cit.

Paralelamente, con el fin de poder hacer efectiva la venta de la entidad, la Autoridad de Resolución Ejecutiva, conocida como FROB, llevó a cabo el saneamiento financiero del antiguo Banco Popular Español, S.A. y generó el capital del renovado Banco Popular Español, S.A. De tal forma que se acordó la venta y transmisión forzosa del 100% de las acciones del nuevo Banco Popular Español al Banco Santander, por ser la única entidad que presentó oferta en el proceso de resolución¹¹⁰.

A raíz de la decisión tomada por la JUR, el Banco Santander obtiene automáticamente todas las acciones e instrumentos de capital del Popular, a cambio del pago de 1 euro.

Posteriormente, con fecha 3 de julio de 2017, el Banco Santander anuncia la fusión por absorción del Banco Popular Español por medio de una ampliación de capital de 7.072 millones de euros que respalda la adquisición de la entidad, concluyendo así la operación de venta. De este modo y al amparo de esta operación, se logra garantizar la permanencia operativa del Banco Popular¹¹³.

Por lo tanto, para esclarecer los hechos, la decisión de resolución del Banco Popular Español y de su venta fue tomada por las autoridades públicas en interés general, con motivo de velar por la protección de los clientes del Popular y la salud del sistema bancario español¹¹⁴. Por consiguiente, se considera que el Banco Santander ha evitado problemas políticos al Gobierno español y a los supervisores europeos, para los que la quiebra del Banco Popular Español hubiera implicado costes muy significativos.

¹¹⁰ FROB. (2019). *10 años del FROB 2009-2019*. Autoridad de Resolución Ejecutiva, Madrid. Obtenido de <https://www.frob.es/es/Documents/10a%C3%B1osdelFROB.pdf>

¹¹³ Grupo Santander. (2017). “*Santander lanza la ampliación de 7.072 millones de euros para respaldar la adquisición de Banco Popular*”. Comunicación Corporativa.

¹¹⁴ Junta Única de Resolución. “*The Single Resolution Board adopts resolution decision for Banco Popular*”, Nota de Prensa, Junta Única de Resolución, 7 de junio de 2017. Obtenido de: <https://srb.europa.eu/en/node/315>; última consulta el 22 de marzo de 2019).

Por otra parte, en lo que concierne a las medidas que fueron adoptadas por el Banco Santander para llevar a cabo la operación de fusión, es importante destacar que, desde la firma del acuerdo, el antiguo consejo de administración del Banco Popular Español, liderado por Emilio Saracho, fue destituido e inmediatamente sustituido por un nuevo consejo presidido por José García Cantero e integrado por otros cuatro miembros que nada tenían que ver con el anterior. Estos ocuparían el puesto como consejeros de forma provisional, hasta que el Popular pasara a ser parte de la unidad Santander España¹¹⁵.

Del mismo modo, se debe resaltar que el Banco Popular fue integrado en una nueva estructura que ya contaba con programas de *Compliance & Conduct* para ese entonces, los cuales presentaban mecanismos adecuados para garantizar el cumplimiento de la legalidad y la prevención de la comisión de comportamientos delictivos en la entidad¹¹⁶. En definitiva, el Banco Santander contaba en ese momento con una cultura empresarial basada en valores de cumplimiento del derecho muy distinta a la promulgada por el Banco Popular Español. Pues, naturalmente, este último no contaba con medidas eficaces para prevenir y detectar la posible comisión de prácticas ilícitas o controvertidas en su seno y por ese motivo se vio envuelto en delitos de administración desleal, falsedad documental y apropiación indebida, entre otros.

3.3 CONSECUENCIAS DE LA OPERACIÓN DE FUSIÓN ENTRE EL BANCO SANTANDER Y EL BANCO POPULAR ESPAÑOL

Como consecuencia de la operación de fusión por absorción que efectuó el Banco Santander con el Popular, el titular del Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional, el magistrado José Luis Calama Teixeira, decidió dirigir la causa que se encontraba instruyendo con respecto a la gestión de los expresidentes del Popular, Ángel Ron y Emilio Saracho, frente al Banco Santander, en calidad de investigado¹¹⁷. Es

¹¹⁵ EuropaPress. (junio de 2017). Nuevo presidente de Popular en sustitución de Emilio Saracho. *Economía y Finanzas*.

