

Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?

Sumario

-

La responsabilidad penal en casos de reestructuraciones societarias es uno de los aspectos más problemáticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Castigar a la empresa resultante de una modificación societaria por los delitos de la empresa originaria podría parecer incompatible con los principios de culpabilidad por el hecho propio y personalidad de las penas. Esta investigación trata de fundamentar este mecanismo de responsabilidad, en aras de favorecer su legitimidad constitucional. Se argumentará que no es un traslado de sanción, ni una responsabilidad por sucesión empresarial. Es una sucesión de una responsabilidad ya constituida y atribuible a la empresa sucesora como algo propio. Para llegar a esta conclusión se realizará un análisis gramatical, sistemático y teleológico del art. 130.2 del Código penal español, a la luz del Derecho europeo y comparado. Se incidirá especialmente en el Derecho federal estadounidense y se concluirá con propuestas de lege lata y de lege ferenda.

Abstract

-

Criminal liability in cases of successor liability is one of the most problematic aspects of the criminal liability of legal persons. Punishing the company that results from a corporate modification for the crimes of the original company might seem incompatible with the principles of culpability and personality of penalties. This research tries to substantiate this liability mechanism, in the interest of favouring its constitutional legitimacy. It will be argued that it is not a transfer of sanction, nor a liability by corporate succession. It is a succession of a liability already constituted and attributable to the successor company as its own. In order to reach this conclusion, a grammatical, systematic and teleological analysis of Art. 130.2 of the Spanish Criminal Code will be carried out in the light of the European Law and the U.S. Federal Law. The study will conclude with proposals de lege lata and de lege ferenda.

Zusammenfassung

-

Die strafrechtliche Verantwortung in den Fällen der Umstrukturierung von juristischen Personen ist eine der problematischsten Dimensionen der Diskussion über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen. Die Bestrafung des aus einer Unternehmensumwandlung entstehenden Unternehmens für die Straftaten des ursprünglichen Unternehmens könnte mit dem Schuldprinzip und dem Persönlichkeitsprinzip der Strafe unvereinbar erscheinen. Die vorliegende Untersuchung versucht, diese Verantwortung zu begründen, um seine verfassungsrechtliche Legitimität zu gewährleisten. Es wird argumentiert, dass es sich weder um die Übertragung von Sanktionen von der Vorgängerunternehmen noch um eine Verantwortung wegen der bloßen Unternehmensnachfolge handelt. Vielmehr handelt es sich um die Nachfolge einer bereits bestehenden Verantwortung, die der Nachfolgeunternehmen als ihre eigene zugerechnet wird. Um zu dieser Schlussfolgerung zu gelangen, wird eine grammatikalische, systematische und teleologische Analyse von Art. 130.2 des spanischen Strafgesetzbuchs im Lichte des europäischen und vergleichenden Rechts durchgeführt. Besonderes Gewicht wird auf das US-Bundesrecht gelegt. Die Untersuchung wird mit Vorschlägen de lege lata und de lege ferenda abgeschlossen.

Title: *Criminal sanction and corporate restructurings: liability by succession or succession of liability?*

Titel: *Strafrechtliche Sanktionen und Unternehmensumstrukturierungen: Verantwortung durch Rechtsnachfolge oder Rechtsnachfolge der Verantwortung?*

-

Palabras clave: *responsabilidad penal de la persona jurídica; successor liability; fusiones y adquisiciones; identidad económica; diligencia debida; compliance.*

Keywords: *corporate criminal liability; successor liability; mergers & acquisitions; economic identity; due Diligence; compliance.*

Stichwörter: *Unternehmensstrafbarkeit; Nachfolgehaftung; Ausfallhaftung; Mergers & Acquisitions; wirtschaftliche Einheit; Due Diligence; Compliance*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i1.05

-

Recepción
03/10/2021

-

Aceptación
28/12/2021

-

Índice

-

1. Introducción

2. Responsabilidad sucedida, no transferida

2.1. La regulación en el Código penal español

2.2. Traslado de responsabilidad

2.3. Responsabilidad por sucesión corporativa

a. Responsabilidad por sucesión económica: identidad sustancial y unidad de decisión

b. Responsabilidad por sucesión delictiva: el papel de la *due diligence*

2.4. Sucesión de responsabilidad

3. ¿La successor liability como posible referente?

3.1. El estado actual de la successor liability: análisis a partir de la legislación en materia de corrupción

3.2. *Successor liability* angloamericana y Derecho continental europeo

4. Recapitulación y conclusiones

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

El protagonismo que la responsabilidad corporativa ha tenido en los estudios de Derecho penal económico de los últimos años da cuenta de los numerosos retos que esta institución plantea para nuestra teoría del delito tradicional. Especialmente, en aquellos países en los que el legislador ha apostado expresamente por la regulación penal de este nuevo régimen de responsabilidad sancionatoria¹. Ante una opción legislativa tan pronunciada, la pregunta por la conveniencia/necesidad de dicha previsión parece haber quedado relegada a un segundo plano (al menos, en términos prácticos). En cambio, quizás el principal reto que dicha institución plantea para la ciencia penal actual es el de ofrecer pautas interpretativas que garanticen su aplicación concreta de un modo constitucionalmente legítimo, dogmáticamente válido y político-criminalmente eficaz.

En este marco se ubica la presente contribución. En las páginas que siguen, se mostrará la necesidad de abordar el problema de la responsabilidad penal corporativa en casos de reestructuraciones societarias desde los interrogantes que dicha figura plantea en términos de Derecho penal sustantivo. Se trata de un tema que, además de revestir una incuestionable trascendencia práctica, constituye una de las manifestaciones más paradigmáticas de que el Derecho penal de personas jurídicas necesita respuestas distintas al de las personas físicas. Y es que, lo inadmisibles de castigar a un individuo por los delitos de otro, no parece operar en el caso de las entidades colectivas. Al menos, así parecen sugerirlo las previsiones legislativas de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. En la mayor parte de los sistemas legales en los que se prevé alguna clase de responsabilidad de empresas (ya sea administrativo-sancionatoria, contravencional o penal), está previsto que la empresa resultante de una reestructuración societaria pueda asumir la responsabilidad de la(s) empresa(s) predecesora(s)². Con ello, se aspira a garantizar que el estado de cosas antijurídico que justifica la responsabilidad colectiva no perviva a mecanismos jurídico-formales orientados a imposibilitar la imposición o ejecución de una sanción. Es decir, se trata de evitar que la reorganización societaria sea una vía de escape de la responsabilidad corporativa.

* Autora de contacto: Beatriz Goena Vives, Universidad Pompeu Fabra: beatriz.goena@upf.edu

Una versión previa de este trabajo fue presentada en el seminario de Derecho penal de la Universität Augsburg, en el marco de una estancia de investigación financiada por el *Deutscher Akademischer Austauschdienst-DAAD*. Mi agradecimiento al Prof. Dr. Dr. h.c. Kubiciel, por su amable acogida y por los intercambios de ideas que dieron origen a este texto. Gracias también a los evaluadores de este trabajo, por la atenta revisión del texto y por sus acertados comentarios.

El presente artículo se ha elaborado en el marco del proyecto del ministerio de Ciencia e Innovación (referencia: PID2020-115863GB-I00).

¹ La bibliografía sobre la materia es casi inabarcable en un texto de esta naturaleza. Por el momento, y para no alejarme del objeto de estudio, me permito hacer una referencia sucinta a un análisis sintético de las distintas propuestas de fundamentación de la responsabilidad penal corporativa: CIGÜELA SOLA/ORTIZ DE URBINA, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución», en SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS (dirs.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, pp. 73 ss.

² Además del ordenamiento jurídico estadounidense, al que se hará referencia posteriormente, pueden citarse, por ejemplo, las regulaciones de los siguientes ordenamientos jurídicos: Argentina (artículo 3 de la Ley n.º 27.401), Chile (artículo 18 de la Ley n.º 20.393), Italia (artículos 17 y 29 a 32 del Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio) y Perú (artículo art. 2, 2.º de la Ley n.º 30.424). También es interesante la regulación de dicha materia en Alemania, donde la responsabilidad del sucesor o *Ausfallhaftung* se prevé en el § 30 párr. 2.º a) de la ley de sanciones contravencionales (OwiG) y tiene una gran importancia en materia de Derecho de la competencia (§ 81.3 a-c de la Ley contra las restricciones de la competencia o *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*). También está prevista en el § 7 del anteproyecto de Ley de responsabilidad corporativa o *Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft* o *Verbandssanktionengesetz - VerSanG*.

Ciertamente, si se atiende a la fungibilidad que caracteriza a la naturaleza de las corporaciones, una figura tan extraña al Derecho penal parece tornarse necesaria. Estas son «meta-sujetos» dotados de una «identidad narrativa débil»⁵, que solo existen en la medida en que el Estado lo permite y si sirven a sus miembros individuales⁴. Es decir, son «estructuras de propósito» (*Zweckgebilde*)⁵, con una naturaleza meramente instrumental, que no limita el poder del Estado, sino que lo expresa. Y, en esta medida, el Derecho penal de personas jurídicas es ajeno a la racionalidad de *imputación* (*Zurechnung*) de un hecho culpable. En cambio, se trata de una mera *atribución* (*Zuschreibung*) de responsabilidad, que obedece a una lógica de incentivos y desincentivos⁶, orientada a facilitar la sanción de los individuos verdaderamente responsables del delito⁷. Ello no equivale a admitir su conceptualización como una suerte de responsabilidad objetiva⁸. Simplemente, muestra que las reglas del juego son distintas a las de las penas que se imponen por merecimiento. El modelo de responsabilidad penal corporativa no atiende a razones de justicia conmutativa, sino de necesidad por justicia distributiva o, simplemente, de ponderación coste-beneficio⁹.

Ahora bien, aunque la sucesión de responsabilidad en casos de reestructuraciones societarias no sea tan problemática desde el punto de vista de la naturaleza del sujeto castigado, su legitimidad es menos evidente si se atiende a su dimensión punitiva. Máxime, en aquellos ordenamientos jurídicos que, como el español, regulan las sanciones corporativas calificándolas como “penas”¹⁰. En este contexto, la “no extinción” de la responsabilidad es más problemática, por presentarse como una figura difícilmente compatible con los principios del hecho propio y de la personalidad de las penas. Este último, como su propio nombre indica, da cuenta de las prerrogativas que deben informar la reacción estatal a un estado de injusto, con independencia del sujeto al que esta se dirige. En consecuencia, los interrogantes que suscita la

⁵ Sobre esta concepción, a la que me adhiero y en la que no es posible detenerse en el presente estudio, cfr. CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015, pp. 130 ss.

⁴ En sentido similar, cfr. NIETO MARTÍN, «Responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de cumplimiento: de la gestión de la legalidad a la legitimidad», *La Ley Compliance penal*, (4), 2021, pp. 1 ss. El autor afirma en p. 6 que: «La deslegitimación de la persona jurídica que se expresa a través de la pena supone una advertencia de que el derecho puede dejar de reconocerla como persona. Las personas jurídicas solo tienen sentido en cuanto resultan socialmente útiles y sirven al libre desarrollo de la personalidad de los individuos, respetando la legalidad».

⁵ Cfr. el empleo de este término en ROSTALSKI, «Zur Legitimation von Maßnahmen mit Vorwurfscharakter und solchen der reine Vermögensabschöpfung im (neuen) Kartellbußgeldrecht», *NZWiSt*, (1), 2018, pp. 169 ss., 171.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, «El debate sobre la prueba del modelo de *compliance*: Una breve contribución», *InDret*, (1), 2020, editorial.

⁷ En igual sentido, cfr. COFFEE, *Corporate Crime and Punishment*, Berrett-Koehler Publishers, Oakland (CA)-Estados Unidos, 2020, pp. 141-152.

⁸ En contra de lo cual se ha pronunciado expresamente el TS. Así, además de la STS 154/2016, Penal, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:613), (ponente: Maza Martín), cfr., por ejemplo, la STS 668/2017, Penal, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:668), (ponente: Marchena Gómez), FJ 1: «No cabe, por tanto, una objetivación de este rupturista régimen de responsabilidad criminal de los entes colectivos, construido de espaldas al principio de culpabilidad proclamado por el art. 5 del CP».

⁹ Cfr. CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en Derecho penal*, 2015, pp. 232-237; SILVA SÁNCHEZ, «¿"Quia peccatum est" o "ne peccetur"? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo», *InDret*, (1), 2021, editorial. En detalle, sobre dicha distinción en el pensamiento de Aristóteles: CHROUST/OSBORN, «Aristotle's Conception of Justice», *Notre Dame L. Rev.*, (2), 1942, pp. 129 ss.

¹⁰ Si bien, algunos autores consideran que solo son penas en sentido formal. Cfr., por ejemplo, ROBLES PLANAS, «Pena y persona jurídica: crítica al artículo 31 bis CP», *La Ley*, (7705), 2011, p. 10. No obstante, considero más acertadas las posturas intermedias, que apelan a la *intensio* de dicho concepto. Cfr. por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., 2016., pp. 385 s.; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, pp. 94 ss., 115 ss., 138.

sucesión de responsabilidad se relacionan con la propia identidad del Derecho sancionatorio¹¹. Entre otras cosas, porque se trata de una figura que, pese a operar en Derecho penal, procede del Derecho de daños estadounidense¹². Es decir, de una rama del ordenamiento jurídico en la que la asignación de responsabilidad es objetiva y de una tradición jurídica ajena a los criterios de imputación de la tradición continental.

El presente estudio tratará de ofrecer una respuesta interpretativa válida a la problemática planteada y llegará a una doble conclusión. Por un lado, la responsabilidad penal en casos de sucesión empresarial¹³ no es una transferencia de sanción y, en esta medida, no contraviene el principio de culpabilidad por el hecho propio y el de personalidad de las penas. Por otro lado, su fundamento no radica ni en un pretendido ilícito de la entidad originaria, ni en el acto posterior de reestructuración (fraudulenta). No es una regla de imputación o asignación de responsabilidad. Es una «no extinción de responsabilidad»: una *perpetuación de responsabilidad*, orientada a neutralizar la pervivencia de un estado de injusto previamente constituido. Se trata de un mecanismo de responsabilidad que convive junto al Derecho penal nuclear, pero que debe ser interpretado conforme a sus propios parámetros¹⁴.

Para ello, se comenzará por hacer una aproximación conceptual a la responsabilidad por sucesión, a partir de su regulación en la legislación española (2). Con ello, se aspira a definir un criterio que permita equiparar la responsabilidad de la entidad originaria con la de la resultante, sin vulnerar la proscripción de la retroactividad en lo desfavorable. Y, como se detallará, tal criterio no depende ni del principio de culpabilidad por el hecho propio ni del de personalidad de las penas. En cambio, gira en torno a cómo es la reacción corporativa frente a la detección del delito (3). Los elementos que configuran dicha actuación post-delictiva serán definidos a partir de la experiencia del Derecho comparado, en el que se prestará especial atención a la figura de la *successor liability* estadounidense (3.1), a fin de extraer conclusiones válidas en nuestro sistema, sin ignorar los postulados del Derecho de la Unión Europea (3.2). A ello se dedicará la última parte del trabajo (4), donde se harán una serie de recomendaciones de *lege lata* y de *lege ferenda*, orientadas a resolver algunos (de los múltiples) interrogantes que plantea la responsabilidad en casos de reestructuración societaria¹⁵.