¹¹⁶ Grupo Santander. (s.f.). *Código General de Conducta*. Obtenido de: <https://www.santander.com/content/dam/santander-com/es/contenido-paginas/accionistas-e-inversores/gobierno-corporativo/c%C3%B3digo-de-conducta/doc-C%C3%B3digo%20General%20de%20Conducta.pdf>.

¹¹⁷ Luzón Campos, E. (2019). Consideraciones a la traslación de responsabilidad penal de personas jurídicas en casos de absorción. *Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal*, op.cit.

decir, situó a la referida entidad como sujeto pasivo del proceso penal que se estaba llevando a cabo contra el Banco Popular y, por tanto, de la posible responsabilidad criminal que pudiera derivarse en el seno del proceso.

La Audiencia Nacional argumentó que, como consecuencia de la plena integración del Banco Popular Español en el Banco Santander, éste último, debía hacer frente de los posibles actos delictivos cometidos por aquél. Esta decisión se apoyó en la pérdida de la personalidad jurídica del Banco Popular en favor de la entidad absorbente, pues es quien adquirió todos los activos y pasivos de la absorbida en bloque y a título universal¹¹⁸. Del mismo modo, la decisión fue respaldada por la literalidad del artículo 130.2 CP, cuyo contenido ha sido referido anteriormente.

Por otra parte, la referida decisión judicial suscitó una tesis contrapuesta en defensa del Banco Santander, que apoyaba que este adquirió la entidad del Popular cuando ya había sido transformada en otra entidad diferente, conforme a la normativa bancaria y la aprobación de las autoridades competentes, a través de un procedimiento coordinado y tutelado por el poder público¹¹⁹. De modo que, se alega la existencia de dos personalidades jurídicas perfectamente distintas e inconfundibles: por un lado, (i) la personalidad jurídica del “antiguo Banco Popular”, donde se habrían cometido los supuestos hechos delictivos que estaban siendo investigados y por otro, (ii) la personalidad jurídica referente al renovado Banco Popular, completamente ajeno a las presuntas prácticas criminales efectuadas por su predecesor. Este último, el “Nuevo Banco Popular”, fue el que finalmente terminó siendo absorbido por el Banco Santander¹²⁰.

Y así lo establece la Audiencia Nacional en el Auto 246/2019, de 30 de abril, cuando recoge que:

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ Azaústre, P., & Zambrano, J. (2019). *De la sucesión procesal como investigada de personas jurídicas en el proceso penal: especial consideración del caso Banco Popular*. Obtenido de Diario La Ley.

¹²⁰ *Id.*

“es la Administración, la que ordena y ejecuta la resolución. [...] El FROB saneó el antiguo Banco Popular Español, S.A. y modificó su estructura de propiedad y, en ejercicio de sus facultades extraordinarias, el propio FROB pudo acordar la venta y transmisión forzosa de las acciones del nuevo Banco Popular Español, S.A. a un tercero. En definitiva, las autoridades competentes resolvieron el antiguo Banco Popular Español, S.A., lo sanearon financieramente, y generaron el capital del nuevo Banco Popular Español, S.A. y, después, ordenaron la transmisión de ese nuevo Banco a la única entidad que presentó una oferta en el proceso convocado por las autoridades en el proceso de resolución el Banco Santander, S.A.”¹²¹.

Y continúa afirmando que:

“la resolución de aquella entidad bancaria se equipara a su disolución material, con la consiguiente extinción de su eventual responsabilidad penal ex artículo 130.2 in fine CP. El traslado de la eventual responsabilidad penal del antiguo Banco Popular Español, S.A. a Banco Santander, S.A., es contrario a los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad (arts. 9.3 y 25 CE (Y 2500/1978), art. 7 del CEDH y art. 49.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”¹²².