¹¹ Desde esta óptica, cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, «Verbandsstrafe bei Auflösung, Umwandlung und asset deal Rechtsvergleichende Überlegungen», en BÖSE/SCHUMANN/FRIEDERICH (eds.), *Festschrift zum 70 Geburtstag von Professor Dr Dr h.c mult Urs Kindhäuser*, 2019, pp. 911 ss.

¹² Cfr. una exposición detallada y en castellano: VILLEGAS GARCÍA, *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*, 2016, pp. 247 ss.

¹³ Por razones de economía lingüística, cuando no sea estrictamente necesario especificar la tipología de operación societaria, me referiré a «responsabilidad en casos de sucesión empresarial» o «responsabilidad de la entidad sucesora/resultante». Con ello no se ignora que, en puridad, los casos de disolución no son un supuesto de sucesión. Pero se ha estimado que es la terminología más adecuada. En especial, a la vista de que la problemática analizada en este estudio se plantea —sobre todo— en relación con operaciones societarias distintas de una disolución meramente aparente.

¹⁴ Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el Derecho penal de la empresa, cfr. KUBICIEL/HOVEN, «Der Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes aus Sicht der Rechtswissenschaft - Bedeutung, Zurechnungsmodelle, Prozessrecht» en JAHN/SCHMITT-LEONARDY/SCHOOP (eds.), *Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen*, 2016, pp. 162 ss.

¹⁵ Para un análisis reciente de la legislación y jurisprudencia españolas, con referencias, cfr. por ejemplo, ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, «M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica», *InDret*, (2), 2020, pp. 195 ss.

2. Responsabilidad sucedida, no transferida

Como se ha expuesto, la responsabilidad del sucesor en casos de reestructuraciones societarias es vista como la respuesta más adecuada mediante la que equilibrar dos intereses en conflicto. Por un lado, la viabilidad de la imposición y ejecución del castigo corporativo. Por otro lado, la fungibilidad que, por su propia naturaleza, tienen las empresas. Sin embargo, existe un riesgo de que este mecanismo de asignación de responsabilidad distorsione el objeto del castigo y se convierta en una «responsabilidad por la sucesión»; es decir, que se identifique con una suerte de criminalización de las reestructuraciones empresariales, cuando exista un incumplimiento en alguna de las entidades implicadas. Lo cual muestra que, más allá de su aceptable (y aceptada) conveniencia político-criminal, es preciso preguntarse por la naturaleza y el fundamento de la sucesión de responsabilidad en el ámbito sancionatorio, para verificar su legitimidad; y en especial, en el Derecho penal¹⁶.

A fin de tomar posición en uno u otro sentido, considero preciso atender, en primer lugar, al modo en el que se regula la sucesión de responsabilidad en el Derecho positivo. Ello, porque una interpretación jurídica que tenga pretensiones de validez, no puede ignorar la letra de la Ley. Sin embargo, esta dimensión no es la única que debe tenerse en cuenta a la hora de construir un concepto. Es más, entiendo que solo es una condición de posibilidad de las otras dimensiones valorativas que la preceden, como son la teleología inmanente a la propia acción legislativa, así como su contexto¹⁷. En esta línea, el método jurídico de construcción de un concepto que aspire a ser correcto, debe satisfacer los tres planos en los que este se basa. A saber, el estructural, el funcional y el legal¹⁸. Es decir, se trata de validar si además de ser viable en términos de Derecho positivo, dicho concepto es sostenible en su dimensión lógico-formal y lógico-material, así como en su *intensio* funcional. A la vista de ello, tomaré este trípode metodológico como base para pronunciarme sobre la categorización de la sucesión de responsabilidad y su legitimidad en términos sistemático-gramaticales, analíticos y teleológicos o político-criminales. De este modo, el presente estudio partirá de la legislación penal española, analizada desde un punto de vista descriptivo y crítico-valorativo.

2.1. La regulación en el Código penal español

En el Derecho penal español, la sucesión de responsabilidad en casos de modificaciones estructurales se encuentra regulada en el art. 130.2 CP. Dicho precepto prevé la posibilidad de trasladar la responsabilidad penal en casos de sucesión empresarial en los siguientes términos:

«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

¹⁶ Cfr. una síntesis de las distintas posturas doctrinales sobre dicha cuestión en FARALDO CABANA, «Traslado de responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales: Algunas puntualizaciones sobre el art. 130.2 CP», en CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO, (eds.), *Libro Homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. II, 2019, pp. 431 ss., 435 ss.

¹⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa», *InDret*, (4), 2019.

¹⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Metadogmática jurídico-penal. Sobre el método de elaboración de las reglas doctrinales», *manuscrito en prensa*, 2021. Afirma el autor que: «[...] la mejor doctrina es la que obtiene un óptimo “equilibrio reflexivo” entre los requerimientos estructurales, los funcionales o teleológicos y los legales (gramaticales-sistemáticos)». (Agradezco al Dr. Silva el acceso a este texto, no publicado al escribir el presente artículo. También su explicación en el seminario semanal del «Grupo de investigación en Derecho penal *Iuscrim.bcn*», el 18 de mayo de 2021).

fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

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

Como puede observarse, el art. 130.2.I CP prevé el traslado de la responsabilidad en casos de reestructuraciones no fraudulentas. Por su parte, el art. 130.2.II CP excluye de la anterior regla los casos de disolución fraudulenta, en los que la responsabilidad penal se impondrá a la entidad que continúe la actividad económica con identidad de clientes, proveedores y empleados. Pues bien, la regulación legal es problemática en ambos casos¹⁹. Y, sin ánimo de una exhaustividad que no es posible en un texto de esta naturaleza, pueden destacarse las siguientes cuestiones. El art. 130.2.I CP se refiere expresamente a un traslado y a una extensión de responsabilidad, sin necesidad de que la operación sea fraudulenta y aludiendo a una confusa proporción entre entidad originaria y resultante como único criterio de modulación. De este modo, no solo no se hace ninguna referencia a los esfuerzos de cumplimiento de la entidad resultante (procesos de *due diligence*), sino que tampoco se concretan aspectos como si la sucesión se extiende a todas las sanciones o solo a la multa, o si la sucesión opera también en los casos en los que el incumplimiento se manifieste con posterioridad a la reestructuración. Por su parte, el art. 130.2.II CP impide el reconocimiento de una disolución formal o aparente²⁰, entendida como continuidad económica. Sin embargo, dicha regulación omite la referencia a criterios de continuidad material, como podría serlo el hecho de que la disolución se oriente a la evitación de una (eventual) responsabilidad penal. Lo cual deja abierta la cuestión de si es posible apreciar un fraude en disoluciones y en otra clase de reestructuraciones empresariales, con independencia de la continuidad económica entre empresa originaria y resultante, si la operación tenía como único o principal objeto la elusión de responsabilidades (penales y/o civiles).

Esta desafortunada redacción del precepto ha sido criticada por la doctrina²¹ y por la jurisprudencia menor. Así, aunque la Sala Segunda del Tribunal Supremo español aún no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance y, en general, la interpretación que merece el referido art. 130.2 CP, la innegable trascendencia teórico-práctica de dicho artículo ya lo ha

¹⁹ Cfr. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, «M&A y *Compliance*: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica», *InDret*, (2) 2020, pp. 195 ss., con referencias.

²⁰ En este texto se evitará hacer referencia al término «disolución encubierta» que el legislador español equipara a la disolución aparente. Como ha apuntado acertadamente la doctrina penal, se trata de una referencia imprecisa, pues en el caso de una disolución fraudulenta estaríamos ante una continuidad encubierta de la persona jurídica y no ante una disolución encubierta. Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Tema 4: La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DOPICO GÓMEZ-ALLER/DE LA MATA BARRANCO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 129 ss., 163; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Extinción de responsabilidad penal», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA (coords.), *Memento Experto. Derecho penal económico y de la empresa*, 2016, pp. 198 s.

²¹ Cfr., por ejemplo, DEL ROSAL BLASCO/LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada del 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 La Ley*, (9126), 2018, pp. 1 ss., 9 ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en DOPICO GÓMEZ-ALLER/DE LA MATA BARRANCO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 161-164; MAPELLI CAFFARENA, «Artículos 130 a 135», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., 2011, pp. 519 ss.

hecho objeto de algunas resoluciones de la Audiencia Nacional²². En todas ellas, se ha insistido en que la responsabilidad penal de la persona jurídica en casos de modificaciones estructurales no debe ser automática y se ha valorado positivamente la implementación de medidas de diligencia debida (preventivas y reactivas) por parte de la entidad sucesora²³. Por ello, y aunque todavía no pueden extraerse conclusiones definitivas, parece que la tendencia en España es la de tomar en consideración la diligencia y los esfuerzos de cumplimiento normativo por parte de la entidad sucesora, a fin de limitar la sucesión de responsabilidad únicamente a aquellos casos en los que no se haya reaccionado a los ilícitos detectados.

A la vista de ello, cabe pensar en las siguientes respuestas a la pregunta por el fundamento de la responsabilidad del sucesor²⁴. En primer lugar, podría considerarse que se trata de una *responsabilidad por el ilícito de la empresa originaria*, en cuyo caso podrían adoptarse dos posturas distintas. A saber, que estamos ante un traslado de sanción, o bien ante una transferencia de una deuda de Derecho público (2.2). En el extremo opuesto está la *responsabilidad por una infracción posterior en la entidad resultante*. En este contexto, cabría pensar en un castigo por el resultado de la operación de reestructuración (2.3), o por el modo en el que esta se conduce (2.4). Finalmente, podría pensarse en la *responsabilidad por un estado de injusto iniciado en la entidad originaria y perpetuado en la resultante* (2.4). Como tratará de mostrarse, cada una de estas opciones conlleva un posicionamiento distinto respecto de los principios de culpabilidad por el hecho propio y personalidad de las penas. Asimismo, las perspectivas de modulación de la sanción que cabe esperar de los procesos de diligencia pre- y post-reestructuración por parte de la empresa resultante serán distintas, según el caso.

2.2. Traslado de responsabilidad

Una primera aproximación a la responsabilidad en casos de modificaciones estructurales, es la de considerar que nos encontramos ante un mecanismo de traslado o transferencia de la responsabilidad de la entidad originaria a la resultante. En realidad, esta podría parecer la interpretación más fiel a la letra de la Ley y al propio modo de operar de este mecanismo de asignación de responsabilidad. Fuera de los casos de disoluciones aparentes, el art. 130.2 CP alude expresamente a que la responsabilidad «se trasladará» (o, en una escisión, «se extenderá») a la(s) entidad(es) resultante(s). Es más, ni tal siquiera se explicita la necesidad de que en la entidad resultante concorra estado de injusto alguno. Ni tampoco se exige que la operación se oriente a eludir la responsabilidad. De modo que, según esta concepción, podría concluirse que estamos ante una traslación objetiva de responsabilidad. Pero, mientras que algunos consideran que ello es inconstitucional, otros abogan por su compatibilidad con la Norma Fundamental.

²² Cfr. por ejemplo, Caso Banco de Valencia: Auto de 13 de octubre de 2015 del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, dictado en el seno de las Diligencias Previas 65/2013-10; Caso Banco Financiero y de Ahorros, S.A. y Bankia: Escrito de acusación del ministerio Fiscal de fecha 12 de junio de 2017, en el proceso con Diligencias Previas 59/2012; Caso Banco Popular y Santander: Auto 246/2019 de 30 de abril, de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el procedimiento con Diligencias Previas 42/2017.

²³ Cfr. Comentario al caso Bankia en DEL ROSAL BLASCO/LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, *Diario La Ley*, (9126), 2018, pp. 10 ss.; comentario al caso Banco Popular y Santander en GOENA VIVES, «“To be or not to be”. Comentario al Auto 246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4ª de la Audiencia Nacional», *La Ley Compliance Penal*, (1) 2020.

²⁴ Cfr. otra propuesta de clasificación, cuya racionalidad ha servido de base a la que aquí se ofrece, en SILVA SÁNCHEZ, «El compliance de detección como “eximente” supralegal para las personas jurídicas», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.)/MORENO TORRES *et al.* (coords.), *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, 2021, pp. 131 ss.

Así, un primer grupo de autores entiende que se trata de una norma que «ineludiblemente obliga a enjuiciar y declarar culpable a un sujeto por un hecho que, en el momento de su comisión, ni pudo evitar, ni le era atribuible»²⁵. Es decir, se trataría de un traslado de responsabilidad penal a una persona jurídica, por un ilícito cometido/detectado en otra. Lo cual contravendría los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad, consagrados en los arts. 25.1 CE, 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por este motivo, consideran que el precepto es inconstitucional y que hubiera sido mejor que el legislador hubiese arbitrado mecanismos de aseguramiento de la pena de multa (similares al derogado art. 31.2 CP)²⁶ y/o de anulación de la operación societaria destinada a eludir la responsabilidad de la entidad originaria²⁷.

A fin de salvar la constitucionalidad del precepto, un segundo grupo de autores considera que la responsabilidad en casos de reestructuraciones societarias es un traslado de una deuda de Derecho público²⁸. Entienden que no es una cláusula de asignación de responsabilidad como sí lo es el art. 31 bis CP y, por este motivo, también cuestionan que el alcance del tipo pueda restringirse apelando a un deber de cuidado por parte de la entidad sucesora. En último término, ello equivaldría a prohibir las operaciones en las que interviniese una persona jurídica eventualmente responsable de un estado antijurídico. Lo cual, atentaría contra la racionalidad económico-financiera, al desincentivar la realización de procesos societarios legítimos y, en ocasiones, necesarios. Por ello, consideran que la entidad resultante asume la multa impuesta a la empresa originaria como un pasivo o crédito no punitivo, orientado a evitar una situación de enriquecimiento injusto.

Dicha interpretación podría parecer alineada con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, cabe destacar la sentencia de 5 de marzo de 2015²⁹, relativa a la transmisión de la responsabilidad por infracciones administrativas entre personas jurídicas, como fruto de una petición de decisión prejudicial formulada por el Tribunal portugués de Leiria, a propósito del antiguo artículo 19.1 de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, en relación con unas sanciones por infracciones en materia de Derecho del Trabajo. Concretamente, se consultó al TJUE si en una fusión por absorción, la transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo puede incluir la transmisión, a la sociedad absorbente, de la responsabilidad del pago de las multas impuestas por infracciones cometidas por la sociedad absorbida antes de dicha fusión. El TJUE, afirmó que la sociedad absorbida transmite a la absorbente su patrimonio activo y pasivo,

²⁵ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en DOPICO GÓMEZ-ALLER/DE LA MATA BARRANCO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, p. 163. En sentido similar: FEIJOO SÁNCHEZ, «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., 2016, pp. 262-264; MOLINA FERNÁNDEZ/POZUELO PÉREZ, «Extinción de la responsabilidad penal y sus efectos», en MOLINA FERNÁNDEZ, *Memento Práctico Penal*, 2021, pp. 751-784, § 6510-6899.

²⁶ Cfr. un análisis de dicha figura en SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, «El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», *InDret*, (2), 2006.

²⁷ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en DOPICO GÓMEZ-ALLER/DE LA MATA BARRANCO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 163 ss.

²⁸ Cfr. por ejemplo, SERRANO ZARAGOZA, «Reestructuración empresarial y responsabilidades de los administradores sociales tras la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revista La Ley compliance penal*, (3), 2020, pp. 15 ss.

²⁹ Cfr. STJUE de 5 de marzo de 2015, C-343/13, (ECLI:EU:C:2015:146), cuestión prejudicial planteada a raíz del litigio entre Modelo Continente Hipermercados SA contra Autoridade para as Condições de Trabalho y Centro Local do Lis (ACT).

incluyendo en este último la expectativa de sanción en que podría incurrir la absorbida por actuaciones realizadas antes de la fusión, a modo de crédito en favor de terceros³⁰.

Tras señalar que la Directiva 78/855/CEE no define el concepto de «patrimonio activo y pasivo» a los efectos de las fusiones de sociedades anónimas, el TJUE señaló que su contenido y alcance debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme. A tal efecto, abogó por el tenor literal del artículo 19.1 de la Directiva, que dispone que una fusión por absorción *ipso iure* y, por tanto, de modo automático, la transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida. También señaló que dicha Directiva se orienta a la protección de los intereses de los asociados y de los terceros durante un proceso de fusión, incluyéndose entre los intereses protegidos el del Estado cuyas autoridades competentes impusieron las multas. Lo cual condujo al TJUE a afirmar que una fusión por absorción: «supone la transmisión a la sociedad absorbente, de la obligación de pagar una multa impuesta mediante resolución firme posterior a dicha fusión por infracciones del Derecho del trabajo cometidas por la sociedad absorbida antes de la citada fusión»³¹.

La referida sentencia del TJUE continúa con la que venía siendo la postura del TJUE en otros ámbitos del Derecho administrativo-sancionador, tales como el Derecho de la competencia³². Así, por ejemplo, la sentencia del TJUE de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank y otros/Comisión, asuntos acumulados C-125/07 P, 133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P (ECLI:EU:C:2009:576), estableció que cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo: «[...] este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad ente ambas entidades».³³

Ahora bien, dicho pronunciamiento se refiere a infracciones en el ámbito laboral o en el de la competencia, que no pueden extrapolarse al ámbito penal de modo automático. De hecho, el propio Código penal separa la responsabilidad en casos de reestructuración (art. 130.2 CP), de los casos de responsabilidad civil subsidiaria (art. 120.4 CP). Y la jurisprudencia ha remarcado que esta no puede equipararse en ningún caso a la responsabilidad penal³⁴. Es más, el carácter

³⁰ Cfr. ARENAS GARCÍA, «Fusión por absorción de la empresa absorbente por actuaciones de la absorbida. Comentario a la STJ (Sala Quinta) de 5 de marzo de 2015, As. C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho - Centro Local do Lis (ACT)», *Diario la Ley*, (4708), 2015.

³¹ STJUE de 5 de marzo de 2015, C-343/13, (ECLI:EU:C:2015:146), §§ 26-32.

³² Ya lo apuntó NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, 1996, pp. 217 ss.

³³ Cfr. en igual sentido, STJUE (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, C-280/06, (ECLI:EU:C:2007:775), §§ 40 a 43. Con anterioridad: STJUE de 28 de marzo de 1984, *Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión*, C-29/83 y C-30/83, (ECLI:EU:C:1984:130), § 9; y STJUE de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, (ECLI:EU:C:2004:6), § 59. En el ámbito laboral, a propósito de la sucesión de empresa en la sucesión de contratas, el TJUE acude también al criterio de la identidad, definida en los mismos términos económicos. Cfr. por ejemplo, STJUE de 26 de noviembre del 2015, *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) contra Luis Aira Pascual y Algeposa Terminales Ferroviarios*, asunto C-509/14, (ECLI:EU:C:2015:781), §§ 31-32; y STJUE de 19 de octubre del 2017, *Serviços e Tecnologia de Segurança SA y trabajadores de Consultadoria de Aviação Comercial SA*, C-200/16, (ECLI:EU:C:2017:780), §§ 25-27.

³⁴ Cfr. por ejemplo, STS 530/2019, de 31 de octubre, (ECLI:ES:TS:2019:3515), (ponente: Vicente Magro Servet), en la que se falla que la sociedad resultante es la responsable civil subsidiaria por un delito cometido en el marco de la sociedad que posteriormente se adquiere. El TS insiste en que se trata de una responsabilidad objetiva, no penal: «No nos movemos, pues, en este ámbito en puro Derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por

“meramente” económico de una responsabilidad entendida en los términos expuestos es difícilmente compatible con el hecho de que —tal vez por olvido— no se concreta si tal mecanismo de responsabilidad se refiere a la multa o también al resto de sanciones (no directamente económicas) del art. 33.7 CP. ¿Puede sostenerse que una “pena” de intervención o de disolución impuesta con base en la peligrosidad es un aseguramiento no punitivo de responsabilidad? Es evidente que, pese a intentar salvar la redacción del art. 130.2 CP, la referida interpretación consigue justo lo contrario y, por tanto, adolece de las limitaciones propias de las interpretaciones *contra legem*. El legislador español ha optado expresamente por regular estos supuestos como un caso de responsabilidad *penal*, en los que la entidad sucesora es sujeto pasivo de una *sanción*. Promover una visión de la multa como mera deuda de Derecho público supone despenalizar el Derecho penal³⁵. Y, de hecho, nuestro Tribunal Constitucional ya ha advertido de que las sanciones no pierden su carácter punitivo en el traslado a otros sujetos³⁶.

Precisamente, aquí radica el núcleo de la discusión en Alemania, donde el legislador ha partido del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia europea y ha tratado de legitimar la sucesión de responsabilidad por la vía de negar o relativizar el carácter punitivo de la responsabilidad que se transfiere. La responsabilidad del sucesor legal se prevé en el § 30 párr. 2.º a) de la *Ordnungswidrigkeitengesetz* o ley de sanciones contravencionales (OWiG). Dicha regulación fue ampliada en el año 2018, mediante la Ley contra las restricciones de la competencia o *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), que regula la responsabilidad de la empresa matriz (§ 81 a), del sucesor universal (§ 81 b) y del sucesor económico (§ 81 c). Al igual que en el caso español, la Exposición de Motivos de la referida Ley³⁷ justifica esta previsión como un medio para evitar la elusión de responsabilidad. Ahora bien, a fin de mostrar la compatibilidad de este mecanismo de responsabilidad con el principio de culpabilidad, el Legislador explica que no se trata de un traslado de sanción a un tercero—persona jurídica, sino de una responsabilidad por la multa. Se explica que el “destinatario de la sanción” debe seguir siendo únicamente la empresa implicada en la infracción. Sin embargo, dado que el sucesor representa a la empresa materialmente responsable, le corresponde el pago de la multa³⁸.

A fin de refrendar la viabilidad de esta interpretación, el legislador señala que las sanciones en materia de la competencia no deben tener un carácter muy personal y, por ello, pone cuidado en seguir la estela del TJUE y referirse al sucesor como “unidad económica” (*Wirtschaftliche*

razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas».

³⁵ Cfr. en favor del valor punitivo de la pena de multa (aunque excluyendo las sanciones a personas jurídicas), COCA VILA, «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)», *InDret*, (3), 2021, pp. 69 ss.

³⁶ Cfr. por ejemplo, STC (Pleno) 146/1994, de 12 de mayo (BOE núm. 140, de 13 de junio de 1994), (ponente: Díaz Eimil), a propósito de la responsabilidad solidaria en casos de sanciones tributarias. El TC entendió que esta es inadmisiblesi no hay una infracción propia de la persona a la que se pretende hacer responsable. Pese a ser una doctrina pensada para sanciones administrativas, se entiende que, *ad maius ad minus*, es trasladable al Derecho penal: si es inconstitucional trasladar una sanción administrativa, con mayor motivo lo es en el caso de una pena. Cfr. en este sentido, ORTIZ DE URBINA, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (“Compliance programs”)», en GOÑI SEIN *et al.* (eds.), *Ética empresarial y Códigos de conducta*, 2011, pp. 95 ss.

³⁷ Cfr. Deutscher Bundestag, *Begründung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/10207 (En adelante, BT-Drs. 18/10207). Texto disponible en: <https://dserver.bundestag.de/btd/18/102/1810207.pdf> (última consulta: septiembre 2021).

³⁸ Cfr. BT-Drs. 18/10207, pp. 84-98.

Einheit) y no como persona jurídica³⁹. De modo que no se haría responder a la entidad legal de una persona jurídica, sino a los bienes económicos que la componen⁴⁰. Esta visión patrimonialista ya se encontraba en la jurisprudencia⁴¹, que como único criterio de modulación de la responsabilidad del sucesor exige una “cuasi-identidad” (*Nahezu-Identität*) entre el antiguo y el nuevo patrimonio, entendida en términos muy restrictivos. A saber, como una “identidad económica” en la que la sociedad resultante es en *realidad* una continuación de la anterior y debe prevalecer *el fondo sobre la forma*⁴².

Ahora bien, dicha visión ha sido muy criticada por parte de un importante sector doctrinal⁴³ e incluso por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán, por su discutible compatibilidad con el principio de culpabilidad. Lo cual interesa al caso español —como mínimo— por dos motivos. Por un lado, porque muestra que pretender justificar la transferencia de una responsabilidad originariamente sancionatoria en términos no punitivos es problemático incluso si existe un pronunciamiento expreso del legislador. Por otro lado, porque si la viabilidad de dicha interpretación no es aceptada respecto de una sanción que no está calificada como “pena” en sentido formal, con mayor motivo es inaceptable cuando —como en España— se atribuye dicha categorización a las sanciones corporativas.

Sin embargo, pese a las críticas, la visión de la responsabilidad del sucesor como obligación de pago no punitiva ha tratado de perpetuarse en el anteproyecto de Ley de responsabilidad corporativa o *Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft* o *Verbandssanktionengesetz* (VerSanG)⁴⁴. En este caso, el pre-legislador ha concretado que el fundamento jurídico de la responsabilidad en estos casos no radicaría en el ilícito acaecido en la entidad antecesora, sino en la posterior extinción inducida de la empresa infractora o la reducción selectiva de activos. De este modo, se pone el acento en la operación societaria, promoviendo la conceptualización de una suerte de *responsabilidad estructural*, centrada en la operación societaria y en su resultado (la existencia de una unidad económica resultante que sea una continuidad económica de su antecesora). No se requiere motivación elusiva o fraudulenta alguna⁴⁵.

³⁹ Cfr. ROSTALSKI, *NZWiSt*, (1), 2018, pp. 169 ss.

⁴⁰ Cfr. en este sentido, ACKERMANN, «Prävention als Paradigma: Zur Verteidigung eines effektiven kartellrechtlichen Sanktionensystems», *ZWeR*, (4), 2010, pp. 346 ss.

⁴¹ Cfr. BGH *Wistra* 1986, pp. 221 ss., 222; BGH *NJW* 2005, pp. 1381 ss., 1383; BGH *NJW* 2007, pp. 3652 ss.; BGH *NJW* 2012, pp. 164 ss. Recientemente, BGH *Wistra* 2021, pp. 287-290.

⁴² Cfr. VERJANS, «„Rechtsnachfolge“ in die Verbandsgeldbuße – zur Neufassung des § 30 OWiG im Rahmen der 8. GWB-Novelle», en LÜDERSEN/VOLK/WAHLE (eds.) *Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014*, Nomos, Baden Baden, 2014, pp. 662 ss.

⁴³ Cfr. NETTESHEIM, *Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung*, 2018, pp. 68-69. Sin embargo, el autor hace notar que es la que prevalece en la jurisprudencia del TJUE.

⁴⁴ El § 6 prevé la sucesión *legal* en los casos de sucesión universal o de sucesión universal parcial por vía de escisión. El § 7 regula como supuestos de *Ausfallhaftung* (responsabilidad por fallo o subsidiaria), dos casos en los que puede transferirse la responsabilidad a la entidad resultante. Por un lado, la responsabilidad de la empresa matriz cuando la empresa deja de existir o cuando se transfieren los activos, si la persona jurídica original y la resultante formaban una unidad económica en el momento de la notificación de la incoación del procedimiento de multa (§ 7.1.1). Por otro lado, cabe la sucesión de responsabilidad si la entidad jurídica resultante se ha hecho cargo de los activos esenciales de la asociación en cuestión y ha continuado esencialmente sus actividades (§ 7.1.2).

⁴⁵ Para análisis de la exposición de motivos en este aspecto concreto, cfr. SCHÄFER, «Das neue Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft - ein Paradigmenwechsel innerhalb des deutschen Strafrechts?», *Wistra*, (3), 2021, pp. 89 ss., con referencias.

Pues bien, aunque el futuro del anteproyecto de la *VerSanG* es más que incierto y no parece que vaya a aprobarse como Ley en el corto plazo, la discusión que ha generado en torno a la responsabilidad en casos de reestructuraciones societarias bien puede arrojar luces sobre lo que ya es Derecho vigente en el caso español y en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. En esta línea, cabe preguntarse si —a la vista de la regulación vigente—, es posible tratar de fundamentar la responsabilidad de la empresa resultante sobre una base distinta del ilícito acaecido en la entidad originaria. El objetivo es salvar la constitucionalidad del precepto, pero sin necesidad de promover una interpretación de la responsabilidad en casos de reestructuraciones societarias que despenalice el Derecho penal.

2.3. Responsabilidad por sucesión corporativa

Una alternativa a concebir la no extinción de responsabilidad penal en casos de reestructuraciones societarias como un traslado de sanción, es la de entender que su fundamento no radica en el ilícito previo de la entidad originaria, sino en un acto posterior. Ello equivale a considerar que, bajo determinadas circunstancias, la modificación societaria no es un acto neutral. Es decir, que estamos ante una *responsabilidad por sucesión*.