De igual forma, la teoría que se mantuvo reacia a la decisión de la Audiencia Nacional sostenía que no se podía apreciar ninguna conexión entre el comportamiento del Banco Santander y los presuntos delitos cometidos con anterioridad a la fusión por el Banco Popular. Pues como ya se ha señalado previamente, la estructura, los administradores y el sistema de toma de decisiones cambió por completo tras la operación de fusión por absorción de las dos entidades bancarias imponiéndose los del adquirente. Asimismo, se adoptaron medidas y programas de cumplimiento normativo y de prevención de actos delictivos con los que ya contaba el Banco Santander¹²³.

¹²¹ Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 30 de abril, 256/2019, razonamiento jurídico primero, Aranzadi, N° de Recurso: 230/2019.

¹²² *Id.*

¹²³ Luzón Campos, E. (2019). Consideraciones a la traslación de responsabilidad penal de personas jurídicas en casos de absorción. *Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal*, op.cit.

Así, por tanto, surge la problemática suscitada por la operación de fusión entre el Banco Santander y el Banco Popular Español, en la que la literalidad de la ley sostiene, tal y como ha interpretado el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción n.º 4, que la responsabilidad penal de una persona jurídica se traslada automáticamente en caso de fusión a la entidad en que quede fusionada. Por tanto, a tal efecto, la decisión del Juez se considera conforme a Derecho al resultar razonable conforme al texto de la ley.

Sin embargo, como expone LUZÓN CAMPOS “*ello no significa necesariamente que sea la más conveniente desde la perspectiva de los fines constitucionalmente válidos del ejercicio del ius puniendi por parte del Estado e incluso, desde el punto de vista de justicia material*”¹²⁴.

Si bien es cierto que, como se ha adelantado en el epígrafe 2.2, el Legislador penal incorpora una cláusula de moderación del traslado de la pena, consistente en la posibilidad del Tribunal o Juez de moderar el traslado de la pena a la persona jurídica resultante, teniendo en cuenta la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella¹²⁵.

En tal caso, se plantea una posible vía de moderación de las consecuencias punitivas para el Banco Santander, aunque de nuevo dicha alternativa presenta ciertos puntos desfavorables para la entidad:

El primero de ellos, es que el Banco Santander debe enfrentar las evidentes consecuencias perjudiciales que se derivan de tener que asumir la condición de investigada, procesada y condenada en un procedimiento penal antes de que pueda considerarse la atenuación de la pena prevista por el Código Penal. Esto se deriva en un evidente daño reputacional que podría afectar directamente a su imagen pública e incluso, a su valoración en el mercado.

A su vez, no se tienen en cuenta los efectos legales indirectos de una declaración de culpabilidad para el Banco Santander, que puede resultar en consecuencias especialmente

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

gravosas en aplicación del artículo 71 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Así pues, el artículo 71 recoge que:

“No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo [...], corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales [...]”¹²⁶.

A razón de lo expuesto, se extrae la prohibición de contratar con la Administración Pública a todas aquellas personas que hayan sido condenadas penalmente por ciertos delitos, entre los que se incluyen los delitos de cohecho, blanqueo de capitales, corrupción...como a los que se enfrenta el Banco Santander en sustitución del Banco Popular Español.

Llegados a este punto, se hace pertinente revisar la Jurisprudencia que existe al respecto, con el fin de poder alcanzar las conclusiones que procedan para este asunto.

3.4 EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA TRANSMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL ENTRE PERSONAS JURÍDICAS

Como se venía adelantando en apartados anteriores, son muchas las incógnitas que se han suscitado a raíz del precepto introducido en el apartado 2 del artículo 130 del Código penal, relativo a la transmisión y extensión de la responsabilidad penal entre personas jurídicas.

A pesar de tratarse de un asunto con una extraordinaria envergadura para las empresas y en general, para la economía de nuestro país, no existen aún unos parámetros o factores

¹²⁶ Art. 71 LCSP.

definitivos que ayuden a esclarecer cuándo y cómo se debe proceder al traslado de la responsabilidad penal entre personas jurídicas, sin vulnerar con ello los principios de culpabilidad y personalidad de las penas. De hecho, la Jurisprudencia que existe al respecto es escasa y en algunos casos, incluso, incompatible y contradictoria acerca de una misma cuestión.