En puridad, el art. 130.2.I CP no exige nada más que una reestructuración para que la entidad resultante responda por el estado de injusto de la originaria. Y, en este sentido, podría parecer que sanciona una suerte de *responsabilidad por sucesión corporativa*. Sin embargo, tal y como se apuntó anteriormente, criminalizar una operación de reestructuración corporativa por el mero hecho de que en ella intervenga una sociedad (potencialmente) sancionable, atentaría contra el principio de proporcionalidad y contra la propia lógica del mercado. Por ello, se propone restringir el castigo a los casos en los que exista una *sucesión de identidad entre entidad originaria y resultante*⁴⁶. De algún modo, esta interpretación trata de promover que la responsabilidad de la entidad resultante no sea vista como un traslado de pena, sino como una sanción por un defecto de organización propio. Y, para ello, caben dos criterios (no necesariamente excluyentes): i) entender que la entidad resultante es legítima, si existe una identidad económica con la originaria; o ii) exigir que entre ambas exista una identidad delictiva.

a. Responsabilidad por sucesión económica: identidad sustancial y unidad de decisión

Acogiendo el camino trazado por el TJUE, el legislador español (al igual que el alemán) se basa en un criterio económico para modular la responsabilidad de la entidad resultante. Así, para los casos de sucesión del art. 130.2.I CP, se apela a la “proporción” entre entidad resultante y originaria. Por su parte, los criterios para determinar si una disolución es meramente aparente (y, por tanto, sin efecto), es que exista una continuación en la actividad económica junto con una «identidad sustancial» de trabajadores, proveedores y clientes.

⁴⁶ Sobre la discusión en torno a la teoría de la identidad en la empresa aplicada a los casos de responsabilidad del sucesor, cfr. DIAMANTIS, «Successor identity», *Yale Journal on Regulation*, (1), 2019. Además, sobre la identidad corporativa desde una perspectiva material, cfr. EL MISMO, «Corporate Essence and Identity in Criminal Law», *Journal of Business Ethics* 2019, pp. 955 ss.; EL MISMO, «Limiting Identity in Criminal Law», *BCL Rev*, (7), 2019, pp. 2013 ss.

Se trata de una visión ya consagrada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, en el que también rigen los principios de culpabilidad y personalidad de las penas⁴⁷. La jurisprudencia administrativa admite que la entidad sucesora pueda asumir la responsabilidad de la originaria, incluso en aquellos casos en los que no se extinga la personalidad jurídica de la entidad inicial⁴⁸. Para ello, se exige, con carácter prevalente, una «identidad sustancial» entre las empresas que interactúan en la operación societaria. A lo cual, se añade la «unidad de decisión». Esta podrá apreciarse si la sociedad resultante tenía vínculos jurídicos y/u organizativos con la originaria en el momento de cometerse el ilícito, si los mantiene con posterioridad y/o si mantiene la composición de los órganos decisorios de la entidad infractora⁴⁹. De este modo, la modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad se hace depender de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente de otras modificaciones, como una reorganización o un cambio de titularidad.

Se trata de criterios alineados con el propio texto del Código penal. Como se viene refiriendo, el propio art. 130.2 CP apela al criterio de la «identidad sustancial» entre entidad originaria y resultante. Sin embargo, lo hace solo respecto de las disoluciones aparentes. A la vista de lo cual, cabe preguntarse si es posible extender el criterio de la «identidad sustancial» al resto de supuestos de sucesión empresarial distintos de las disoluciones aparentes. Además, es preciso pronunciarse sobre si junto a la continuidad económica y organizativa, debe exigirse una «unidad de decisión», entendida como el mantenimiento total o parcial de la composición de los órganos decisorios de la entidad originaria. En principio, podría sostenerse que, si dichas restricciones operan en el Derecho administrativo sancionador, también deben regir en el Derecho penal empresarial. No sería coherente que en el ámbito sancionatorio extrapenal se limite la responsabilidad de la entidad sucesora con base en la continuidad económica, organizativa y decisoria y, en cambio, en el Derecho penal solo se modulen los casos de continuidad económica (no organizativa ni decisoria) en disoluciones fraudulentas (no en el resto de reestructuraciones).

De hecho, este es el criterio que opera en el Derecho italiano, que prevé una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, enjuiciada en un proceso penal. Como probablemente es conocido, pese a no ser estrictamente penal, algunos de los artículos del Decreto Legislativo 231/2001 fueron transferidos casi literalmente al Código penal español. De modo que tal regulación puede constituir un referente especialmente idóneo para interpretar la legislación española. Sin que en un texto de esta naturaleza sea posible detenerse en el detalle de la norma italiana, conviene apuntar que esta hace pivotar la responsabilidad de la empresa sucesora

⁴⁷ Cfr., por todas, la ya citada STC (Pleno) 146/1994, de 12 de mayo (BOE núm. 140, de 13 de junio de 1994). En ella se afirma que: «[...] los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, si bien la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no puede hacerse de forma automática».

⁴⁸ Cfr. por ejemplo, la STS 4917/1996, Contencioso-administrativo, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:1996:4924), (ponente: Rafael Fernández Montalvo), en la que se establece que: «[...] cuando se mantiene total o parcialmente la composición de los órganos decisorios de la absorbida, pues lo que realmente se mantiene es el elemento volitivo de la entidad infractora, y, con ello, la existencia de una unidad decisoria en la absorbida y absorbente que justifica la asunción por ésta de la responsabilidad sancionadora».

⁴⁹ Cfr. por ejemplo, STS 5531/2015, Contencioso-administrativo, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5531), (ponente: Eduardo Espín Templado), FJ 4º. En dicho fallo, relativo a sanciones en materia de la competencia, se concluye que: «el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho en otros términos, la identidad sustancial entre las empresas sucesivas».

sobre el criterio de la continuidad económica y organizativa. Y lo hace en unos términos más respetuosos con el mandato de determinación que la escueta mención a la «identidad sustancial» del art. 130.2 CP español. En concreto, se establecen criterios de determinación de la pena en función del modo en el que la tipología de modificación estructural afecta a la continuidad en la actividad económica de la empresa resultante. Así, en caso de fusiones y transformaciones, la responsabilidad se transfiere íntegramente⁵⁰. En cambio, en el caso de las escisiones, las entidades resultantes solo asumen el pago de la multa respecto del valor real de los activos transferidos. Esta perspectiva económica opera también respecto de la sanción de inhabilitación, que se transfiere a las entidades que hayan asumido, parcial o totalmente, la rama de la actividad en la que tuvo lugar el ilícito. Ahora bien, esta puede sustituirse por una pena de multa si, tras la fusión o escisión, la entidad: i) elimina las deficiencias organizativas que provocaron el delito, mediante la adopción e implementación de modelos organizativos adecuados para prevenir los delitos de la misma naturaleza que los que se han producido; ii) repara el daño y iii) entrega el beneficio obtenido, a efectos de comiso⁵¹.

Como puede apreciarse, el Derecho italiano fundamenta y determina la responsabilidad de la entidad resultante con base en criterios económicos y de organización empresarial. Para la multa y para sanciones interdictivas no directamente patrimoniales, como la inhabilitación.

Ahora bien, pese a los aciertos del enfoque italiano —más detallado y mejor alineado con el Derecho mercantil—, no debe olvidarse que se trata de una regulación de Derecho administrativo. El legislador italiano basa su modelo en los planteamientos provenientes del Derecho de la Unión Europea y adopta un criterio sustantivo económico-organizativo, que es deudor del utilizado por el TJUE. Sin embargo, como ya se vio anteriormente, es dudoso que tales previsiones puedan trasladarse sin matizaciones o sin más requisitos al ámbito penal, que es en el que opera la responsabilidad empresarial en el ordenamiento jurídico español. Basar la responsabilidad penal (no administrativa) de la entidad sucesora en criterios exclusivamente económicos y de organización empresarial, sin atender a la existencia de un estado de injusto propio, tiene el riesgo de asemejarse a una suerte de culpabilidad por el carácter, incompatible con los principios del Derecho penal democrático.

Además, esta visión adolece de otro problema, derivado de partir de una premisa errónea. A saber, que es posible igualar lo que es distinto. Así, aunque la jurisprudencia administrativa se refiera a «*identidad sustancial*» y a «*unidad organizativa*», no hay ni tal identidad ni tal unidad. La discontinuidad formal que resulta de una modificación societaria impide sostener que estemos ante la misma empresa que en el momento previo⁵². Tal circunstancia confirma que la responsabilidad de la entidad resultante no puede basarse solo ni principalmente en criterios cuantitativos o de «proporción» respecto de la empresa originaria. En cambio, es preciso constatar (también) un estado de injusto que justifique la intervención penal como algo

⁵⁰ Cfr. Decreto Legislativo 231/2001 de 8 de junio. «Artículo 28: Transformación de la institución: 1. Si la entidad se transforma, la responsabilidad por los delitos cometidos antes de la fecha en que la transformación surtió efecto no se verá afectada. Art. 29: Fusión de la entidad: 1. En el caso de una fusión, incluso por incorporación, la entidad resultante es responsable de los delitos de los que eran responsables las entidades implicadas en la fusión» (traducción personal).

⁵¹ Cfr. Decreto Legislativo 231/2001 de 8 de junio. Artículos 17 y 31.2.

⁵² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.) /MORENO TORRES *et al.* (coord.), *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, 2021, pp. 144 ss.: «[...] en las personas jurídicas resultantes de modificaciones estructurales de otras existe cierta identidad con las primeras. La cuestión es que en los casos problemáticos tal identidad no es total: por exceso, en fusiones y adquisiciones; y por defecto, en escisiones».

cuantitativamente distinto al Derecho administrativo. En este sentido, el TC ha afirmado que «no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal “de autor” que determinara las penas en atención a la personalidad del reo [...] y no cabe la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del sujeto sancionado [...]»⁵³. Algo que fue respaldado por la segunda sentencia del TS en materia de personas jurídicas, al afirmar que «nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad»⁵⁴. En este sentido, si el TS ha negado la transferencia de responsabilidad penal de una persona física a la jurídica sin que haya quedado acreditado el estado antijurídico propio de la empresa, lo mismo puede decirse de la transferencia de responsabilidad entre entidades colectivas.

A la vista de ello, es preciso ofrecer soluciones alineadas con la orientación material de la norma⁵⁵, sin que quepa afirmar una suerte de responsabilidad estructural en la que toda modificación empresarial dará lugar a un traslado de la posible responsabilidad de la entidad originaria a la resultante. En este sentido, el fundamento de la responsabilidad podría tratar de justificarse con base en la *sucesión delictiva*. Sobre ello se tratará a continuación.

b. Responsabilidad por sucesión delictiva: el papel de la due diligence

Como se ha apuntado, una interpretación de la sucesión de responsabilidad en casos de reestructuraciones societarias que aspire a ser sistemática y teleológicamente correcta no puede ser automática, con base solo en una cuasi-continuidad económica⁵⁶. En cambio, se debe tener en cuenta (también) una perspectiva material. Esto es, que pueda constatarse la existencia de un estado de injusto en la entidad resultante, que permita sancionarla por un defecto de organización propio.

Desde esta perspectiva, se incide en que la responsabilidad en casos de sucesión/disolución aparente es una norma antifraude, orientada a evitar la elusión de la eventual responsabilidad penal corporativa mediante operaciones societarias elusivas⁵⁷. Así lo interpretan la Circular

⁵³ Cfr. STC 59/2009, de 9 de marzo (BOE núm. 91, de 14 de abril de 2009), (ponente: Sala Sánchez), FJ 11.

⁵⁴ Cfr. STS 221/2016, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:221), (ponente: Marchena Gómez), FJ 4.

⁵⁵ Cfr., entre muchas, SSTC 151/1997, de 29 de septiembre (BOE, núm. 260, de 30 de octubre de 1997), (ponente: Viver Pi-Sunyer), FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre (BOE, núm. 9, de 10 de enero de 2003), (ponente: Pérez Vera), FJ 12; 145/2005, de 6 de junio (BOE núm. 162, de 08 de julio de 2005), (ponente: Casas Baamonde), FJ 8; 151/2005, de 6 de junio (BOE núm. 162, de 08 de julio de 2005), (ponente: Pérez Vera), FJ 9, y 283/2006, de 9 de octubre (BOE núm. 274, de 16 de noviembre de 2006), (ponente: Delgado Barrio), FJ 5. En ellas, afirma el TC que: «no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino también aquellas aplicaciones que por su soporte [...] axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios».

⁵⁶ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Las personas jurídicas heredan responsabilidades?», *Diario Expansión*, 17 de enero de 2019: «[...] el tenor literal del artículo 130.2 tiene que interpretarse en el contexto de los principios informadores de responsabilidad penal que impiden una transmisión —mucho menos automática— de la responsabilidad penal».

⁵⁷ Cfr. MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA, «Título VII. De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en MORALES PRATS (coord.)/GONZALO QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, v. I, 2016, pp. 897 ss.

1/2011 de la Fiscalía General del Estado y la jurisprudencia menor⁵⁸. Algo que, además, favorece una interpretación sistemática del art. 130.2 CP, a la vista de que el párrafo segundo se refiere a disoluciones fraudulentas.

En este sentido, parte de la doctrina considera que para trasladar la responsabilidad de la entidad en la que se cometió el delito a la persona jurídica resultante, es preciso algún tipo de responsabilidad subjetiva en las otras entidades inicialmente no responsables⁵⁹. Es decir: responsabilidad por el modo en el que se ha conducido la operación societaria o, en otras palabras, por existir una sucesión delictiva por parte de la entidad resultante. Lo cual, a su vez, permite poner el acento en el momento anterior o en el momento posterior a la modificación estructural.

Si se pone el acento en el momento anterior al cierre de la operación societaria, el estado de injusto propio de la entidad resultante que excluiría la responsabilidad automática u objetiva por mera sucesión corporativa, vendría a ser la falta de un proceso de diligencia debida o *due diligence* preventiva, antes y durante el proceso de modificación estructural⁶⁰. Es decir, que solo se traslade a la entidad resultante la responsabilidad penal de la originaria, cuando aquella no hubiera realizado un análisis de indicios que pudiesen revelar la eventual responsabilidad de la entidad sucedida⁶¹. De este modo, las personas jurídicas podrían evitar su responsabilidad penal implementando un *compliance* con anterioridad a la comisión de un delito *ex art.* 31 bis 2 CP o bien, en casos de modificaciones estructurales, mediante procesos de diligencia debida con los que desvincularse del ilícito detectado en la entidad originaria *ex art.* 130.2 CP *in fine*.

Se trata de una propuesta que ya se aplica en otros ámbitos distintos del Derecho penal, como el de la responsabilidad tributaria. Así, aunque los arts. 42 y 182 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) prevén la transmisión de responsabilidad por sanciones tributarias en unos términos cuasi-automáticos⁶², ello queda matizado por las previsiones del art. 175.2 LGT en relación con los procesos de diligencia debida⁶³. Este precepto que atribuye un efecto modulador e incluso eximente a la acción de recabar información con carácter previo a la modificación estructural. En vista de lo cual, parte de la doctrina tributaria entiende que en

⁵⁸ Cfr. el ya citado Auto de 13 de octubre de 2015 del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, dictado en el seno de las Diligencias Previas 65/2013-10 (caso Banco de Valencia-CaixaBank). En él se entendió que no cabía responsabilizar a la entidad resultante, porque la operación de fusión no atendió a una finalidad fraudulenta, sino que trajo causa de un mecanismo de saneamiento bancario ordenado por los poderes públicos.

⁵⁹ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA (coords.), *Memento Experto. Derecho penal económico y de la empresa*, 2016, pp. 198 s.

⁶⁰ Cfr. ORTIZ DE URBINA, en GOÑI SEIN *et al.*, *Ética empresarial y Códigos de conducta*, 2011, pp. 115 ss.

⁶¹ Cfr. por ejemplo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo código penal español», en SILVA SÁNCHEZ/PASTOR MUÑOZ (eds.), *El nuevo Código Penal: Comentarios a la reforma*, 2012, pp. 43 ss.

⁶² Lo cual es considerado inconstitucional por parte de la doctrina. Así, cfr. por ejemplo: DEL ROSAL BLASCO/LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, *Diario La Ley*, (9126), 2018, p. 8.

⁶³ Cfr. art. 175.2 LGT: «El que pretenda adquirir la titularidad de explotaciones y actividades económicas y al objeto de limitar la responsabilidad solidaria [...] tendrá derecho, previa la conformidad del titular actual, a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de su ejercicio. [...] En tal caso quedará la responsabilidad del adquirente limitada a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en la misma. Si la certificación se expidiera sin mencionar deudas, sanciones o responsabilidades o no se facilitara en el plazo señalado, el solicitante quedará exento de la responsabilidad a la que se refiere dicho artículo».

los supuestos de responsabilidad en casos de reestructuraciones societarias se castiga por una infracción del deber de cuidado, que sustituye a la responsabilidad inicial⁶⁴.

Es más, ya existen ordenamientos jurídicos que dotan a los procesos de diligencia debida implementada por la entidad sucesora de un efecto exoneratorio respecto de la responsabilidad derivada por los delitos cometidos en la entidad originaria. A tal efecto, resulta paradigmático el caso de la legislación peruana⁶⁵. El art. 2 de la Ley de responsabilidad corporativa permite excluir la responsabilidad de la entidad resultante de una modificación estructural si —desde una perspectiva de cumplimiento normativo— su patrimonio no es igual al de la entidad originariamente responsable⁶⁶. Y en este contexto, se admite la diligencia debida de la empresa sucesora como una causa de exclusión de la responsabilidad, siempre que dicha entidad no haya incurrido en ningún delito. En concreto, se establece que la entidad fusionada o escindida no asumirá la multa de la antecesora si con anterioridad a la operación llevó a cabo un proceso de diligencia debida⁶⁷.

Apostar por un criterio pro-diligencia debida similar al de las referidas legislaciones para interpretar el art. 130.2 CP español, impediría que la responsabilidad de la entidad sucesora se califique como una traslación automática y objetiva de responsabilidad. Y por ello, ya ha sido empleado por los tribunales como criterio de restricción teleológica, a la hora de determinar si procede sancionar a la entidad sucesora⁶⁸. Sin embargo, condicionar la evitación de la responsabilidad a un proceso de *due diligence* preventivo por parte de la entidad sucesora no está exento de problemas. Como ha advertido parte de la doctrina⁶⁹, tal restricción (no prevista legalmente), equivaldría a sancionar a la empresa sucesora por una negligencia o infracción del

⁶⁴ Cfr. CALVO ORTEGA, «La responsabilidad tributaria subsidiaria», *Hacienda Pública Española*, (5), 1970, pp. 133 ss.

⁶⁵ Sobre dicha Ley, a la que se considera materialmente penal, pese a ser formalmente administrativa: Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal y persona jurídica*, 2017, pp. 901 ss.; CARO CORIA, «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los *criminal compliance programs* como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica», en GÓMEZ COLOMER *et al.* (eds.), *Tratado sobre compliance Penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, 2019, pp. 1259 ss., 1287 ss.

⁶⁶ Cfr. art. 2 Ley n° 30424: «El cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización societaria, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma.

En el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: [...] no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifique la adopción de acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1».

⁶⁷ Este artículo debe ser puesto en relación con el Reglamento de desarrollo de la Ley (Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, de 15 de enero de 2019). La diligencia debida se define en los artículos 5 y 25. Posteriormente, en el artículo 33.8 se señala que la integración del modelo de *compliance* en los procesos comerciales es un elemento mínimo del programa de prevención. A su vez, el artículo 37 especifica que en las reestructuraciones societarias, el modelo de prevención debe informar de un modo visible las normas de conducta, el código de ética y las políticas y procedimientos de integridad, siendo aplicable a todos los trabajadores y directivos.

⁶⁸ Cfr. las resoluciones ya citadas: Caso Banco de Valencia: Auto de 13 de octubre de 2015 del Juzgado Central de Instrucción n° 1 de la Audiencia Nacional, dictado en el seno de las Diligencias Previas 65/2013-10; Auto 246/2019 de 30 de abril, de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el procedimiento con Diligencias Previas 42/2017. También, Auto 285/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9ª), de 14 mayo (ponente: Torras Coll).

⁶⁹ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en DOPICO GÓMEZ-ALLER/DE LA MATA BARRANCO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 161-164. Le sigue en esta crítica SILVA SÁNCHEZ, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.)/MORENO TORRES *et al.* (coord.), *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, 2021, pp. 144 ss.

deber de cuidado. Lo cual tiene poco que ver con lo que habría originado la responsabilidad a la empresa inicial. A saber, el hecho de conexión, el beneficio directo o indirecto derivado de dicho ilícito y, en su caso, la infracción de los deberes de supervisión/vigilancia y control. Es decir, si se admite que una *due diligence* previa a la operación societaria impide la responsabilidad de la empresa sucesora, se estaría aceptando que el art. 130.2 CP contiene una regla de atribución de responsabilidad corporativa paralela a la del artículo 31 bis CP, no prevista legalmente. Sin base legal, existiría una ruptura con el estado de cosas antijurídico que genera la responsabilidad en la empresa originaria. Y es que, no debe olvidarse que a la persona jurídica no se le castiga por no contar con un programa de *compliance*, sino por favorecer y beneficiarse de un delito por parte de sus directivos y/o empleados. Por ello, aunque la exigencia de una *due diligence* pudiera evitar algunos traslados de responsabilidad, no resolvería el problema de inconstitucionalidad.

A dicho problema de fundamentación, deben añadirse los problemas prácticos que se derivarían de este inexistente deber de diligencia. Además de que no sirve para los casos de escisión, el deber de cuidado solo podría considerarse cumplido cuando hubiese concluido la instrucción penal, que es donde quedan constatados o descartados los indicios racionales de criminalidad⁷⁰. Tal circunstancia tendría el indeseable efecto de suponer un considerable retraso de operaciones y decisiones empresariales sobre reestructuraciones societarias que, muchas veces, son necesarias y/o improrrogables.

Por ello, a la vista de que la restricción de la atribución de responsabilidad condicionada a una exigencia de *due diligence* previa a la operación resulta problemática, algunos autores ubican el estado de injusto propio de la entidad resultante en el momento posterior a la modificación estructural. Es decir, proponen legitimar la sanción *ex art. 130.2 CP* por el modo en el que se concluye la operación societaria. En concreto, se propugna una comprensión de la responsabilidad de la entidad sucesora como una suerte de encubrimiento punible⁷¹, en la que solo podría responsabilizarse a la empresa sucesora si la operación societaria se realiza con el objetivo de eludir las responsabilidades penales o civiles derivadas del delito de la empresa sucedida. Sin embargo, si esta interpretación se lleva hasta sus últimas consecuencias, deriva en interpretaciones difícilmente sostenibles.

Por ejemplo, sostener que el fundamento del art. 130.2 CP es el de dificultar la imposición/ejecución de una sanción, entonces la entidad sucesora no solo podría responder *ex art. 130.2 CP*, sino también por un delito de alzamiento de bienes, *ex art. 258 ter CP*. Y la incompatibilidad de tal solución con el principio *non bis in ídem* es evidente. El mecanismo de asignación de responsabilidad a la entidad sucesora se justifica por el estado de injusto originado en la originaria. Fundamentarlo en un ilícito distinto supone, de nuevo, una ruptura del título de imputación, tan inconstitucional como el traslado o extensión de la responsabilidad penal.

Además, para asimilar el art. 130.2 CP al encubrimiento punible, debe admitirse que la empresa sucesora tiene una posición de garante que permite castigar su no colaboración con la Justicia.

⁷⁰ Así fue puesto de manifiesto en el recurso de apelación de fecha 27 de marzo de 2019, en el marco de las DP 42/2017 del Juzgado central de instrucción nº 4, por el que la defensa de una empresa absorbente se opuso a la sucesión procesal acordada contra ella, *ex art. 130.2.I CP*.

⁷¹ Cfr. DEL ROSAL BLASCO/LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, *Diario La Ley*, (9126), 2018, p. 10.

Y esto no es correcto⁷². Las empresas no son destinatarias de deberes⁷³ y, mucho menos, de deberes positivos. El legislador penal no ha previsto ni un deber de colaborar, ni tampoco ha incluido los delitos de obstrucción a la Justicia o encubrimiento en el catálogo de delitos por los que pueden responder las entidades colectivas⁷⁴. Y, de hecho, el texto de la Ley no impide, en sentido literal, la aplicación de la transferencia de responsabilidades a supuestos distintos de los estrictamente elusivos.

A la vista de lo anterior, puede concluirse que la solución de tratar de fundamentar la responsabilidad de la empresa sucesora en un estado de injusto propio vinculado al modo en el que se conduce la operación societaria también adolece de problemas de constitucionalidad. Supone castigar a la empresa por un estado de injusto distinto del que origina la responsabilidad, como si el art. 130.2 CP fuese una regla de atribución paralela al art. 31 bis CP. Y, como se ha expuesto, ello carece de apoyo legal. No existe un deber de diligencia previo a la operación societaria que permita limitar la responsabilidad de la entidad sucesora a los casos en los que se haya infringido un inexistente deber de cuidado. Tampoco existe un deber de colaborar con posterioridad a la modificación estructural, que permita limitar la responsabilidad de la empresa resultante a los casos de fraude. Entre otros motivos, porque no es posible castigar a las personas jurídicas por delitos contra la Administración de Justicia.

Por todo ello, considero que la responsabilidad penal en casos de reestructuraciones societarias no constituye ni un traslado de sanción del ilícito previo, ni una responsabilidad propia por un acto posterior. Como tratará de mostrarse a continuación, se trata de un mecanismo de *responsabilidad por un estado de injusto constituido en la entidad originaria y perpetuado en la resultante*. La identidad concurre en el estado de injusto que es objeto de sanción, siendo posible responsabilizar a todos los agentes que se encuentren vinculados a él, sin que ello vulnere el principio de responsabilidad por el hecho propio o el principio de personalidad de las penas.

2.4. Sucesión de responsabilidad

Si se atiende al tenor literal de la ley, se constata que el punto de partida para legitimar la responsabilidad de la entidad sucesora es, sencillamente, una “no extinción” de la responsabilidad. Así, el art. 130.2.I CP, relativo a la sucesión empresarial comienza asentando que: «La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal». Lo cual vuelve a repetirse en el art. 130.2.II CP, para las disoluciones aparentes, cuando se afirma que: «No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica». El empleo de esta expresión tiene un significado que no puede pasarse por alto. A saber, que la responsabilidad se constituye en la entidad originaria y la discontinuidad formal entre empresas no afecta a su subsistencia.

Esto ya permite extraer una primera conclusión de carácter material: el mecanismo de atribución de responsabilidad a la entidad sucesora no es una regla de imputación (o mejor,

⁷² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.)/MORENO TORRES *et al.* (coords.), *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, 2021, pp. 145 ss.

⁷³ Cfr. la crítica de SÁNCHEZ-OSTIZ, «La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción», *La Ley compliance penal*, (3), 2020, p. 9.

⁷⁴ Cfr. la crítica de ROSTALSKI, *NZWiSt*, (1), 2018, pp. 173 ss. Pese a referirse al derecho de la competencia en otro sistema jurídico distinto al español, los argumentos sustantivos de la autora son trasladables a cuanto aquí se viene sosteniendo.

atribución) que se active frente a la constitución de un estado de cosas antijurídico. En cambio, se trata de una vía de reaccionar frente a su perpetuación en la empresa sucesora. Pero el objeto de la sanción es el mismo: el estado de cosas antijurídico, consistente en favorecer y beneficiarse del delito perpetrado por un defecto de organización corporativo. El art. 31 bis CP declara con carácter *constitutivo* su punibilidad y el art. 130.2 CP lo hace con carácter *declarativo*, al perpetuarse la necesidad de castigar ese mismo estado de injusto subsistente. Por lo tanto, no estamos ante una *responsabilidad por sucesión*, sino ante una *sucesión de responsabilidad*. Ahora bien, ¿qué es lo que determina esa continuidad o perpetuación del injusto? Y, ¿hasta qué punto dicha interpretación permite salvar la aparente incompatibilidad de la sucesión de responsabilidad con los principios rectores del Derecho penal a los que se viene haciendo referencia?

Para responder a la primera cuestión —esto es: dónde radica esa perpetuación o “no extinción” del injusto pese a la modificación societaria—, puede servir la adopción de un criterio sistemático que atienda, en primer lugar, a lo que sí extingue la responsabilidad penal constituida *ex art. 31 bis CP*. A saber, la re-estabilización normativa por parte del Estado (mediante la sanción penal) o la promovida por la propia empresa (mediante la corrección postdelictiva en términos de autorregulación regulada)⁷⁵. Pues bien, aplicando tal criterio *sensu contrario* a la sucesión de empresas, cabe sostener que lo que no extingue —*ergo*, perpetúa— la responsabilidad penal es: o la elusión de una pena, o la no neutralización del estado de injusto originado en la empresa inicial. Esto ocurrirá cuando la operación societaria se oriente a evitar la eventual responsabilidad penal, o bien cuando el estado de injusto de la empresa originaria no se corrija en términos funcionalmente equivalentes a los de una sanción. Con ello, la empresa sucesora asume como propio el estado de injusto de la entidad originaria, sin que pueda afirmarse que estamos ante un traslado de una responsabilidad ajena. Tampoco ante un encubrimiento punible que funde el castigo a la sucesora en un ilícito distinto al originado en la empresa antecesora.