De cualquier modo, merece dedicar este epígrafe a la revisión del tratamiento jurisprudencial relativo al tema que aquí, ciertamente, nos concierne.

Por consiguiente, merece especial atención, uno de los juicios económicos más importantes de la historia de España, el conocido caso Bankia, en el que el Ministerio Fiscal decidió finalmente no formular la acusación contra la entidad cuyas cuentas habían sido falseadas con el fin de posibilitar su salida a Bolsa y la captación de inversores¹²⁷.

El Ministerio Fiscal justificó su decisión argumentando que el comportamiento de Bankia y del Banco Financiero y Ahorros (BFA) acredita el compromiso de sus dirigentes con una cultura ética empresarial, basándose en los siguientes hechos¹²⁸:

- 1) En mayo de 2012, el FROB, socio mayoritario de Bankia, fomentó un cambio de gobierno corporativo con la designación de un Consejo de Administración y directivos que nada tenían que ver con los que promovieron la salida a Bolsa en julio de 2011 a costa de la comisión de delitos de estafa a los inversores y falsedad contable. De hecho, fue este nuevo Consejo el que reformuló las Cuentas Anuales de 2011 y desveló la situación de la entidad.
- 2) Bankia, a pesar de ser la investigada en el procedimiento judicial, colaboró en la investigación aportando con diligencia la documentación que se le requirió durante las Diligencias Previas.

¹²⁷ EuropaPress. (septiembre de 2019). La Fiscalía concluye que el 'caso Bankia' fue una estafa consciente para mantener puestos y privilegios. *Economía y Finanzas*.

¹²⁸ Del Rosal, B., & Lightowler-Stahlberg, (2018). La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia, *Diario de La Ley*, 9126, op.cit.

- 3) Bankia también adoptó programas de *compliance* con efectivas medidas de vigilancia y control para prevenir la comisión de futuros delitos o reducir su riesgo de forma significativa.
- 4) En último término, a partir del 18 de febrero de 2016, la entidad efectuó las devoluciones de las inversiones iniciales a todos aquellos accionistas que acudieron a la salida a Bolsa de Bankia, a cambio del retorno de las acciones a la entidad. En los casos en los que los inversores hubieran vendido dichas acciones, Bankia les reembolsó la diferencia entre lo invertido y lo recuperado con la venta de estos títulos. Adicionalmente, en ambos escenarios, la entidad les abonó unos intereses compensatorios del 1% anual por el periodo transcurrido hasta la devolución de sus inversiones.

Esto demostró que, el compromiso de los actuales directivos de Bankia con una cultura de cumplimiento corporativo y de ética empresarial fue la razón por la que el Ministerio Fiscal decidió, en su informe de conclusiones definitivas, exentar de la pena que pudiera corresponderle a la entidad bancaria¹²⁹. Todos estos argumentos, añadió el Ministerio Fiscal, cabe aplicarlos al BFA.

Este caso concreto, a pesar de no tratarse de una operación de modificación empresarial recogida en el artículo 130.2 del Código penal, resultó ser una situación de reestructuración, *ex lege*, por aplicación del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito¹³⁰.

Dicha reestructuración se llevó a cabo cuando el FROB pasó a ser accionista único de BFA y, accionista mayoritario de Bankia, controlando un 45% de su capital¹³¹.

¹²⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 29 de septiembre, 13/2020.

¹³⁰ Posteriormente, fue modificado por el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento financiero y por el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

¹³¹ Del Rosal, B., & Lightowler-Stahlberg, (2018). La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia, *Diario de La Ley*, 9126, op.cit.

La intervención del Estado, a través de la toma de control por el FROB de estas dos entidades, transformó considerablemente su naturaleza jurídica, sus potestades y funcionamiento, convirtiéndolas en nuevas entidades viables y saneadas.

Por ello, esta operación puede asimilarse a un caso de modificación estructural de personas jurídicas, aunque taxativamente no se pueda ratificar que lo sea.