En consecuencia, la previsión de castigar a la entidad resultante no se corresponde con una regla de imputación orientada a fundamentar una asignación de responsabilidad (de eso ya se encarga el art. 31 bis CP). En cambio, se trata de una perpetuación de una responsabilidad subsistente bajo una cobertura discontinua. Dicho de otro modo: su fundamento no está en la constitución de un estado de cosas antijurídico en una entidad colectiva, sino en su continuidad postdelictiva en estructuras cambiantes. Y una muestra de ello es que dicha figura toma el punto de partida contrario al de las reglas de asignación de responsabilidad penal corporativa. Así, a diferencia de la regla de imputación del art. 31 bis CP —que se basa en el principio de personalidad jurídica para determinar si la sanción debe ser una “pena” del art. 33.7 CP o una consecuencia accesoria del art. 129 CP—, la responsabilidad en casos de reestructuración prescinde de tal criterio. En el Derecho penal de personas jurídicas —que no reprocha delitos, sino que corrige estados antijurídicos—, la estructura formal de la entidad solo es necesaria para activar la imputación de responsabilidad, pero no para llevarla a término⁷⁶. Por eso, es posible prescindir del principio de personalidad jurídica. En consecuencia, la legitimidad de este mecanismo de responsabilidad no se hace depender de la personalidad del sujeto sancionado, sino de si subsiste una responsabilidad constituida y aún

⁷⁵ Cfr. GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, pp. 250 ss.

⁷⁶ La personalidad jurídica solo importa para justificar que la sanción individual no es suficiente. Una vez que se ha constatado que la re-estabilización normativa derivada del delito individual requiere, además del castigo al autor, la neutralización de los contextos de favorecimiento, pierde importancia cuál es la «cobertura» de dicho estado de injusto.

necesitada de sanción. Y no es que con ello se vulnere el principio de personalidad de las penas. Una vía de sanción que prescinde de la personalidad es algo distinto de una pena basada en ella. Por tanto, no debe estar necesariamente regida por los mismos principios⁷⁷. Desde esta perspectiva, lo relevante no sería la existencia de una identidad formal entre las corporaciones objeto de re-estructuración, sino la *permanencia esencial* en la entidad resultante de las mismas condiciones relevantes para la asignación de responsabilidad penal a la entidad originaria⁷⁸.

Sin embargo, esto no equivale a afirmar que el art. 130.2 CP deba permanecer al margen de las garantías del Derecho penal que sí le sean aplicables. Como se apuntó anteriormente, el hecho de que el legislador se refiera a las sanciones corporativas como “penas” impide considerar que la responsabilidad del sucesor es una obligación de cumplimiento no punitiva equiparable al comiso o a la responsabilidad civil derivada del delito. Y, como todo instrumento punitivo, no puede imponerse de forma automática, objetiva y sin que exista un estado de injusto propio. De ahí que, en este punto, sea preciso una interpretación teleológica, que restrinja la aplicación de dicha cláusula a los casos en los que ello sea necesario en términos preventivo-generales, preventivo-especiales y de justicia distributiva. A tal efecto, el propio legislador ha querido condicionar la sucesión de responsabilidad a los criterios de identidad sustancial y de proporción entre empresa originaria y resultante. Pero —como se criticó anteriormente— lo ha hecho en términos exclusivamente económicos o patrimonialistas, como si la identidad de una empresa pudiera reducirse a activos y pasivos. De ahí que sea necesario aportar un criterio más ajustado a la verdadera realidad de la empresa en tanto que sujeto pasivo, a fin de determinar cuáles son los elementos que permiten pronunciarse sobre la perpetuación del estado de injusto de la entidad antecesora. O lo que es lo mismo: cuándo puede considerarse que la empresa sucesora ha quedado desvinculada del estado de injusto, sin que este se le pueda atribuir como algo propio.

A tal efecto, conviene detenerse en el modo en el que opera la figura de la *successor liability* en EE.UU. El análisis de dicho ordenamiento es especialmente importante si se tiene en cuenta que la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) permite extender la jurisdicción estadounidense a cualquier empresa que tenga un vínculo directo con EEUU⁷⁹. Algo que es y será muy frecuente en un mercado cada vez más globalizado. En este contexto, resulta necesario considerar —como mínimo—, dos cuestiones. Por un lado, qué trato deben esperar de los tribunales

⁷⁷ Cfr. la crítica de SÁNCHEZ-OSTIZ, *La Ley compliance penal*, (3), 2020. El autor se refiere al Derecho de personas jurídicas como un «Derecho penal de cosas» y aboga —acertadamente— por un uso correcto del lenguaje en relación con la ficción jurídica de considerar personas a los entes colectivos. Concluye el autor en p. 8 que: «Es la finalidad la que justifica el recurso a la ficción. Y en este sentido, no parece que proceda ampliarla más allá de los límites de esta». Cfr. además, *supra* n. 10.

⁷⁸ Me baso aquí en SILVA SÁNCHEZ, «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, pp. 661 ss. El autor se posiciona a favor de un concepto normativo de «identidad personal» y no meramente «individual», derivado de que la conformación de una «unidad de la vida» a partir de una sucesión de fases personales constituye una exigencia normativa (p. 670). Aunque el estudio se refiere a la imputación de responsabilidad a personas físicas, considero que muchas de sus afirmaciones serían un buen punto de partida para una «teoría de la identidad corporativa» en el marco de la atribución de responsabilidad a personas jurídicas. Al igual que ocurre con los individuos (e incluso de un modo más evidente), en el caso de las personas jurídicas existen expectativas sociales que trascienden a cada una de sus concretas «fases». Máxime, si se tiene en cuenta que el estudio aquí citado toma como punto de partida del conflicto la necesidad de salvaguardar los principios de personalidad de las penas y culpabilidad por el hecho propio, por un lado, y, por otro lado, la existencia de expectativas sociales que trascienden a cada una de las concretas «fases personales» de un sujeto.

⁷⁹ Cfr. un análisis sobre este aspecto concreto en CABEZAS, «La ley FCPA, ¿un caso de jurisdicción universal?», *USFQ Law Review*, (2), 2015, pp. 57 ss.; NIETO MARTÍN, «La prevención de la corrupción», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, pp. 324 ss.

norteamericanos las organizaciones que puedan llegar a estar sometidas a la jurisdicción de los EEUU. Por otro lado, qué resonancia podrían llegar a tener los pronunciamientos de la *U.S. Supreme Court* y las propuestas legales y doctrinales que de ella se derivan, en la interpretación y aplicación del régimen español de responsabilidad penal de personas jurídicas. Particularmente, en casos de reestructuraciones societarias. Lo cual, en último término, conduce a preguntarse si el Derecho continental puede seguir asumiendo los postulados norteamericanos en materia de responsabilidad penal corporativa, sin perder su identidad.

3. ¿La *successor liability* como posible referente?

El régimen de responsabilidad de la empresa sucesora en EE.UU. carece de una regulación unitaria y taxativa. La regulación de la responsabilidad penal en casos de reestructuraciones societarias en el ordenamiento jurídico estadounidense requiere atender a las particularidades de cada Estado y no es taxativa. Sin embargo, y a los efectos que aquí interesan, pueden extraerse una serie de conclusiones generales que permiten formarse una primera idea sobre tan compleja figura⁸⁰.

3.1. El estado actual de la *successor liability*: análisis a partir de la legislación en materia de corrupción

En términos generales, puede decirse que es frecuente que la responsabilidad penal se transmita automáticamente al sucesor⁸¹. Al menos, así ocurre en los casos de fusiones (*mergers*) y adquisiciones (*acquisitions*), en los que las empresas resultantes pueden llegar a ser castigadas por el ilícito cometido con anterioridad a la operación societaria⁸². Se trata de una práctica bastante consolidada⁸³, también en el contexto penal⁸⁴.

Además, si la legislación federal establece específicamente la responsabilidad del sucesor/comprador, prevalecerá sobre la legislación y la jurisprudencia estatales y sobre lo que hubieran pactado las partes. Es el caso, por ejemplo, de la FCPA, que prevé la transmisión de la

⁸⁰ En detalle, para un estudio en lengua española cfr. VILLEGAS GARCÍA, *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*, 2016, pp. 247 ss.

⁸¹ BROWN, «Successor corporate criminal liability: The emerging federal common law», *Arkansas Law Review*, (3), 1996, pp 469 ss.; PHILLIPS, «The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act», *William & Mary Business Law Review*, (1), 2015, pp. 89 ss.

⁸² En los supuestos de fusión, donde existe un cambio formal de la estructura societaria, se considera que este no genera una nueva identidad material distinta de la de las corporaciones precedentes. En el caso de las adquisiciones, se considera que la sociedad no es distinta por el cambio de accionistas.

⁸³ Cfr. Caso *Melrose Distillers, Inc v. United States*, 359 US 271, 274 (1959) (afirmando la responsabilidad penal por sucesión en casos de violación de la competencia); Caso *Oklahoma Natural Gas Co. v. Oklahoma*, 273 U.S. 257 (1927); Caso *United States of America, Appellant, v. Oklahoma Natural Gas Company*, 285 F.2d 333 (10th Cir. 1960); Caso *United States v Alamo Bank of Texas*, 880 F 2d 828, 830 (5th Cir. 1989) (afirmando la *successor liability* en el contexto penal por vulneración de la Ley de secreto bancario y sosteniendo que una empresa no puede evitar la responsabilidad por la fusión con otra entidad); Caso *United States v Mobile Materials, Inc.*, 776 F 2d 1476, 1477 (10th Cir. 1985) (permitiendo la *successor liability* con posterioridad a la disolución); Caso *United States v Shields Rubber Corp.*, 732 F Supp 569, 571-72 (W D Pa 1989).

⁸⁴ Cfr. LAWLER/PHILLIPS/VINSON, «Knowing the unknown: Avoiding the threat of FCPA successor liability» *Westlaw Journal*, (3), 2015. En general, los tribunales entenderán que procede aplicar la *successor liability* si concurre alguna de las cuatro circunstancias que se enumeran a continuación. Primero, si el comprador/sucesor asume expresa o implícitamente las responsabilidades del vendedor/predecesor. Segundo, si comprador/sucesor es una mera continuación del vendedor/predecesor. Tercero, si una operación de cesión de activo/pasivo es una fusión *de facto*. Y cuarto, si la operación aspira a evadir fraudulentamente las obligaciones y responsabilidades del vendedor/predecesor.

responsabilidad penal, a fin de impedir que las empresas eviten la responsabilidad mediante su reorganización. Ahora bien, tanto el *U.S. Department of Justice* (en adelante, DOJ) como la *U.S. Securities and Exchange Commission* (en adelante, SEC) han desarrollado una serie de criterios que, al menos teóricamente, permitirían a las “empresas cumplidoras” evitar una asunción de responsabilidad automática en casos de reestructuraciones empresariales acordes con la debida diligencia exigible. En concreto, pueden destacarse tres instrumentos con base en los cuales, las autoridades de persecución competentes en materia de la FCPA establecen criterios para que las entidades puedan evitar la sucesión de responsabilidad.

En primer lugar, el *U.S. Attorneys’ Manual* o Manual para las autoridades de Fiscalía de EE.UU., que recoge los principios con los que el DOJ aspira a guiar la labor de la acusación, se aconseja no acusar a una corporación que ha mostrado su plena adherencia a la Ley mediante su «*sólido programa de cumplimiento*» (§ 9-28.500), «*su conducta previa a la acusación*» —por ejemplo, mediante la revelación voluntaria de un ilícito detectado, la cooperación o la reparación (§ 9-28.400)—, o su «*respuesta a la conducta indebida*» (§ 9-28.900).

En segundo lugar, el *Code of Federal Regulations* o Código de la legislación federal⁸⁵ prevé el mecanismo de los *DOJ opinion procedure releases* o publicación de procedimientos de opinión, a partir de los cuales las empresas potencialmente adquirentes/resultantes pueden obtener una orientación sobre el modo en el que el DOJ aplica las disposiciones de la FCPA. Las empresas plantean su caso al DOJ, a fin de mostrar su intención de cumplir con la FCPA. Hasta el momento no existen muchas *opinion releases* relativas a casos de *successor liability*, pero el elemento común a todas ellas es que el DOJ retrasó o no emprendió acciones si, al plantear su caso, las entidades mostraron su proactividad para confesar, colaborar, reparar el daño y mejorar las medidas de *compliance*.

En tercer lugar, el DOJ proporciona orientación específica sobre la FCPA en la guía «*FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*» (en adelante, guía FCPA)⁸⁶. En esencia, se insiste en la conveniencia de que las empresas lleven a cabo procesos de diligencia debida con anterioridad a la reestructuración empresarial e invitan a mejorar los programas de cumplimiento y los controles internos después de la adquisición. Además, desde el año 2020, la guía FCPA incluye una referencia expresa a la posibilidad de valorar la diligencia post-reestructuración societaria y los esfuerzos de integración del cumplimiento para aquellos casos en los que el control anterior a la operación no pueda ser exhaustivo y no se hayan podido conocer los ilícitos de la entidad originaria⁸⁷.

De hecho, existen casos en los que el DOJ y la SEC se han negado a tomar medidas contra las compañías que voluntariamente revelaron las conductas delictivas de la sociedad inicial y que

⁸⁵ Cfr. *Code of Federal Regulations* (C.F.R), *Opinion Procedure Releases*, FCPA, *Successor Liability*. Hasta la fecha, constan cinco opiniones en esta materia: 2001-01 (24th May 2001); 2003-01 (15th January 2003); 2004-02 (12th July 2004); 2008-02 (13th June 2008); 2014-02 (7th November 2014). Texto disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/opinion-releases-index> (última consulta: 10 septiembre de 2021).

⁸⁶ Cfr. The Criminal Division of the U.S. Department of Justice & The Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2020, pp 29-35.

⁸⁷ Cfr. The Criminal Division of the U.S. Department of Justice & The Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2020, p. 29. En concreto, se indica que: «DOJ and SEC also recognize that, in certain instances robust pre-acquisition due diligence may not be possible. In such instances, DOJ and SEC will look to the timeliness and thoroughness of the acquiring company’s post-acquisition due diligence and compliance integration efforts».

cooperaron con las autoridades⁸⁸. Con todo, siguen siendo muchos los casos en los que se ha responsabilizado a la sociedad resultante de los delitos cometidos por la sociedad inicial⁸⁹. De este modo, la conclusión que cabe extraer a la vista de la jurisprudencia en relación con la FCPA es que en los casos en los que se revele un incumplimiento por parte de la empresa originaria con anterioridad a concluir la operación, la responsabilidad se evitará si no se lleva a cabo dicha reestructuración⁹⁰. Y en los casos en los que el incumplimiento de la FCPA se conozca con posterioridad a la operación, lo esencial para evitar la responsabilidad será que la empresa sucesora colabore⁹¹. Esto es: aun cuando las empresas lleven a cabo medidas de diligencia debida, estas no se entenderán suficientes si no se (auto)denuncian los ilícitos detectados⁹².

A la vista de estos casos y de los tres parámetros enunciados anteriormente (*U.S. Sentencing Guidelines Manual*, *DOJ opinion procedure releases* y guía FCPA), es posible afirmar —dentro de las limitaciones que tiene cualquier generalización— que la *successor liability* se está convirtiendo *de facto*, en una forma de incentivar la colaboración de las empresas con las autoridades. Los procesos de diligencia debida preventivos y reactivos (incluyendo la auto-denuncia) aparecen como la única forma de evitar una responsabilidad cuasi-automática por sucesión.