Para concluir, resulta interesante resaltar el artículo 3 de la Ley 9/2012¹³², que recoge:

“Los procesos de reestructuración o de resolución de entidades de crédito perseguirán los siguientes objetivos [...]:

a) Asegurar la continuidad de aquellas actividades, servicios y operaciones cuya interrupción podría perturbar la economía o el sistema financiero y, en particular, los servicios financieros de importancia sistémica y los sistemas de pago, compensación y liquidación.

b) Evitar efectos perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero, previniendo el contagio de las dificultades de una entidad al conjunto del sistema y manteniendo la disciplina de mercado.

c) Asegurar la utilización más eficiente de los recursos públicos, minimizando los apoyos financieros públicos que, con carácter extraordinario, pueda ser necesario conceder.

d) Proteger a los depositantes cuyos fondos están garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

e) Proteger los fondos reembolsables y demás activos de los clientes de las entidades de crédito”¹³³.

¹³² Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2012).

¹³³ Art. 3 de la Ley 9/2012.

Dichos objetivos pueden ponerse en riesgo si, después de la reestructuración llevada a cabo en Bankia y en el BFA, por medio de la intervención del FROB, se le obliga a este último a asumir la responsabilidad penal resultante de los delitos cometidos por dichas entidades.

De igual forma, se podría concluir en el caso “Banco Popular”, en tanto que la operación de fusión entre el Banco Santander y el Banco Popular Español respondió a la protección de la salud del sistema bancario, en interés general, y a la protección de los clientes del Popular. Del mismo modo, como se ha indicado anteriormente, esta operación fue supervisada y aprobada por las autoridades competentes, a través de un procedimiento coordinado y supervisado por el poder público. En último término, al igual que sucedió en el caso Bankia, no se pudo apreciar ninguna relación entre los actos delictivos perpetrados por el Banco Popular, antes de la operación de fusión, y el comportamiento del Banco Santander.

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES

Tras el estudio y análisis pormenorizado del sistema de transmisión de la responsabilidad penal entre personas jurídicas vigente, actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico penal se pueden extraer diferentes conclusiones. En concordancia con estas, se tratará de esclarecer finalmente aquellas cuestiones tan controvertidas en dicha materia, que se consideran sustanciales en la práctica de operaciones de reestructuración y sucesión empresarial.

En primer lugar, a razón de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 130 del Código penal, se considera que el Legislador penal trata de evitar, a toda costa, la impunidad de cualquier práctica delictiva que pueda cometerse en el seno de una persona jurídica por medio de cualquier operación de modificación estructural recogida en dicho precepto. Tanto es así, que no duda en contrariar ciertos principios fundamentales que rigen el ordenamiento español y que asisten de igual forma a las personas físicas como a las personas jurídicas en cualquier pronunciamiento condenatorio¹³⁴.

La cuestión nuclear en torno a dicho asunto es que no resulta ajustado a derecho atribuir responsabilidades, de forma directa y sin que concurra elemento subjetivo alguno, a una persona jurídica determinada por un delito que ha cometido una persona jurídica distinta, a pesar de que ésta última quede integrada en aquella. Pues ello conlleva, a la clara vulneración de los principios de culpabilidad y de personalidad de la pena¹³⁵.

Esto acontece a causa de que el artículo 130.2 del Código penal no hace distinción alguna, con relación a la transmisión directa de la responsabilidad penal, entre aquellos supuestos de reestructuración o sucesión empresarial fraudulenta y los que, por el contrario, solamente, obedecen a operaciones corporativas exentas de toda tergiversación. De manera que, la naturaleza de dicho sistema de traslado de responsabilidad penal puede dar lugar a situaciones injustas y de dudosa legalidad¹³⁶.

¹³⁴ Así lo ratifica el Tribunal Supremo en las Sentencia núm. 514/2015, de 2 de septiembre, así como en las Sentencias núm. 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo.

¹³⁵ Zabala, C. (2020). M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista para el Análisis del Derecho* (3), op.cit.

¹³⁶ *Id.*

Respecto del análisis doctrinal y jurisprudencial planteado en torno a dicha cuestión, en concreto, en torno al Caso “Banco Popular”, cabe destacar la potestad que confiere el Legislador penal al Tribunal o Juez de “*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*”¹³⁷, convirtiendo la aplicación de esta norma en una suerte de amalgama que puede ser configurada en función del criterio de cada jurista y según las circunstancias específicas de cada persona jurídica. Lo que propicia, análogamente, opiniones dispares respecto de un mismo asunto, como se ha demostrado.