3.2. *Successor liability* angloamericana y Derecho continental europeo: la colaboración como criterio de restricción teleológica

Como se ha apuntado, el Derecho de la Unión Europea no es ajeno a la figura de la responsabilidad en casos de reestructuraciones societarias. Y, de hecho, ha informado el modo de configurarse las legislaciones de los estados miembros de la Unión Europea en esta materia. Partiendo de lo que disponen las normas europeas en materias como el Derecho de fusiones o el de la competencia, son muchos los países de Europa que han adoptado los criterios de “unidad económica” e “identidad sustancial” que han protagonizado las resoluciones del TJUE en materia de sucesión de responsabilidad administrativa. Es el caso, como ya se ha tratado, del Derecho alemán, del italiano y del Derecho administrativo-sancionador español. Así lo ha hecho notar recientemente nuestro TS en sede administrativa, al afirmar que:

⁸⁸ Cfr. por ejemplo, Caso *United States v. Pfizer H.C.P. Corp.*, Deferred Prosecution Agreement (D.D.C. Aug. 7, 2012).

⁸⁹ Cfr. KUNEY, «A Taxonomy and Evaluation of Successor Liability», *Florida State University Business Law Review*, (9), 2007, pp. 9 ss., 15-17. (Cfr. Actualización de la parte estadística incluida como anexo: «Appendix to George W. Kuney, A Taxonomy and Evaluation of Successor Liability», *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, No. 95, 2011, 129 páginas).

⁹⁰ Caso *SEC v. The Titan Corp.*, No. 05-cv-411 (D.D.C. Mar. 1, 2005). En el marco de una fusión, la empresa potencialmente adquirente ejecutó un proceso de diligencia debida que reveló incumplimientos de la FCPA por parte de la entidad potencialmente adquirida y el proceso de fusión se canceló.

⁹¹ En este sentido, resulta paradigmático el caso *Mondelēz International Inc.* La empresa adquirió Cadbury a principios de 2010 y no identificó un caso de soborno que había tenido lugar en Cadbury India. En el último trimestre de 2010, Mondelēz descubrió el ilícito y llevó a cabo una investigación interna, pero no reveló la información a las autoridades del gobierno de los EE.UU. En enero de 2017, la SEC acusó a Mondelēz y a Cadbury (ahora propiedad de Mondelēz) de violaciones de la FCPA por falta de diligencia debida y por no reportar el ilícito. Cfr. Caso *SEC v. Cadbury Limited and Mondelez International Inc.*, No. 3-17759 (Jan. 6, 2017).

⁹² Muestra de ello es, por ejemplo, el caso de la empresa de telecomunicaciones *Harris Corporation*. Esta adquirió en 2011 a la empresa CareFx y sus filiales. Con posterioridad a dicha operación, en 2016, se tuvo conocimiento de prácticas de corrupción en la filial china de CareFx, pre y post-fusión con Harris. Pero, en este caso, la SEC anunció que no presentaría cargos de la FCPA contra la entidad Harris debido a su cooperación, reparación e informe rápido a las autoridades. En cambio, sí se condenó personalmente al CEO de la filial china, responsable de los sobornos. Cfr. Caso *SEC v. Jun Ping Zhang*, No. 3-17535 (Sept. 13, 2016).

«el TJUE y este Tribunal viene [sic.] admitiendo la transmisión de responsabilidad por infracciones administrativas en los casos de fusión por absorción y otros supuestos de sucesión entre personas jurídicas, cuando concurren las notas de identidad económica, de permanencia o de continuidad de la actividad económica, sobre la base de la consideración de que las sanciones pecuniarias forman parte del pasivo transmitido, sin que ello pueda considerarse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas»⁹³.

En esta línea, el propio legislador penal español adoptó (al menos en parte) la visión patrimonial del TJUE y en el art. 130.2 CP se refirió a la continuidad en la actividad económica y a la proporción entre entidad originaria y sucesora como criterios de delimitación y modulación del traslado, respectivamente. En consecuencia, es lógico pensar que una interpretación correcta del art. 130.2 CP no puede quedar al margen de los criterios ya asentados en Europa y, particularmente, en el Derecho de la Unión Europea. En esta medida, podría sostenerse que el art. 130.2 CP comprende una concesión al criterio de la identidad sustancial entendida en términos económicos (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*). Lo cual significa que deberá atenderse a la continuidad económica como criterio de aplicación de la responsabilidad del sucesor. El 130.2 CP lo prevé para disoluciones encubiertas. Pero se trata de un criterio que bien podría regir también en otras operaciones. Paradigmático, en este caso, es el caso de las fusiones, sujetas a la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. Esta ha sido interpretada por el TJUE en el sentido de admitir que la multa se transmite *ipso iure* a la empresa resultante de una fusión como parte del pasivo, incluso por hechos anteriores a la inscripción de la fusión en el registro mercantil⁹⁴.

Ahora bien, pese a la importancia del criterio económico, la verdadera naturaleza del art. 130.2 CP como una cláusula de perpetuación o sucesión de responsabilidad exige atender a algo más. Por una razón de coherencia o sistematicidad, la pena de multa y el resto de sanciones interdictivas exigen un plus que las diferencie de las sanciones administrativas. En este sentido, y como se viene sosteniendo, lo que genera la responsabilidad penal no es la continuidad económica o la identidad formal entre las corporaciones objeto de re-estructuración. Esto es necesario, pero no suficiente. A dicha identidad o continuidad económica debe añadirse la permanencia esencial en la entidad resultante de las mismas condiciones que constituyeron la responsabilidad penal de la entidad originaria. Y, desde este punto de vista, es preciso determinar qué elementos permiten afirmar la existencia de este *continuum* en el estado de injusto. Algo para lo que los criterios con los que el DOJ y la SEC están interpretando la *successor liability* pueden servir de referentes. Entre otras cosas, porque se encuentran alineados con el fin de prevención reactiva a que se orienta el castigo *penal* corporativo⁹⁵.

⁹³ STS 4383/2021, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4383) (ponente: Del Riego Valledor), FJ 2.

⁹⁴ El artículo 19, apartado 1, de dicha Directiva dispone que: «1. La fusión produce ipso jure y simultáneamente los siguientes efectos: a) la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente; b) los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente; c) la sociedad absorbida dejará de existir». Recuérdese, en este sentido, la importante STJUE de 5 de marzo de 2015, ya analizada *supra*, en 2.2.

⁹⁵ Lo señala expresamente SILVA SÁNCHEZ, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.)/MORENO TORRES *et al.* (coords.), *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, 2021, p. 148, en relación con la problemática aquí tratada. Sobre la persona jurídica como un instrumento carente de dignidad, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, pp. 232-237; 249 ss.; ORTIZ DE URBINA, «Trayectoria y cultura corporativa en la exención por cumplimiento normativo», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA, *Derecho*

Este, como ya se recordó al comienzo de este texto, no se asienta en la culpabilidad sistemática y, en consecuencia, escapa a la lógica retributiva de la responsabilidad por el hecho propio y al principio de personalidad de las penas⁹⁶. En cambio, el fundamento del castigo debe buscarse en razones de justicia proporcional o distributiva, exclusivamente vinculadas al fin de *prevención reactiva*⁹⁷ como fin propio y distinto de las sanciones o *correctivos* a personas jurídicas⁹⁸. De este modo, no siempre que se detecte un ilícito en una empresa procede imponer una sanción a esta o a la entidad que la suceda. El castigo corporativo (originario o sucedido), debe limitarse a los casos en los que subsista el contexto criminógeno favorecedor de delitos que justifica la responsabilidad colectiva. Esto es: i) cuando la operación societaria sea fraudulenta y orientada a eludir la imposición/ejecución de sanción; o ii) cuando la entidad resultante no haya implementado un *M&A criminal due diligence* de detección y reacción que le permita distanciarse del ilícito en la entidad originaria⁹⁹. En cambio, cuando el estado de cosas antijurídico haya sido neutralizado por medidas de *compliance*, entonces no procede sanción corporativa alguna¹⁰⁰. Ya sea porque no se dio el riesgo-empresa por existir un programa de *compliance* eficaz anterior al delito en la empresa originaria; o bien, porque la entidad resultante lo haya corregido mediante una reacción post-delictiva adecuada y paralela al proceso de reestructuración.

Es en este segundo contexto donde deben ubicarse los procesos de diligencia debida, en casos de reestructuraciones societarias. Si debe servir para justificar una exoneración, la diligencia debida *penal* no puede limitarse a identificar incumplimientos con carácter preventivo. Así, una *criminal due diligence* no puede entenderse como un proceso de recopilación de información, en el que la empresa resultante aspire a limitar su responsabilidad mediante poco más que un *disclaimer*. Es preciso que los procesos de diligencia debida penales se entiendan como parte integrante del programa de *compliance* y no como un complemento añadido. Son la herramienta con la que definir y corregir los riesgos en el contexto concreto de las operaciones corporativas. Desde esta perspectiva, un proceso de *criminal due diligence* debe operar a lo largo de toda la operación de reestructuración societaria, con dos finalidades. Por un lado, identificar tanto los delitos cometidos en la empresa originaria, como el defecto de organización que los favoreció. Por otro lado —y como consecuencia necesaria de lo anterior—, debe corregir dichos ilícitos/defectos y promover su denuncia a las autoridades. Este, como se ha visto al tratar de la *successor liability* angloamericana, es el sentido en el que se están pronunciando los tribunales federales de EEUU en los casos de incumplimientos de la FCPA. Y, en la medida en la que el régimen de responsabilidad penal corporativa español es deudor de la lógica de los incentivos y desincentivos propios del modelo estadounidense, no hay razón para negar capacidad de rendimiento a algunas de sus interpretaciones. En este caso, la de incentivar la colaboración de las empresas. O, dicho de otro modo: la de conceptualizar la colaboración como un criterio de restricción teleológica del alcance de figuras como la responsabilidad del sucesor.

penal y persona. Libro homenaje a Jesús-María Silva Sánchez, 2019, pp. 859 ss., 879. En sentido contrario, cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, pp. 199 ss.

⁹⁶ Cfr. ORTIZ DE URBINA, en GOÑI SEIN et al., *Ética empresarial y Códigos de conducta*, 2011, pp. 115 ss.

⁹⁷ Cfr. GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, pp. 115 ss., 132 ss.

⁹⁸ De otra opinión, aunque concluyendo que la responsabilidad por sucesión no vulnera el principio de personalidad de las penas, cfr. MONTIEL, «Cuestiones problemáticas de la sucesión de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino», *En Letra*, (9), 2019, pp. 78 ss., 96 ss.

⁹⁹ Cfr. MONTIEL, *En Letra*, (9), 2019, p. 98.

¹⁰⁰ Cfr. ORTIZ DE URBINA, en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA, *Derecho penal y persona. Libro homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*, 2019, p. 872, n. 31.

4. Recapitulación y conclusiones

La propuesta de interpretar la responsabilidad corporativa en casos de reestructuraciones societarias como una “no extinción” o perpetuación del estado de injusto permite afirmar que no estamos ni ante una responsabilidad por sucesión, ni ante un traslado de responsabilidad. Se trata de una sucesión de responsabilidad. A la persona jurídica —originaria o sucesora— se le castiga por favorecer y beneficiarse de la comisión de un delito (defecto de organización). Esta responsabilidad no puede declararse si existía un *compliance* eficaz con anterioridad a la comisión del delito (art. 31 bis 2 CP) y se extingue con la imposición y ejecución de una pena (art. 33.7 CP) o con una corrección post-delictiva con capacidad de ser un equivalente funcional a dicha sanción. Esta corrección no es otra que la prevista en las circunstancias atenuantes del art. 31 quáter CP que, de darse conjuntamente, eliminan la necesidad de pena. A saber, confesión, colaboración con las autoridades, reparación del daño y mejora del programa de *compliance*¹⁰¹. De hecho, la viabilidad de esta interpretación ha quedado confirmada a raíz de la existencia de pronunciamientos jurisprudenciales que han archivado las investigaciones dirigidas contra personas jurídicas que, además de contar con un programa de *compliance*, han colaborado con las autoridades y reaccionado al ilícito detectado¹⁰².

Sensu contrario, la responsabilidad constituida (y no necesariamente declarada), no se extinguirá si no es posible imponer/ejecutar la pena, o si no existe una reacción corporativa con capacidad de neutralizar el estado de injusto y la consiguiente necesidad de una sanción estatal. Esto es precisamente lo que declara el art. 130.2 CP, al regular la responsabilidad penal de la empresa sucesora. No es una responsabilidad por los delitos de un tercero. O mejor: lo es, pero de la misma forma que a cualquier persona jurídica se le castiga por el delito de una persona física. Si se ha considerado que castigar a una persona jurídica *ex art.* 31 bis CP por el delito de una persona física no es inconstitucional, entonces no tiene sentido oponerse al castigo de la empresa sucesora por el injusto originado en la originaria. La clave está en poder sostener que, aunque el desencadenante de dicha responsabilidad viene de un tercero, la empresa sancionada lo ha asumido como propio con su defecto de organización. Pero no sería congruente “ignorar” el principio de personalidad de las penas para admitir la responsabilidad corporativa *ex art.* 31 bis CP y oponerse a la responsabilidad de la empresa sucesora sobre la base de ese principio. Máxime, cuando en el caso de la sucesión de responsabilidad es especialmente patente que el legislador ha querido prescindir de la personalidad como criterio de atribución.

En realidad, muchos de los problemas que plantea la responsabilidad en casos de reestructuraciones societarias se resuelven si se acepta —o mejor: se admite—, que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede funcionar igual que el de las personas físicas. Incluso el TS, que se ha pronunciado en favor de reconocer las mismas garantías a personas físicas y a personas jurídicas, apostilla que ello solo puede hacerse con las

¹⁰¹ Cfr. GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, pp. 250 ss.

¹⁰² Cfr., por ejemplo, Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 8 de julio de 2021, en procedimiento Diligencias Previa 85/2014, pieza separada 9. Al dictar el archivo de la causa respecto de la empresa investigada, señala el Tribunal que: «Así, se acuerda el archivo, no porque se entienda que no existen hechos delictivos, sino porque se concluye que la entidad tenía instaurado, al tiempo de consumarse los hechos aparentemente delictivos, un programa de cumplimiento normativo eficaz [...]. La eficacia del programa solo puede ser medida desde la capacidad de impedir y reaccionar. Y la empresa INDRA *aportó documentación, identificó a los responsables de los hechos aparentemente delictivos y tomó medidas al respecto*» (resaltado añadido).

modulaciones oportunas¹⁰⁵. Es decir: en el marco del Derecho penal no es posible una responsabilidad objetiva, automática y por el resultado. Pero eso no equivale a interpretar las garantías penales sin tener en cuenta que estas dependen de la naturaleza del sujeto.