En base a lo expuesto, es menester concluir que se hace necesaria y recomendable una reforma legislativa del apartado 2 del artículo 130 del Código penal que evite una traslación automática y directa de la responsabilidad penal entre personas jurídicas, en casos de modificaciones estructurales, y en la que se establezcan unos factores y criterios definitivos que contribuyan a determinar cuándo, y de qué modo se debe proceder al traslado de la responsabilidad penal entre personas jurídicas, sin vulnerar los principios irrenunciables que rigen el Derecho Penal.

¹³⁷ Art. 130.2 CP.

BIBLIOGRAFÍA

I. LEGISLACIÓN

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 relativa a la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010.

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2015.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE 82, de 04/04/2009).

Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2012).

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre del Código Penal (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003).

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm.152, de 23 de junio de 2010).

Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando (BOE núm 156, de 1 de julio de 2011).

Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010.

Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

II. JURISPRUDENCIA

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 30 de abril, 256/2019, razonamiento jurídico primero, *Aranzadi*, n.º de Recurso: 230/2019.

Decisión (UE) 2017/ 1246 De La Comisión - de 7 de junio de 2017 - por la que se aprueba el régimen de resolución del Banco Popular Español SA - [notificada con el número C (2017) 4038] - (europa.eu).

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 29 de septiembre, 13/2020.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), de 16 de marzo, 221/2016, *Aranzadi*, Ref. TS 2016\966.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal), de 2 de septiembre de 2015, 514/2015, *Aranzadi*, Ref. TS 2015\3813.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal, Sección 1ª), de 16 de marzo, 221/2016, *Aranzadi*, Ref. 2016 \1535.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 29 de febrero, 154/2016, *Aranzadi*, Ref. TC 2016\154.

III. OBRAS DOCTRINALES

Almodovar Puig, B. (2021). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Madrid.

Azaústre, P., & Zambrano, J. (2019). *De la sucesión procesal como investigada de personas jurídicas en el proceso penal: especial consideración del caso Banco Popular*. Obtenido de Diario La Ley.

Banco Central Europeo. (2017). '*Failing or Likely to Fail*' Assessment of Banco Popular Español.

Obtenido de:

https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.2017_FOLTF_ESPOP.en.pdf

Cobo del Rosal, M. (2012). Societas delinquere non potest. *Anales de Derecho*, 30, 1-14.

Cuerda Riezu, A. (2009). El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas. *LXII*.

De Juan, A. (2018). *La crisis financiera 2007-2017*. Obtenido de: https://www.iefweb.org/wp-content/uploads/2019/01/crisis_financiera_2007_2017.pdf.

Del Rosal, B., & Lightowler-Stahlberg, (2018). La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia, *Diario de La Ley*, 9126.

Escrihuela, J. (2019). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Escuela Internacional de Doctorado, UCAM, Murcia.

Feijóo, B., Bajo, M., & Gómez-Jara, C. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas Adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal* (2ª edición ed.). Civitas.

Fernández Muñoz, M. L. (2016). La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno. *Estudios Socio-Jurídicos*, 5.

García de Enterría, J., & Iglesias, J. L. (2008). *Lecciones de Mercantil. Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades*. Aranzadi.

FROB. (2017). *Autoridad de Resolución Ejecutiva*. Obtenido de: <https://www.frob.es/es/Lists/Contenidos/Attachments/519/FROBImplementingActJune72017.pdf>.

FROB. (2019). *10 años del FROB 2009-2019*. Autoridad de Resolución Ejecutiva, Madrid. Obtenido de: <https://www.frob.es/es/Documents/10a%C3%B1osdelFROB.pdf>.

Goena, B. (2013). La nueva Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Un análisis desde el 31 *bis*.4 CP.

Gómez Fraga, A. (2019). *¿De Dónde Venimos y a Dónde vamos? Sobre La Propuesta de Reforma De La Responsabilidad Penal De La Persona Jurídica y el Nuevo Delito De Administradores*.

Obtenido de Uría:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4362/documento/art01.pdf?id=5570>.