Si esto se aplica a la sucesión de responsabilidad en casos de modificaciones estructurales, la conclusión es que no siempre que se detecte un ilícito en una empresa procede imponer una sanción a esta o a la entidad que la suceda. El castigo corporativo de la entidad sucesora (al igual que ocurre *ex art. 31 bis CP*), debe limitarse a los casos en los que subsista el contexto criminógeno favorecedor de delitos que justifica la responsabilidad colectiva. Esto es, cuando la operación de reestructuración sea fraudulenta o cuando la entidad resultante no haya implementado un *M&A criminal due diligence* de detección y reacción que le permita distanciarse del ilícito en la entidad originaria. En cambio, cuando el estado de cosas antijurídico haya sido neutralizado por medidas de *compliance* pre- y post- operación societaria, entonces no procede sanción corporativa alguna. Algo que, como la doctrina viene apuntando, en muchas ocasiones podrá valorarse ya en sede de instrucción, sin necesidad de esperar al juicio oral¹⁰⁴.

Ahora bien, como se ha mostrado en este texto, es cierto que la redacción actual del art. 130.2 CP es deficiente y, en ocasiones, desacertada. *Lege ferenda*, deberían corregirse algunas expresiones o aseveraciones que propugnan dudas sobre la constitucionalidad del precepto. Así, por ejemplo, deberían eliminarse las referencias a un supuesto “traslado” o “extensión” de la sanción y debería especificarse que para poder castigar a la empresa sucesora es necesario que el delito se haya cometido con anterioridad a la operación societaria. También, sería aconsejable abandonar o ampliar la visión exclusivamente patrimonialista con la que parece definirse a las personas jurídicas y sustituir la referencia a la “identidad” por una referencia a la “continuidad”, especificando que dicho *continuum* se refiere a una responsabilidad constituida, no a dos entidades —originaria y sucesora—, que son distintas. Finalmente, deberían regularse con mayor detalle cuestiones que —como se ha mostrado—, en otros ordenamientos jurídicos ya han sido objeto de un pronunciamiento legislativo expreso. Por ejemplo, debería especificarse el valor que cabe dar a la prevención, detección y reacción por parte de la empresa sucesora que implementa las medidas de diligencia debida pre-y post-operación societaria, con reglas claras sobre el valor del *voluntary disclosure*¹⁰⁵. En igual sentido, debería especificarse si la sucesión de responsabilidad opera solo respecto de la multa o también respecto de las sanciones interdictivas. Además, sería aconsejable que en el art. 31 bis 5 CP se mencionaran los procesos de diligencia debida y las investigaciones internas como un elemento necesario de un *compliance* eficaz¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cfr. STS 154/2016, Penal, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:613), (ponente: Maza Martín): «[...] los derechos y garantías constitucionales [...] amparan a las personas jurídicas de igual forma que lo hacen para las personas físicas». Esta doctrina fue matizada por la STS 221/2016, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:966), (ponente: Marchena Gómez): «[...] el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, *con las obligadas modulaciones*, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo» (destacado añadido).

¹⁰⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.)/MORENO TORRES *et al.* (coords.), *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, 2021, p. 149, exigiendo para ello «una actitud absolutamente proactiva por parte de la persona jurídica sucesora».

¹⁰⁵ Recuérdese, por ejemplo, que en Perú se prevé legalmente la posibilidad de que una *due diligence* excluya la responsabilidad de la empresa sucesora o que en EE.UU. ello ha sido objeto de un pronunciamiento expreso en la guía FCPA.

¹⁰⁶ Esto está presente, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico francés, donde el *compliance* es obligatorio y la *third party due diligence* se prevé como un elemento obligatorio de los programas de *compliance*. Cfr. SAPIN II y

Lege lata, se ha abogado por interpretar el art. 130.2 CP de un modo no solo literal, sino también sistemático y funcional. En este sentido, conviene poner en relación este mecanismo de responsabilidad con la posibilidad de atenuar la sanción *ex art. 31 quáter CP*. Se trata de reacciones postdelictivas que, si se dan conjuntamente, son vistas en otros ordenamientos jurídicos como un equivalente funcional a la sanción, que hacen desaparecer la necesidad de castigar. A tal efecto, recuérdese el caso de la *successor liability* norteamericana. Esto supone que la empresa sucesora que quisiera desvincularse del ilícito de la originaria y, por ende, extinguir la eventual asunción de una responsabilidad penal, debería implementar mecanismos de *due diligence* pre- y post-delito. Estos no deberían limitarse a identificar posibles delitos. En cambio —en línea con los arts. 31 quáter y 33.7 CP—, será preciso que esa diligencia debida sea verdaderamente penal y, por tanto, favorezca la re-estabilización normativa de un modo que permita conceptualizarla como un equivalente funcional a la sanción. Por ejemplo, otorgando al órgano de cumplimiento un “*seat at the table*” en la negociación de la operación societaria, exigiendo la devolución del beneficio obtenido con el delito y reaccionando frente estados de injusto detectados, mediante su corrección y denuncia a las autoridades.

En relación con esto último, y a la luz de cuanto se ha expuesto, se concluirá ofreciendo algunas de los criterios que los tribunales podrían tener en cuenta para valorar la idoneidad penal de las medidas de *due diligence*¹⁰⁷:

(1) En la fase previa a la operación societaria, debería valorarse si la empresa llevó a cabo de forma completa un examen de los riesgos de la entidad originaria y de qué modo. También, debería atenderse a si se identificó el delito y/o el riesgo de que este se materializara. Y, si no se hizo, por qué motivo.

(2) Después, habría que atender al papel del programa de cumplimiento durante la operación societaria y a su aplicación una vez concluida esta. Por un lado, debería valorarse el procedimiento interno ejecutado en la entidad resultante para el seguimiento y reparación del incumplimiento y/o riesgos detectados. Por otro lado, se deberían valorar la integración de las políticas y procedimientos de *compliance* en la empresa sucesora, así como las auditorías o procesos de diligencia debida posteriores a la adquisición.

Se trata, en último término, de que el proceso de diligencia debida sea riguroso en términos penales¹⁰⁸ y de que sirva al mismo fin que la responsabilidad —puramente instrumental— de las personas jurídicas. A saber, detectar, corregir y prevenir estados favorecedores de injusto, así como facilitar la persecución de los verdaderos responsables del delito. Un proceso de *criminal due diligence* alineado con estos fines justificaría que la responsabilidad se entendiera extinguida respecto de la sucesora. Incluso si los incumplimientos se descubrieran con posterioridad a cerrar la operación corporativa. No podría afirmarse una perpetuación o sucesión del estado de injusto originado en la empresa antecesora. De modo que la entidad resultante/disuelta quedaría al margen de la asignación de responsabilidad penal por los delitos cometidos con anterioridad a la operación de reestructuración societaria. Con ello, se

French Anti-Corruption Agency Releases Guidelines - AFA Guidelines. Texto disponible en: https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/French_Anticorruption_Agency_Guidelines.pdf (última consulta: 28 de septiembre de 2021).

¹⁰⁷ Cfr. en el mismo sentido, la guía del Departamento de Justicia de los EE.UU.: Department of Justice (DOJ) Criminal Division, *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs*, Apartado I. F., June 1, 2020.

¹⁰⁸ Cfr. MONTIEL, *En Letra*, (9), 2019, pp. 88 ss.; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *InDret*, (2), 2020, pp. 216 ss.

conseguiría el equilibrio entre conseguir los fines del sistema de responsabilidad corporativa y respetar las garantías que dan nombre al Derecho penal.

5. Bibliografía

ACKERMANN, «Prävention als Paradigma: Zur Verteidigung eines effektiven kartellrechtlichen Sanktionssystems», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, (4), 2010, pp. 346 ss.

ARENAS GARCÍA, «Fusión por absorción de la empresa absorbente por actuaciones de la absorbida. Comentario a la STJ (Sala Quinta) de 5 de marzo de 2015, As. C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho - Centro Local do Lis (ACT)», *Diario la Ley*, (4708), 2015.

BROWN, «Successor corporate criminal liability: The emerging federal common law», *Arkansas Law Review*, (3), 1996, pp 469 ss.

CABEZAS, «La ley FCPA, ¿un caso de jurisdicción universal?», *Universidad San Francisco de Quito Law Review*, (2), 2015, pp. 57 ss.

CARO CORIA, «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los *criminal compliance programs* como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica», en GÓMEZ COLOMER *et al.* (eds.), *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1259 ss.

CHROUST/OSBORN, «Aristotle's Conception of Justice», *Notre Dame Law Review*, (2), 1942, pp. 129 ss.

CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

CIGÜELA SOLA/ORTIZ DE URBINA, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución», en SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS (dirs.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 73 ss.

COCA VILA, «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento afflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 2021, pp. 69 ss.

COFFEE, *Corporate Crime and Punishment*, Berrett-Koehler Publishers, Oakland, 2020.

DEL ROSAL BLASCO/LIGHTOWLER-STAHLEBERG, «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada del 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 La Ley*, (9126), 2018.

DEUTSCHER BUNDESTAG, *Begründung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/10207.

DIAMANTIS, «Corporate Essence and Identity in Criminal Law», *Journal of Business Ethics*, 2019, pp. 955 ss.

————— «Limiting Identity in Criminal Law», *Boston College Law Review*, (7), 2019, pp. 2013 ss.

————— «Successor identity», *Yale Journal on Regulation*, (1), 2019.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Tema 4: La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DOPICO GÓMEZ-ALLER/DE LA MATA BARRANCO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 129 ss.

FARALDO CABANA, «Traslado de responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales: Algunas puntualizaciones sobre el art. 130.2 CP», en CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO (eds.), *Libro Homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. II, Universidad Autónoma de Madrid. Servicio de publicaciones, Madrid, 2019, pp. 431 ss.

FEIJOO SÁNCHEZ, «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2016, pp. 262 ss.

GARCÍA CAVERO, *Derecho penal y persona jurídica*, Ideas, Lima, 2017.

GOENA VIVES, B. (2020), «“To be or not to be”. Comentario al Auto 246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4ª de la Audiencia Nacional», *La Ley Compliance Penal*, (1), 2020.

————— *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Las personas jurídicas heredan responsabilidades?», *Diario Expansión*, 17 de enero de 2019.

————— «Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo código penal español», en SILVA SÁNCHEZ/PASTOR MUÑOZ (eds.), *El nuevo Código Penal: Comentarios a la reforma*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2012, pp. 43 ss.

————— *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

HERNÁNDEZ BASUALTO, «Verbandsstrafe bei Auflösung, Umwandlung und asset deal Rechtsvergleichende Überlegungen», en BÖSE/SCHUMANN/FRIEDERICH, (eds.), *Festschrift zum 70 Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser*, Nomos, Baden Baden, 2019, pp. 911 ss.

KUBICIEL/HOVEN, «Der Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes aus Sicht der Rechtswissenschaft - Bedeutung, Zurechnungsmodelle, Prozessrecht» en JAHN/ SCHMITT-LEONARDY/SCHOOP, (eds.), *Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen*, Nomos, Baden Baden, 2016, pp. 160 ss.

KUNEY, «A Taxonomy and Evaluation of Successor Liability», *Florida State University Business Law Review*, (6), 2007, pp. 9 ss.

LAWLER/PHILLIPS/VINSON, «Knowing the unknown: Avoiding the threat of FCPA successor liability», *Westlaw Journal*, (3), 2015.

MAPELLI CAFFARENA, «Artículos 130 a 135», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 519 ss.

MOLINA FERNÁNDEZ/POZUELO PÉREZ, «Extinción de la responsabilidad penal y sus efectos», en MOLINA FERNÁNDEZ, *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021, pp. 751 ss.

MONTIEL, «Cuestiones problemáticas de la sucesión de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino», *En Letra: Revista de Derecho penal*, (9), 2019, pp. 78 ss.

MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA, «Título VII. De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en MORALES PRATS (coord.)/GONZALO QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, v. I, Thomson-Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2016, pp. 897 ss.

NETTESHEIM, *Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2018.

NIETO MARTÍN, «Responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de cumplimiento: de la gestión de la legalidad a la legitimidad», *La Ley Compliance penal*, (4), 2021.

————— «La prevención de la corrupción», en NIETO MARTÍN *et al.* (dirs.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, pp. 324 ss.

————— *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Wolters Kluwer, Madrid, 1996.

ORTIZ DE URBINA, «Trayectoria y cultura corporativa en la exención por cumplimiento normativo», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA, *Derecho penal y persona. Libro homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, pp. 859 y ss.

————— «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (“Compliance programs”)», en GOÑI SEIN *et al.*, *Ética empresarial y Códigos de conducta*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2011, pp. 95 ss.

PHILLIPS, «The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act», *William & Mary Business Law Review*, (1), 2015, pp. 89 ss.

ROBLES PLANAS, «Pena y persona jurídica: crítica al artículo 31 bis CP», *La Ley*, (7705), 2011.

ROSTALSKI, «Zur Legitimation von Maßnahmen mit Vorwurfscharakter und solchen der reine Vermögensabschöpfung im (neuen) Kartellbußgeldrecht», *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, (1), 2018, pp. 169 ss.

SÁNCHEZ-OSTIZ, «La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción», *La Ley compliance penal*, (3), 2020.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Extinción de responsabilidad penal», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA (coords.), *Memento Experto. Derecho penal económico y de la empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 198 ss.

SCHÄFER, «Das neue Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft - ein Paradigmenwechsel innerhalb des deutschen Strafrechts?», *Wistra. Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, (3), 2021, pp. 89 ss.

SERRANO ZARAGOZA, «Reestructuración empresarial y responsabilidades de los administradores sociales tras la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *La Ley compliance penal*, (3), 2020, pp. 1 ss.

SILVA SÁNCHEZ, «El compliance de detección como “eximente” supralegal para las personas jurídicas», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.)/MORENO TORRES *et al.* (coord.), *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 131 ss.

———— «Metadogmática jurídico-penal. Sobre el método de elaboración de las reglas doctrinales», *manuscrito en prensa*.

———— «¿"Quia peccatum est" o "ne peccetur"? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 2021, editorial.

———— «El debate sobre la prueba del modelo de *compliance*: Una breve contribución», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 2020, editorial.

———— «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 2019.

———— *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa. 2ª ed. ampliada y actualizada*, BdeF, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2016.

———— «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 661 ss.

SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, «El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 2006.

VERJANS, «„Rechtsnachfolge“ in die Verbandsgeldbuße – zur Neufassung des § 30 OWiG im Rahmen der 8. GWB-Novelle», en LÜDERSSEN/VOLK/WAHLE (eds.), *Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014*, Nomos, Baden Baden, 2014, pp. 662 ss.

VILLEGAS GARCÍA, *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, «M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 2020, pp. 195 ss.