González Vázquez, J.C. (2018). “*La primera aplicación del procedimiento de resolución bancaria por el MUR: dudas y valoraciones (provisionales) a la luz del caso Banco Popular*”.

Gutiérrez, C. (2016). *El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material*. Universidad Autónoma de Barcelona.

Kindelán, J. (2014). *Emilio Botín y el Banco Santander: historia de una ambición*. Conecta.

López-Gómez, C. (2020). *M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica*

Luzón Campos, E. (2019). Consideraciones a la traslación de responsabilidad penal de personas jurídicas en casos de absorción. *Actas del XXII Seminario Interuniversitario*

Internacional de Derecho Penal.

Martín Fernández, J., & Juan Lozano, A. M. (2016). *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. LEFEBVRE EL DERECHO.

Mendo Estrella, Á. (2017). *Dialnet*. Obtenido de El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6930584.pdf>

Morales Prats, F., Tamarit, J., & García Albero, R. (2018). *La transmisibilidad de la pena de multa en las modificaciones estructurales. Sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a las personas jurídicas*. Aranzadi.

Pérez Arias, J. (2014). *Sistema de atribución de Responsabilidad Penal a las personas jurídicas*. Dykinson.

Rubianes, H. F., & Acosta, M. G. (mayo de 2018). Justificación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Polo del Conocimiento*, 3, 182-208.

Sánchez Bernal, J. (2012). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4018439.pdf>

Serrano, Ó. (2014). Contenido y Límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal. *Diario LA LEY*.

Serrano, Ó. (2016). Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* (24).

Silva, J., & Ortiz de Urbina, I. (abril de 2006). El art. 31.2 del Código penal. *InDret*. Obtenido de: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/121374/167822>

Tapia Hermida, A. (2020). *“La crisis del Banco Popular: Estado de la cuestión”*. Vol 3, (Estudios jurídicos), ISBN 978-84-1336.758.

Totella, G., Ortiz-Villajos, J. M., & García Ruíz, J. L. (2011). *Historia del Banco*
Página | 58

Popular.La Lucha por la Independencia.

Vasco Mogorrón, M. d. (2000). La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español a partir del Nuevo Código Penal Español. *Derecho y Sociedad* (14).

Velasco Núñez, E., & Saura Alberdi, B. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*, Aranzadi.

Zabala, C. (2020). M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista para el Análisis del Derecho* (3). Obtenido de: M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Zungaldía, J.M., (2010) “Societas delinquere non potest. Análisis de la reforma operada en el Código penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio”, *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* (76).

IV. RECURSOS DE INTERNET

Enciclopedia Jurídica. Obtenido de: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/personalidad-de-las-penas/personalidad-de-las-penas.htm>

EuropaPress. (junio de 2017). Nuevo presidente de Popular en sustitución de Emilio Saracho. *Economía y Finanzas*.

EuropaPress. (septiembre de 2019). La Fiscalía concluye que el `caso Bankia´ fue una estafa consciente para mantener puestos y privilegios. *Economía y Finanzas*.

Garijo, M. (2017). El presidente de Popular, Ángel Ron, se despide con los peores resultados de la historia del banco.

Obtenido de: <https://www.eldiario.es/economia/Banco-Popular-millones-provisiones-extraordinarias-0-608589173.html>.

Grupo Santander . (s.f.). *Código General de Conducta* .

Obtenido de: <https://www.santander.com/content/dam/santander-com/es/contenido-paginas/accionistas-e-inversores/gobierno-corporativo/c%C3%B3digo-de-conducta/doc-C%C3%B3digo%20General%20de%20Conducta.pdf>.

Grupo Santander. (2017). “*Santander lanza la ampliación de 7.072 millones de euros para respaldar la adquisición de Banco Popular*”. Comunicación Corporativa.

Junta Única de Resolución. “*The Single Resolution Board adopts resolution decision for Banco Popular*”, Nota de Prensa, Junta Única de Resolución, 7 de junio de 2017.

Obtenido de: <https://srb.europa.eu/en/node/315>.

Ley Derecho. Obtenido de: <http://leyderecho.org/principio-de-culpabilidad/>.